

**XXIVe Congrès International
du Notariat latin
Mexico City 2004**

**Thème II:
Le Notaire et la conclusion du contrat électronique**

Rapport de l'Allemagne

**Sigrun Erber-Faller, Notaire
Hallhof 6
87700 Memmingen**

Etat au 14 avril 2004

Sommaire

A. Remarque préalable.....	4
B. Utilisation de traitement et de la procédure de signature électroniques.....	5
I. Données statistiques disponibles.....	5
1. Situation des ménages privés.....	5
2. Situation des entreprises.....	6
3. Conclusions pour l'utilisation de procédures de signature.....	7
II. Législation d'Etat, projets et activités du notariat.....	7
1. Législation.....	7
2. Projets de l'État fédéral.....	7
3. Projets des Länder.....	8
4. Activités du notariat.....	9
C. Bases juridiques de l'infrastructure de sécurité.....	10
I. Bases techniques de la signature électronique.....	10
II. Loi sur la signature électronique et règlement sur la signature électronique.....	11
1. Référence de la forme électronique à la loi sur la signature électronique.....	11
2. La loi sur la signature électronique comme cadre technico-administratif de signature et d'infrastructure de sécurité.....	12
D. Bases juridiques de la conclusion électronique des contrats.....	15
I. Remarque préalable sur la loi sur les prescriptions de forme.....	15
II. Généralités.....	16
1. Formes modernes de la conclusion d'un contrat.....	16
2. Problématique.....	16
3. Bases technico-organisationnelles d'une solution.....	17
4. Conséquences pour les prescriptions de forme.....	17
III. Questions diverses.....	17
1. Importance de la loi.....	17
2. La forme écrite simple comme base des formes écrites supérieures.....	24
3. La forme électronique comme équivalent de la forme écrite.....	24
4. Obstacles à l'introduction du document signé électroniquement.....	25
IV. Aspects constitutionnels.....	26
1. Compétence législative.....	26
2. Références au droit organique.....	26
V. Référence au droit européen.....	28
1. Directive sur les signatures électroniques et directive sur l'e-commerce comme source de droit.....	28
2. Tâches imposées au droit national.....	29
E. Le document électronique comme moyen de preuve devant les tribunaux.....	32
I. Remarque préalable.....	32
II. La situation juridique en détail.....	33
1. Traitement de l'acte écrit dans le droit des preuves.....	33
2. Traitement du document électronique dans le droit des preuves.....	35
III. Références au droit européen.....	38
1. Forme et effets probants.....	38
2. Exigences du droit européen à propos de l'effet probant.....	38
IV. Appréciation.....	39

F. Notariat et transactions juridiques électroniques	39
I. Implantation de l'informatique et de la communication électronique dans le notariat.....	39
1. Situation des notaires	39
2. Situation des organisations professionnelles.....	40
3. Le Registre Foncier et le Registre du Commerce électronique comme partenaires externes de communication les plus importants.....	41
II. L'acte notarié électronique	44
1. Etat actuel de la discussion.....	44
2. La légalisation électronique de signature	45
3. La légalisation électronique de copies	46
4. L'acte électronique	47
5. L'authentification et la légalisation électronique à distance.	47
6. Transposition dans la pratique.....	49
7. Equivalence de fonction de la forme électronique notariée	49
III. Nouvelles prestations notariées en matière de transactions juridiques électroniques	49
IV. Résumé intermédiaire	50
V. Certification professionnelle du notariat	50
1. Projet pilote « Certification des notaires d'après la loi sur la signature électronique et réseau de notaires »	50
2. Perspectives d'avenir.....	54
G. Résumé des thèses	55
Textes de loi	57
Bibliographie.....	61
Annexe (vues)	64

A. Remarque préalable

Lors du xx^e Congrès international du Notariat latin qui s'était tenu du 27 avril au 02 mai 1992 à Cartagena/Colombie, on a vu apparaître pour la première fois, avec le thème "documents électroniques et sécurité juridique", sur l'ordre du jour du notariat international, la question de savoir quels **impacts les nouvelles technologies de l'information et de la communication allaient avoir au niveau juridique sur les documents notariés et sur leur statut.**

Le rapporteur allemand de l'époque, Maître Jörg Bettendorf, a analysé¹ différents aspects de cette thématique tel que le concept d'un document électronique, ses dangers spécifiques, le document électronique comme acte sous-seing privé, le document électronique et l'activité notariale ainsi que la passation de contrats à distance. Dans ses conclusions il a ainsi exposé la situation qui était à l'époque celle de l'évolution juridique selon laquelle la mise en oeuvre de documents électroniques n'était possible que pour des **transactions juridiques non soumises à une forme** et que le document électronique était soumis, en droit des preuves, aux **principes de la libre appréciation de la preuve**. L'introduction du document électronique dans le domaine du droit formel, n'était d'après lui possible qu'en cas d'application de sécurité technique complémentaire telle qu'une "**signature électronique**" et il indiquait à ce sujet que sa conception devait recevoir l'assentiment des techniciens et du législateur et qu'en outre, il serait nécessaire d'établir une hiérarchie de certification. Dans le droit des preuves, il estimait qu'il était possible **d'assimiler un document électronique à un document sous-seing privé**, mais en droit matériel il était plutôt contre une telle **équivalence** eu égard à la difficulté de mettre en relation, avec une certitude suffisante, la signature électronique et son émetteur par manque de caractéristiques individuelles. En outre, il attirait l'attention de l'établissement et de l'envoi non autorisé de documents électroniques, de la manipulation, du justificatif de réception, de la sécurité de la confidentialité, et de la protection contre des actes de sabotage. Pour une utilisation judicieuse des chances offertes par les techniques modernes, il opinait qu'il était nécessaire de développer des **normes de sécurité** conformes aux méthodes habituelles.

12 ans se sont écoulés depuis. L'évolution qu'ont connue le droit de la signature électronique², le document électronique et la communication électronique en Allemagne est énorme. En 1992, il n'y avait, ni dans le droit civil, ni dans le droit procédural, aucune réglementation spécifique pour les documents électroniques. Il n'y avait aucune loi sur la signature électronique ni même de droit européen sur ce thème. Les technologies à la base de la signature électronique étaient certes connues scientifiquement, mais elles n'étaient mises en oeuvre que dans le domaine du codage au niveau militaire et de la sécurité de l'Etat. Toutes les propositions visant à instaurer une infrastructure de certification en général, et à mettre à disposition des procédures de cryptage asymétrique efficace tant dans le but de créer des signatures électroniques sûres que d'établir des codages en vue d'une communication confidentielle, étaient accueillies par les milieux étatiques avec méfiance. Cependant, comme toujours lorsqu'il existe une idée de produit et de technologie inhérente et que l'on suppose une demande correspondante, l'évolution dans des systèmes organisés d'économie de marché, ne peut pas être enrayée. La contribution de Bettendorf au xx^e Congrès international du Notariat latin, a évoqué cette évolution et stimulé considérablement la discussion des questions juridiques y afférentes. La présente contribution s'est donnée pour

¹ Publié dans : xx^e Congrès International du Notariat latin Cartagena/Colombie 27.4.-2.5.1992, Rapports de la délégation allemande, publié par le Conseil Fédéral du Notariat.

² Les concepts de la signature digitale et électronique sont utilisés ci-après comme des synonymes.

mission de présenter la **situation actuelle** et les possibles **évolutions futures**.

B. Utilisation de traitement et de la procédure de signature électroniques

I. Données statistiques disponibles

Les statistiques officielles concernant certains aspects déterminés de la société de l'information ne sont pas disponibles, pour autant qu'on puisse le voir, dans un état plus actuel que celui qui concerne les années 2000 à 2002.

1. Situation des ménages privés

a) Accès à Internet

L'annuaire Eurostat 2003³ compare la densité d'accès à Internet des foyers privés avec l'accès à Internet au cours des années 2000 et 2001. Il en ressort qu'en 2000, la densité d'accès en Europe était d'environ 19% avec une fourchette se situant entre 6% et 48% et d'environ 12% en Allemagne. En 2001, au niveau européen, environ 36% de tous les foyers privés possédaient un accès à Internet. La fourchette s'établissait entre 16% et 64%. En Allemagne, le chiffre de 2001 se situait à environ 38%. L'Office Fédéral de la Statistique⁴ indique dans une communication de presse du 6 février 2003 qu'au cours du premier trimestre 2002, quelque 16 millions de foyers disposaient d'un accès à Internet. Cela correspond à une proportion de 43%. L'Allemagne se situait ainsi en 2002 un peu au-dessus de la moyenne européenne avec 40%, tout en faisant toujours partie cependant, des pays de tête de l'Union européenne.

b) Equipement en PC

L'équipement en PC d'après le communiqué de presse de l'Office Fédéral de la Statistique était de 55% au cours du premier trimestre 2002, 92% de tous les foyers ayant un raccordement à Internet utilisaient aussi leur PC comme appareil d'accès à Internet. Les portables ne représentaient là que 15% et les téléphones mobiles seulement 8% des appareils d'accès, des déclarations multiples étant donc possibles.

c) Aspects sociaux

La présence à l'accès à Internet est liée aux revenus : 77% des foyers ayant un revenu mensuel net de 3600 euros avaient un accès à Internet en 2002 et seuls 24% du groupe de revenus inférieur à 1300 euros en possédaient un. Par ailleurs, plus d'hommes que de femmes utilisaient l'Internet, plus de jeunes que de personnes âgées, et plus de personnes d'un haut niveau d'éducation que de personnes ayant un niveau de formation plus bas.

d) Objectifs de l'utilisation d'Internet

Les objectifs d'utilisation en 2002 étaient principalement l'envoi et la réception de courriers électroniques (75%), la recherche d'informations sur des produits et des services (65%), ainsi que la recherche d'écoles ou d'études (42%). 26% utilisaient des offres électroniques gouvernementales, parmi lesquels 12% seulement chargeaient des formulaires et 6% seulement

³ Les données d' Eurostat citées ci-après, ont été tirées du site Web pour l'Allemagne <http://www.eu-datashop.de>.

⁴ Les données de l'Office Fédéral de la Statistique citées ci-après proviennent de son site Web <http://www.destatis.de>.

renvoient les formulaires remplis aux autorités par Internet. 22% utilisaient également l'Internet à la maison à des fins professionnelles.

e) Le commerce électronique

45% des utilisateurs d'Internet âgés de 10 ans et plus, et 51% des utilisateurs d'Internet adultes ont acheté en ligne, les livres et les revues arrivant en tête, suivis par les vêtements et les articles de sport devant les enregistrements audio et vidéo, logiciels, et matériel électronique. Les utilisateurs d'Internet qui ne voulaient pas acheter en ligne, ont mentionné un manque de confiance ainsi que par exemple des préoccupations liées à la sécurité en cas de paiement par carte de crédit, la peur de l'usage abusif des données personnelles, des doutes quant à la possibilité d'obtenir gain de cause à la suite de réclamations et des préoccupations concernant les conditions de livraison et le droit de retour.

2. Situation des entreprises

a) Accès à Internet

Parmi les entreprises, les statistiques de l'Union européenne pour 2001 montrent une densité moyenne d'accès à Internet légèrement supérieure à 70%. Les chiffres pour l'Allemagne ne figurent pas dans cet aperçu. La fourchette des différents pays se situe dans ce domaine en Europe entre 50% et 90%. L'Office Fédéral de la Statistique indique pour 2002 que 71% des entreprises allemandes utilisent Internet pour leurs transactions commerciales avec des pourcentages allant de 76% pour l'industrie de transformation à 63% pour le commerce et l'industrie hôtelière, et 78% pour le domaine des prestations de service.

b) Equipement technique

Pour 2002 on a constaté dans les entreprises de plus de 19 employés, que l'ordinateur était généralement installé, quelle que soit la branche concernée. Les entreprises plus importantes utilisaient presque toutes l'Internet et étaient accessibles par e-mail. Dans les entreprises de moins de 20 employés, la proportion se situait juste au-dessous de 60%. Plus d'un employé sur deux avait un poste de travail avec ordinateur, et la moitié d'entre eux l'accès à Internet, la proportion des postes de travail avec ordinateur dans les entreprises dépassant 90% pour le traitement de données et dans les domaines de la recherche et du développement

c) Buts de l'utilisation de l'Internet / Intranet

Le but de l'utilisation d'Internet était, pour les petites entreprises, les opérations relatives à leurs comptes bancaires en ligne, et pour les plus grosses entreprises la recherche d'informations et l'observation du marché. Les Intranet étaient principalement mis en œuvre dans les grandes entreprises : pour les entreprises de plus de 250 employés, 84% des entreprises possédaient un Intranet en 2002, le pourcentage étant de plus de 15% pour les plus petites entreprises. Près d'un tiers des entreprises possédait une page d'accueil ou un site Web, le pourcentage atteignant même près de 90% dans les grandes entreprises de plus de 250 employés.

d) Le commerce électronique

En 2002 l'Internet n'a été utilisé comme marché d'écoulement que par 8% des entreprises. La clientèle provenait à 90% d'Allemagne. 24% des entreprises ont utilisé Internet pour acquérir des marchandises et des prestations de service. Cependant dans la plupart des cas, elles ne l'utilisaient que pour obtenir des informations. A elle seule, la part des marchandises et des prestations de service commandées par Internet, ne s'élevait qu'à 1%. Les chiffres d'affaires et les dépenses pour

marchandises et prestations de service étaient de 2 à 3 fois plus élevés pour d'autres réseaux, comme par exemple EDI, que pour le commerce par Internet.

3. Conclusions pour l'utilisation de procédures de signature

Etant donné que toutes les applications précitées sont **possibles sans procédure de signature** et qu'aucune donnée statistique n'est disponible pour la diffusion et l'utilisation des technologies de signature et de sécurité dans la vie économique générale et dans l'administration, la seule conclusion qui peut être tirée ici est que ce domaine de la technologie ne jouit pas encore en pratique de l'importance qui devrait lui revenir effectivement.⁵ Cela est surtout dû au fait que les transactions juridiques et en particulier celles qui doivent revêtir la forme écrite, ne sont pas encore, pour l'essentiel d'entre elles, conclues et traitées par la télécommunication électronique bien que les conditions cadre juridiques soient déjà créées, et nous allons les présenter ci-après. Dans le domaine des transactions exemptes de forme cependant, les **risques de sécurité** sont de toute évidence encore **sous estimés**.

II. Législation d'Etat, projets et activités du notariat

1. Législation

L'Etat stimule les transactions juridiques électroniques d'une part par la législation. Entre temps, la structure de base nécessaire à cet effet a été créée : dans un premier temps, ce furent les conditions techniques dans la loi sur la signature électronique et dans le règlement sur la signature électronique de l'Etat fédéral (Bund) (en 1997/2001) évoquées ci-après au point C, puis les modifications du droit civil et du droit de procédure dans la loi (fédérale) relative à l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé et d'autres prescriptions aux transactions juridiques modernes (en 2001) évoquées ci-après au point D, et enfin les réglementations sur l'acte administratif électronique dans la troisième loi portant modification des dispositions du droit de procédure administrative du Bund (en 2002) et les lois correspondantes des Länder. L'acte administratif électronique ne fait pas l'objet de ce rapport.⁶

2. Projets de l'État fédéral

Une autre possibilité de stimulation de la part de l'Etat consiste à ouvrir des champs d'application à une technologie d'avenir par le biais de projets. Les objectifs du gouvernement fédéral pour stimuler la société de l'information en Allemagne sont ambitieux. Dans la ligne du plan d'action

⁵ voir à ce sujet la décision du conseil de l'Union européenne du 18 février 2003, journal officiel de l'Union européenne C48/8 du 28.2.2003, relative à la mise en oeuvre du plan d'action eEurope 2005, qui cite en introduction les documents du Conseil et de la Commission publiés auparavant à ce sujet et qui comportent en annexe les directives générales pour la comparaison de prestations et le projet d'une liste d'indicateurs du Benchmarking pour le plan d'actions dans laquelle figure entre autre l'infrastructure d'information comme l'un des points principaux.

⁶ Pour la compréhension, il est toutefois important d'indiquer que, jusqu'à présent les lois administratives se référaient fondamentalement, en ce qui concernait l'acte administratif qui devrait être établi par écrit, à la forme écrite prévue dans le BGB (Code Civil), ce qui maintenant s'est appliquée aussi à la forme électronique. Dans la mesure où les autorités publiques ne font pas de transactions par acte administratif mais par contrat de droit public, on n'y a pas consacré ici non plus de chapitre particulier étant donné que les questions du paragraphe 126 a du BGB qui doivent être analysées dans le cadre de ce rapport sont analogues à celles du contrat de droit public.

de l'Union européenne eEurope 2005⁷ on a d'abord créé l'initiative BundOnline 2005⁸. Par ailleurs, le gouvernement fédéral a lancé entre temps le « programme d'action société d'information Allemagne 2006 »⁹. Dans le document correspondant publié par le ministère fédéral de la Formation et de la Recherche, il a d'abord été constaté que l'Allemagne, au niveau de l'évaluation du forum économique mondial était passée, de la dix-septième place l'année dernière à la dixième place cette année, améliorant ainsi son rang parmi les pays IT. Il est prévu de progresser plus encore. Les objectifs concrets d'ici 2006 englobent les domaines de **l'économie digitale, la recherche et le développement de la technologie, la formation, le eGovernment, la signature digitale, l'eHealth et la sécurité IT**. En particulier il est prévu par exemple de faire passer l'utilisation Internet à 75% de la population, d'atteindre une utilisation globale du eBusiness par au moins 40% des PME, de mettre en oeuvre 50% des projets Deutschland-Online par le Bund, les Länder et les communes, d'offrir la totalité des 440 prestations de service du Bund en mode "on line", de traiter entièrement par système électronique les procédures d'adjudication du Bund, d'éditer des cartes bancaires avec fonction de signature digitale et de développer les cartes d'identité digitales.

Pour ce domaine du eGovernment, qui doit comprendre l'Etat Fédéral, les Länder et les communes, l'Etat Fédéral investit 1,65 milliards d'Euros.

La base juridique de l'acte administratif électronique existe déjà au niveau fédéral comme nous l'avons dit ci-dessus : la loi sur la procédure administrative de l'Etat Fédéral et d'autres lois administratives ont été modifiées par la troisième loi relative à la modification des prescriptions juridiques de procédure administrative du 21 août 2002 puis publiées de nouveau.¹⁰ A cet égard le législateur a introduit, entre autres, avec le paragraphe 3a VwVfG (Loi sur les arrêts administratifs) la possibilité de remplacer la forme écrite par la forme électronique et, avec le paragraphe 34a, la possibilité de légalisation administrative et électronique.

3. Projets des Länder

Les Länder ont eux aussi développé leurs concepts de eGovernment et ils y travaillent en étroite collaboration avec les communes. La mise en oeuvre d'une technique moderne d'information et de communication doit permettre la **création d'une administration « digitale »** et rendre à l'avenir superflues plusieurs démarches auprès des autorités. La première phase du "eGovernment" consiste comme pour l'Etat Fédéral, en offre d'informations générales qui peuvent être mises à disposition et consultées sans problème de sécurité. Presque tous les Länder et les communes ont dorénavant de telles offres et les proposent aux citoyens sur leurs pages Internet. Parmi elles figure la communication des heures d'ouverture des piscines, ainsi que, par exemple, le téléchargement de certains formulaires dans une mairie virtuelle.

Tout comme pour l'Etat Fédéral, c'est l'offre de prestation de service en ligne proprement dite, comme par exemple la présentation d'une demande qui présente les mêmes difficultés. Mais pour les Länder aussi il y a déjà de nombreux exemples. A Brème, il est possible de communiquer les

⁷ Voir note de pied de page 5.

⁸ Des informations plus précises sont disponibles sur <http://www.bund.de/BundOnline-2005-6164.htm>.

⁹ Le programme d'action peut être lu en intégralité sur le site Web du ministère fédéral de la Formation et de la Recherche <http://www.bmbf.de>

¹⁰ BGBI. I, 102 et suivantes (Journal officiel).

consommations compteur aux services techniques de la ville ou de demander un acte de mariage à l'état civil à l'aide de la signature électronique. La ville d'Esslingen offre aux titulaires de la signature la déclaration en ligne de la taxe canine et le permis de construire en ligne. A Nuremberg, on peut commander par Internet sa carte de stationnement riverain.

A titre d'exemple de la démarche des Länder on peut évoquer le concept d'eGovernment du gouvernement de l'Etat de Bavière du 16 juillet 2002.¹¹ Celui-ci décrit deux domaines d'action, à savoir d'abord **l'offre de prestations administratives électroniques** aux citoyens, et ensuite **l'amélioration de la structure interne de l'administration**. Dans ce contexte les procédures de signature électronique sont expressément mentionnées et un concept a été élaboré en collaboration avec le ministère de l'Intérieur pour leur mise en œuvre.¹² Les **signatures électroniques** qualifiées sont donc prévues, spécialement dans le domaine **des actes administratifs soumis à une forme précise**. Le site Web du gouvernement de l'Etat de Bavière présente 62 projets dans le cadre du eGovernment qui sont déjà réalisés ou qui restent encore à réaliser parmi lesquels le plan cadastral électronique, les relations juridiques électroniques avec les tribunaux, les déclarations d'impôt électroniques. Ainsi, les demandes électroniques faites au Registre Foncier et Registre du Commerce intéressent plus particulièrement le notaire.

Ici aussi, la base juridique de l'acte administratif électronique existe déjà : le 24 décembre 2002 a été promulguée la loi sur le renforcement des activités administratives électroniques et le 31 décembre 2002, elle a été publiée au Journal bavarois des Lois et Ordonnances.¹³ Ainsi, les réglementations juridiques nécessaires au niveau du droit régional pour la formalisation d'actes administratifs électroniques, ont été insérées dans la loi bavaroise de procédure administrative ainsi que dans certaines lois administratives spéciales.

4. Activités du notariat

La présentation ci-dessus des données statistiques et des acquis dans le domaine de l'économie ainsi que de l'administration de l'Etat Fédéral et des Länder, ne doit pas masquer le fait que ni l'économie ni l'Etat n'ont été les pionniers des bases juridiques dans le domaine des transactions juridiques électroniques. Bien au contraire, la **nécessité de disposer d'une communication sûre et fiable** a été reconnue tout d'abord par le **notariat** puis par d'autres professions libérales. Ce n'était pas l'acte administratif électronique qui était placé là au premier plan, mais la **structuration des relations de droit privé**.

Le Conseil fédéral du Notariat allemand aussitôt après le XXe Congrès de l'U.I.N.L., dès 1992, a créé avec son **projet « transactions juridiques électroniques »**, les bases d'une évolution qui a finalement conduit à l'introduction de la forme électronique comme équivalent de la forme écrite dans le Code Civil et à l'instauration de réglementations spécifiques relatives au document électronique dans le Code de Procédure Civile.

En 1993, 1995 et 1997 des réunions spécialisées interdisciplinaires conçues par le Conseil fédéral du Notariat allemand, sous la désignation « **Forum des transactions juridiques électroniques** »,

¹¹ Le document et un aperçu des projets sont disponibles sur le site Web du gouvernement de l'Etat de Bavière à l'adresse <http://www.bayern.de>

¹² Le concept est également disponible sur le site Web du gouvernement de l'Etat de Bavière.

¹³ GVBl. 962 (Bulletin des lois)

ont été organisées et ont joué un rôle déterminant avec, pour objectif, de renforcer la prise de conscience de ce problème par le législateur, les autorités de l'Etat, les milieux économiques et scientifiques, et de faire connaître la signature digitale comme moyen d'aménagement du droit.

Le Conseil fédéral du Notariat allemand a recherché de manière ciblée dans divers milieux de travail une collaboration avec les représentants de l'économie, les syndicats, et les administrations compétentes pour matérialiser ces idées sous forme de solution à large spectre.

A partir de 1995, le Conseil fédéral du Notariat allemand, en collaboration avec les ministères de la Justice, de Saxe et de Bavière, a mis en oeuvre un **projet pilote d'introduction de transaction juridique électronique en matière de Registre Foncier**.

En 1997, la première loi sur la signature électronique a été promulguée, **qui reprenait les suggestions faites en 1995 par le Conseil fédéral du Notariat allemand** dans sa proposition de « **loi sur les transactions juridiques électroniques** ». En 2001, la loi sur la signature électronique a été modifiée sur la base des expériences faites entre temps et des prescriptions de la directive européenne sur les signatures électroniques. Les principes essentiels de base de la loi initiale se retrouvaient cependant dans la directive et ont donc pu figurer aussi dans la nouvelle loi sur la signature électronique. Les autorités de certification « approuvées » et désormais « accréditées » en sont un exemple.

En 2001, avec la loi sur l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé aux transactions juridiques modernes, la forme électronique a été introduite comme équivalent de principe à la forme écrite dans le Code Civil, la prescription correspondante se référant à la loi sur la signature électronique. Le modèle de cette prescription provient du texte évoqué ci-dessus et élaboré par le Conseil fédéral du Notariat allemand « **loi sur les transactions juridiques électroniques** ». Pour une signature correspondant à la forme écrite, il suffit d'avoir, au sens de la directive européenne, une signature électronique avancée.

Dans un premier temps, la forme notariée n'est pas affectée par les modifications. Cependant, un groupe de travail du Conseil fédéral du Notariat allemand étudie dès à présent l'évolution de propositions législatives correspondantes. Celles-ci ont été reprises récemment dans le projet de loi sur la communication avec les autorités de la justice du ministère fédéral de la Justice qui prévoit la **légalisation électronique**. De même, rien ne devrait s'opposer dans un futur proche, du moins juridiquement, à la transmission électronique d'actes notariés vers le **Registre Foncier** et le **Registre du Commerce** par exemple.

Les lois et les réflexions législatives précitées, auxquelles le notariat allemand a collaboré, vont être présentées ci-après en détail.

C. Bases juridiques de l'infrastructure de sécurité

I. Bases techniques de la signature électronique

Nous ne voulons pas présenter ici une fois encore le **mode de fonctionnement de la signature électronique**. Il existe à ce sujet de nombreuses publications¹⁴. Les confrères de l'U.I.N.L. ont, eux aussi, étudié ce sujet de manière approfondie¹⁵.

Les signatures digitales se fondent sur des **procédures cryptographiques asymétriques**. A l'aide d'une clé privée tenue secrète, la signature est créée dans un processus mathématique complexe de sorte qu'elle est liée de manière indissociable avec les données signées. Elle est vérifiée à l'aide d'une clé publique qui est disponible dans un répertoire accessible de manière générale. Pour le titulaire d'un couple de clés, il est également établi un certificat vérifiable par l'intermédiaire d'un répertoire accessible publiquement et au moyen duquel il est possible de déduire l'identité du signataire. La création des clés et la tenue des répertoires sont confiées aux autorités de certification.

Dans la suite de cette présentation, nous partons de l'hypothèse que ces conditions sont déjà connues.

II. Loi sur la signature électronique et règlement sur la signature électronique

1. Référence de la forme électronique à la loi sur la signature électronique

Par principe, en Allemagne, les contrats peuvent être passés **sans être soumis à une forme quelconque**. Dans la mesure où la conclusion du contrat est soumise à une forme légalement prescrite, la **forme écrite** prévue au paragraphe 126 BGB intervient au premier plan des considérations comme un cas d'application principale. Par ailleurs, le BGB, depuis la promulgation de la loi sur l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé et autres prescriptions aux transactions juridiques modernes du 13 juillet 2001¹⁶, reconnaît la forme électronique nouvellement créée dans le paragraphe 126 a BGB comme l'équivalent de la forme écrite. Pour respecter la **forme électronique**, « la personne qui établit la déclaration doit ajouter à celle-ci son nom et assortir le document électronique d'une signature électronique qualifiée conformément à la loi sur la signature électronique. Dans un contrat, chacune des parties doit signer électroniquement un document de même teneur selon la manière désignée au paragraphe 1 ». La **forme de texte** qui est également un élément nouveau introduit dans la loi au paragraphe 126 b n'exige pas de telles sécurités et n'est donc pas autorisée comme équivalent de la forme écrite. Nous reviendrons plus loin sur cette forme et sur les formes supérieures de la légalisation notariée et des constatations notariées sous la forme authentique.

¹⁴ Comme exemple parmi tant d'autres : Reisen/Mrugalla, Signatures digitales – Principes et infrastructures de sécurité ainsi que Bieser, la loi sur la signature – la signature digitale légale vue sous des aspects juridiques et pratiques, ces deux contributions se trouvent dans : Erber-Faller (Editeur), Transactions Juridiques Electroniques.

¹⁵ L'Assemblée des Notariats membres de l'U.I.N.L., lors de sa session d'octobre 1998 à Buenos Aires, Argentine, a adopté un papier de travail et une résolution qui a ensuite été mise à disposition de tous les notariats membres. Le mode de fonctionnement de la signature digitale et ses impacts possibles sur le notariat y sont également abordés de manière détaillée. Lors des sessions du Conseil Permanent et de l'Assemblée des Notariats membres de l'U.I.N.L. à Québec, Canada, au début d'octobre 2003 la « politique pour la certification de signatures électroniques des notaires dans les états membres de l'U.I.N.L. » proposée par la Commission d'Informatique et de Sécurité Juridique a été adoptée et la Commission a été chargée de poursuivre son travail à ce sujet.

¹⁶ Publié dans BGBI. I, 1542 (Journal officiel)

La forme électronique n'est donc tangible en droit civil que par référence à la loi sur la signature électronique.

2. La loi sur la signature électronique comme cadre technico-administratif de signature et d'infrastructure de sécurité

a) Histoire de sa création

La loi sur la signature électronique est entrée en vigueur pour la première fois le 1.8.1997. Elle a été suivie du règlement sur la signature électronique avec les prescriptions complémentaires le 1.11.1997. Ainsi l'Allemagne a été un des premiers pays en Europe et au monde à avoir de telles réglementations. Après la discussion qui s'en est suivie, en particulier au niveau européen, et après la promulgation de la directive européenne sur les signatures électroniques, la loi sur la signature électronique et le règlement sur la signature électronique ont été mises à jour en tenant compte des premières expériences réalisées dans la pratique et des exigences de la directive. La version actuellement en vigueur de la loi sur la signature électronique est entrée en application le 22.5.2001 comme « loi sur les conditions cadre des signatures électroniques »¹⁷ et le nouveau règlement sur la signature électronique est entré en vigueur le 16 novembre 2001.¹⁸

b) Domaine d'application

Le paragraphe 1 alinéa 2 de la loi sur la signature électronique prévoit expressément que **l'utilisation de signatures est libre** dans la mesure où certaines signatures électroniques ne sont pas **prescrites par une disposition législative**. De telles prescriptions figurent par exemple dans le paragraphe 126a BGB déjà évoqué, et qui fera plus loin l'objet d'une discussion plus précise pour la forme électronique, ainsi que dans les lois de procédure administratives déjà évoquées plus avant ou les lois administratives spéciales pour les actes administratifs électroniques.

c) Infrastructure de certification

La loi sur la signature électronique consacre une deuxième section à l'activité des autorités de certification, dénommées par la loi « **prestataires de service de certification** ». Une telle activité est en principe **libre de toute autorisation** en Allemagne. Eu égard au fait que la sécurité d'une signature électronique dépend essentiellement de la sécurité de l'activité de l'autorité de certification, le paragraphe 4 alinéa 2 de la loi sur la signature électronique exige cependant du prestataire la fiabilité et la connaissance spécialisée nécessaires pour l'exercice d'un service de certification, une prévoyance de couverture (assurance responsabilité civile) et d'autres conditions. Est considéré comme fiable, quiconque offre la garantie de respecter les prescriptions juridiques déterminantes pour l'entreprise en qualité de prestataire de service de certification. Pour prouver la connaissance spécialisée, il faut tenir compte des personnes en activité dans l'entreprise. Les autres conditions sont réunies lorsqu'il résulte d'un concept de sécurité que la loi et le règlement sur la signature électronique sont respectés.

d) Autorités de certification virtuelles

La nouvelle loi sur la signature électronique, contrairement aux précédentes, autorise aussi la constitution d'« autorités de certification virtuelles ». En effet, le paragraphe 4 alinéa 5 permet à un prestataire de service de certification de **transférer « des tâches ... à des tiers ... en tenant compte de son concept de sécurité »**. Cette prescription est utilisée par exemple par le Conseil

¹⁷ BGBl. I, 876 (J.O.)

¹⁸ BGBl. I, 3074 (J.O.)

fédéral du Notariat allemand. Il est lui-même accrédité comme prestataire de service de certification mais la technologie provient cependant de la Deutsche Post eBusiness GmbH.

e) Identification

La condition pour la délivrance de certificats qualifiés est l'identification fiable des personnes qui demandent de tels certificats car dans le cas contraire **l'imputation de signatures** au signataire (effectif ou supposé) est compromise plus tard. Un certificat qualifié peut contenir des **données relatives aux personnes (attributs)** concernant la profession ou autre. Dans la mesure où une qualité professionnelle est attestée dans ce certificat, on étudiera de manière approfondie cet élément dans le cadre de l'activité de certification des Conseils et Chambres Professionnels étant donné que cela constitue la **base juridique de la pièce d'identité électronique du notaire**.

f) Concept du certificat qualifié

Le certificat qualifié doit être signé avec une signature électronique qualifiée et il a un contenu fixé légalement, constitué en particulier du nom du titulaire de la clé de signature, de la clé de contrôle de signature qui lui est attribuée, les algorithmes qui en constituent la base, le numéro de certificat courant, la durée de validité du certificat, la désignation du prestataire de service de certification qui a établi le certificat, des données relatives à la limitation de l'utilisation de la clé de signature, la désignation comme certificat qualifié et le cas échéant des attributs.

g) Obligations de l'autorité de certification dans le cas des certificats qualifiés

Les certificats qualifiés doivent être immédiatement **bloqués** par le prestataire de service de certification lorsque le titulaire de la clé de signature ou son représentant l'exigent, lorsque le prestataire de service met fin à son activité et que celle-ci n'est pas poursuivie par un autre prestataire ou lorsque l'autorité de surveillance ordonne le blocage. Dans le cas des attributs professionnels, l'Ordre professionnel compétent peut également demander le blocage.

h) Obligations de documentation et responsabilité

Toutes les mesures de sécurité prescrites doivent être documentées par le prestataire de service de certification de telle manière que les données et leur caractère **infalsifié soient vérifiables à tout moment** et que la documentation ne puisse pas être **modifiée ultérieurement de manière inaperçue**. Le prestataire de service est responsable du respect des exigences juridiques et de la capacité de fonctionnement de ses produits et de ses services. Ce risque est couvert par l'assurance de responsabilité civile susmentionnée pour un montant minimal de 250.000 euros par sinistre.

i) Fin de l'activité d'une autorité de certification

Lorsqu'une autorité de certification met fin à son activité, elle doit le **déclarer** à l'autorité de surveillance et veiller à ce que ses certificats soient **repris** par un autre prestataire. Dans le cas contraire, elle doit les **bloquer**.

j) Accréditation volontaire

Outre les exigences précédentes en vigueur pour tous les prestataires de service de certification, il existe la possibilité de l'accréditation volontaire. Il existe un **droit légal** à l'accréditation lorsque le prestataire prouve que les prescriptions de la loi sur la signature électronique et du règlement sur la signature électronique sont remplies. Avec l'accréditation, il est délivré un **label de qualité**. Il est ainsi possible de faire concurrence au prestataire de service non accrédité. L'accréditation

n'est octroyée que lorsque l'aptitude et la mise en œuvre pratique du concept de sécurité sont vérifiées et confirmées.

k) Missions de « l'instance racine »

Les prestataires de service de certification accrédités reçoivent leur certificat de « l'autorité compétente », c'est-à-dire l'autorité de régulation des Télécommunications et de la Poste à Bonn, appelée « instance racine ». Celle-ci publie¹⁹ les noms, adresses et coordonnées de communication, des prestataires de service de certification accrédités, la révocation ou le retrait d'une accréditation, les certificats qualifiés délivrés par ses soins et leur blocage ainsi que, le cas échéant, la fin ou l'interdiction de l'entreprise d'un prestataire de service de certification accrédité sur sa page d'accueil. Lorsque la certification est faite par l'instance racine, il n'y a donc pas besoin de procéder à ce que l'on appelle la « cross certification », avec tous ses problèmes de justification de la fiabilité des autorités de certification impliquées. Dans le cas de l'instance racine et des prestataires de service de certification qui obtiennent leur certificat par l'intermédiaire de l'instance racine, l'État assume directement la responsabilité de veiller à l'excellence et à la qualité.

En matière d'accréditation, **l'infrastructure de certification** est obligatoirement à **deux niveaux** du fait des obligations susmentionnées (instance racine / autorité de certification accréditée). Etant donné que les exigences correspondantes manquent dans le domaine (seulement) qualifié, il est désormais possible, dans ce domaine, d'avoir, avec la nouvelle loi sur la signature électronique, contrairement à ce qui était le cas précédemment, des **infrastructures de certification à plusieurs niveaux**.

Le recours à un prestataire de service de certification accrédité permet donc d'atteindre **un degré très élevé de sécurité** des produits et prestations utilisés ainsi qu'une chaîne sans faille de certificats pré-sécurisés.

l) Signatures électroniques étrangères et produits pour signatures électroniques

La loi sur les signatures électroniques part de l'hypothèse de **l'équivalence** de signatures dans l'Union européenne et dans l'Espace économique européen lorsque celles-ci sont conformes aux prescriptions de la directive sur les signatures électroniques. Les signatures en provenance d'Etats tiers sont équivalentes si le certificat « est délivré comme certificat qualifié et qu'il est destiné à une signature électronique... (au sens de la directive) » et que, en outre, le prestataire de service de certification est accrédité dans un Etat de l'Union européenne ou de l'Espace économique Européen ou qu'un prestataire de service de certification conforme à la directive au sein de l'Union européenne réponde du certificat ou que le certificat est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral ou multilatéral entre l'Union européenne et l'Etat tiers ou une organisation internationale.

m) Champs d'application des signatures qualifiées et accréditées

Ce fut une décision politique très controversée du législateur qui a été prise essentiellement sur fond de directive européenne sur les signatures électroniques que de considérer comme suffisantes des signatures qualifiées pour la signature électronique dans le cadre de la forme électronique du paragraphe 126 a BGB. Cependant, les chambres professionnelles jugent ces signatures insuffisantes eu égard aux manques de sécurité bien connus et dont l'Union

¹⁹ <http://www.regtp.de>

européenne s'est accommodée pour des considérations économiques. Elles utilisent pour leur projet des produits et des prestations d'autorités de certification accréditées ainsi qu'il est possible de le constater à tout moment en consultant le site Web de l'autorité de régulation des Télécommunications de la Poste. Il ressort de la **liste des prestataires de service de certification accrédités** qui y est publiée, que, dès le 22 décembre 1998, le centre de produits Telesec de la Deutsche Telekom AG a été approuvé comme première autorité de certification en vertu de l'ancienne loi sur la signature électronique²⁰, suivi par la Deutsche Post Signtrust (23 février 2000) et le Conseil fédéral du Notariat allemand (14 décembre 2000). Toujours en vertu de l'ancienne loi, la Deutsche Post eBusiness GmbH a été accréditée comme successeur de la Deutsche Post Signtrust, la Datev eG a été reconnue comme institution professionnelle issue du domaine des conseillers fiscaux, ainsi que les Chambres des Conseillers Fiscaux de Nürenberg, de Brème, et du pays de Saar.

Il existe aujourd'hui au total 23 prestataires de certification accrédités. Ce chiffre tient compte du fait qu'en 2003, une accréditation (la seule jusqu'à présent) a été révoquée. Parmi les prestataires restants, 18 sont des institutions professionnelles issues des notaires, conseillers fiscaux et des avocats. Seuls les 5 prestataires restants peuvent être classés dans le domaine commercial proprement dit.

D. Bases juridiques de la conclusion électronique des contrats

I. Remarque préalable sur la loi sur les prescriptions de forme

Avec la **loi relative à l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé et d'autres prescriptions relatives aux transactions juridiques modernes** (ci-après loi sur les prescriptions de forme) le législateur a voulu adapter le droit privé allemand aux évolutions des transactions juridiques modernes, à l'évolution des technologies de l'information et des communications et aux directives CE du 13 décembre 1999 sur les conditions cadre communautaires pour les signatures électroniques et du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.²¹

La loi modifie le Code Civil au niveau de la Partie Générale et du droit des obligations, d'autres lois du droit civil, le Code de Procédure Civile et d'autres règlements de procédure y compris des règlements touchant à la juridiction volontaire, et, finalement, des dispositions isolées touchant au droit public et se référant aux prescriptions de forme. Les **points clés** de la loi sont **l'introduction de la forme électronique** dans le Code Civil et de la **forme de texte** au niveau au-dessous, qui seront traitées ci-après, ainsi que l'utilisation de documents électroniques dans le cadre des règles de procédure judiciaire, et l'administration de preuves au moyen du document signé électroniquement qui font l'objet du paragraphe E de ce rapport.²²

²⁰ Avec la première loi sur la signature, la procédure d'accréditation volontaire n'existait pas encore, il n'y avait que la possibilité de demander un agrément. La nouvelle loi sur la signature comporte en ce qui concerne le même profil d'exigence, une disposition transitoire d'après laquelle les agréments de l'époque valent accréditations.

²¹ C'est la raison officielle du projet de loi, BT-Drs. 14/4987, 1.

²² Raison officielle, BT-Drs. 14/4987, 1.

Le problème de « l'opposabilité » n'avait pas besoin d'être résolu en droit allemand car ici il n'est pas possible de faire une transaction juridique sans respecter la forme prescrite de sorte qu'elle n'est valable qu'entre les parties mais ne peut pas être opposée à d'autres. Une transaction juridique qui doit revêtir une forme prescrite soit correspond à ladite forme et est donc efficace inter omnes, soit elle est totalement inefficace. Ceci répond à l'effet généralement constitutif de l'inscription dans le livre foncier ou dans le Registre du Commerce. En conséquence, nous ne nous intéresserons pas par la suite à des questions de ce type.

II. Généralités

1. Formes modernes de la conclusion d'un contrat

La diversité technique des moyens modernes de travail et des communications se reflète dans la manière dont, dans les transactions juridiques modernes, des déclarations de volonté de tout type sont faites, des contrats sont conclus et dont les droits qui en résultent sont mis en exécution. Ainsi il n'est plus pensable de se passer du téléphone, du fax et de l'e-mail dans la vie juridique et économique. Depuis longtemps aussi, dans la pratique, ils ont assis leur domination sur les tribunaux.²³ Leur utilisation évidente dans les transactions juridiques individuelles et de masse, le recul croissant du papier comme moyen de communication et de documentation dans des domaines juridiquement importants et la prise en considération forcée qui en a résulté de la part du droit et de la jurisprudence avec le classement dogmatique de telles déclarations de volonté, ont accru la prise de conscience de ce type particulier de forme de déclaration non écrite dans les transactions juridiques et de la difficulté de l'administration de la preuve.²⁴

2. Problématique

Ce qui avait toujours été évident dans la déclaration orale, à savoir la facilité de disponibilité et son coût réduit d'une part, mais aussi sa volatilité, son caractère manipulable et contestable, en particulier l'incertitude quant à l'auteur, s'est avéré être de plus en plus le problème des formes de communication moderne en dehors de la forme écrite habituelle.²⁵ Des déclarations faites de cette manière peuvent conduire dans le cas le plus grave à un risque important de procédure pour celui qui y fait appel.

²³ L'insécurité qui est apparue à la suite de la jurisprudence divergente des tribunaux les plus divers, quant à la question de savoir si une signature scannée préserve la forme écrite de certains mémoires, a certes été écartée par la Chambre Commune des plus hautes cours de justice de l'Etat Fédéral dans sa décision du 5.4.2000 mais celle-ci, en autorisant cette signature scannée, s'est cependant définitivement éloignée de la forme écrite générale du Code Civil. La décision montre clairement que la jurisprudence a ainsi marqué une ouverture en faveur de la communication électronique en s'écartant de la législation sans pour autant s'atteler aux questions de sécurité que la pratique actuelle avait fait apparaître et qui était également l'objet de la loi sur les prescriptions de forme. La pratique s'en est félicité, voir *Lewinska et Römermann/van der Moolen*.

²⁴ La dissertation de *Kuhn* présente, preuves à l'appui, l'état de la discussion concernant les actes juridiques électroniques avant le début de la discussion concernant une forme électronique avec des approches de solutions personnelles. La dissertation de *Rapp* analyse également, avec une évaluation très large de la jurisprudence et de la littérature, l'arrière plan de la loi sur les prescriptions de forme et en se référant à des aspects européens et de droit comparé pour garantir l'aptitude de signatures électroniques de qualité de forme.

²⁵ La réunion organisée par le Conseil Fédéral du Notariat et TeleTrusT Deutschland e.V. les 18./19.11.1993 intitulée Transactions Juridiques Electroniques – Procédure de signature digitale et conditions cadre, qui est reprise dans un volume des actes de la réunion, le démontre à l'aide d'exposés communs effectués par un technicien et un juriste.

3. Bases technico-organisationnelles d'une solution

Les problèmes des déclarations non matérialisées font depuis longtemps l'objet de discussions entre techniciens et juristes.²⁶ Ce qui est notable ici ce n'est pas tant que le progrès technique recherche des moyens d'éliminer les faiblesses reconnues,²⁷ alors que la jurisprudence s'efforçait de traiter ce genre de cas sur la base des lois en vigueur à l'époque et mettait au point une casuistique de cas individuels partiellement incompréhensible.²⁸ Ce qui est plus surprenant c'est que, relativement tôt déjà, un dialogue interdisciplinaire à vaste échelle, impliquant des scientifiques de diverses branches, la politique et l'administration, l'industrie et le commerce, les associations professionnelles, les représentants de défense des intérêts des consommateurs et d'autres personnes intéressées, a créé les bases d'une approche générale de solution.

La signature digitale est bientôt devenue le porteur d'espoir pour la solution des problèmes techniques et juridiques les plus divers en matière de technique moderne d'information et de communication. La définition, la conception et le lien organisationnel sont réglementés dans la loi sur la signature électronique²⁹ et le règlement sur la signature électronique³⁰ déjà évoquée au point C de sorte qu'il est tout à fait possible que les lois les plus diverses puissent être adoptées en se référant aux réglementations qui présupposent la signature digitale.

4. Conséquences pour les prescriptions de forme

La loi sur les prescriptions de forme fait de la **signature électronique qualifiée la caractéristique essentielle de la forme électronique nouvellement créée**. Dans le cas de la forme de texte nouvellement créée elle aussi, la loi renonce sciemment à une caractéristique de sécurité comparable. La loi crée ainsi la base d'une dogmatique différenciée pour la déclaration de volonté non orale et non fixée sur papier, l'acte de procédure correspondant et la reconnaissance de la preuve au moyen de telles déclarations. La forme écrite dans sa conception habituelle et les formes écrites qualifiées de la certification publique et de l'authentification notariée ainsi que certaines prescriptions particulières³¹ ne sont pas évoquées par la loi.

III. Questions diverses

1. Importance de la loi

L'introduction de nouvelles formes de déclarations dans le Code Civil représente un jalon de l'évolution du droit dont l'importance juridico-dogmatique ne peut pas encore être estimée à sa juste valeur. Jusqu'à présent il n'existait que la déclaration informelle qui ne faisait pas l'objet

²⁶ *Fritzsche/Malzer, Kuhn* avec d'autres références.

²⁷ A ce sujet, les procédures traitées au paragraphe C ont été développées.

²⁸ Dans le domaine des documents qui ont eu une importance déterminante, voir ci-dessus note de page 23; la jurisprudence en matière d'exigence de formes matérielle et juridique, était moins disposée à un compromis, voir BGH 121, 224, d'après laquelle pour la « passation écrite » de la déclaration de caution prévue au paragraphe 766 BGB, l'envoi par fax n'est pas suffisant. (BGH : Cour fédérale de Justice / BGB : Code Civil)

²⁹ Voir à ce sujet en particulier le commentaire de *Roßnagel* dans Droit des services multimédia.

³⁰ *Roßnagel* comme ci-dessus.

³¹ Par exemple l'accord de transfert de propriété, § 925 BGB, ou le testament olographe § 2247 BGB.

d'une réglementation particulière et la forme écrite avec ses différentes expressions. La déclaration électronique ne trouvait sa place que dans le domaine informel exclusivement et ce, indépendamment de la manière dont sa sécurité était assurée à grand frais. Désormais, il existe un **équivalent électronique de la forme écrite**.

Des fonctions essentielles sont toujours attribuées à la forme écrite, fonctions qui servent de références aux nouvelles formes de la forme électronique et de la forme de texte. Le principe de la mise sur un même plan de la forme écrite et de la forme électronique a donc fait l'objet au préalable d'une discussion approfondie sur **l'équivalence de fonction**.³²

Les raisons pour lesquelles la loi n'a pas pris jusqu'alors une importance pratique plus importante sont variées et doivent être recherchées dans le domaine technique, économique et du droit réel. Il est possible tout d'abord que cela soit lié au fait que la loi soit encore récente et que l'ordre juridique allemand ne reconnaisse les prescriptions de forme que comme une exception, au fait que la plupart des transactions juridiques qui adoptent la forme écrite le font donc sans aucune obligation légale. Il n'était pas nécessaire de légiférer en la matière. Pour ce qui concerne la forme, la nécessité d'un équipement approprié avec la technique nécessaire est la question, non encore résolue de manière satisfaisante, relative à l'interopérabilité des différentes procédures de signatures, représente le plus grand obstacle. Actuellement, les réserves socioculturelles qui existent encore contre les procédures de signature électronique vont certainement perdre de leur importance avec sa diffusion croissante, la diminution des coûts et l'habitude. A cet égard, nous faisons encore une fois référence à l'évolution statistique que nous avons présentée en détail ci-dessus.

a) Le concept de la forme écrite dans le paragraphe 126 alinéa 1 BGB (Code Civil)

Le pivot et le point d'ancrage du concept de la forme écrite est le paragraphe **126 BGB**. Pratiquement toute prescription qui prévoit la forme écrite se réfère directement ou indirectement à ce paragraphe et doit prendre en compte cette norme fondamentale : le Code Civil (BGB) lui-même et d'autres réglementations de droit civil utilisent la forme écrite en de nombreux endroits soit de manière inchangée, soit avec des modifications au cas par cas.³³ Les codes de procédure³⁴ se sont créés, avec le temps, leur concept spécifique de forme écrite mais qui est en règle générale défini dans les limites et d'après le concept contenu dans le Code Civil, tout comme la forme écrite dans le droit administratif.³⁵ Pour comprendre l'importance de la loi sur les prescriptions de forme, il faut d'abord comprendre **l'importance de la forme écrite**.

aa) Acte

La forme écrite prévoit d'abord un « acte ». Il n'est pas possible de déduire de la loi elle-même ce qu'est un acte dans ce contexte. Le droit circonscrit le concept comme « **une déclaration de pensée matérialisée par un acte écrit** ». ³⁶ Ce qui est sûr, c'est que le concept d'acte du droit civil doit être compris dans un sens différent de celui qu'il a par exemple en droit pénal.³⁷

³² Bettendorf dans : Transaction juridique électronique, 16.

³³ Voir aperçu chez Palandt/Heinrichs § 126 Rn. 1.

³⁴ Pour le ZPC (CPC) voir Zöller/Greger, § 130.

³⁵ Schmitz/Schlatmann, NVwZ 2002, 1284, Roßnagel, DÖV 2001, 223, et autres

³⁶ Bettendorf, dans : EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, 36.

³⁷ Palandt/Heinrichs § 126 note marginale 2 et suivantes par rapport à Tröndle/Fischer, § 267 note marginale Rn. 2.

Selon l'opinion générale, la **matérialisation** concerne en principe tout matériel qui peut être saisi avec les mains comme moyen de support de l'acte considéré, allant de la tablette d'argile, de pierre ou de cire, en passant par le rouleau de papyrus ou de parchemin pour aller jusqu'au papier que l'on connaît de nos jours. La durabilité du support peut toutefois présenter une différence graduelle tout comme la manière dont le support est rempli avec de l'écriture ou du texte. Ce qui est de l'écriture ou de texte comme expression d'une déclaration de pensée, semblait apparemment si clair au législateur qu'il n'a pas défini ses concepts ni dans le Code Civil, ni même comme composante du texte de loi. Il s'ensuit que même un testament écrit dans le sable, peut en principe remplir la forme écrite, même si cet exemple extrême n'a presque aucune signification pratique.³⁸

Dans la vie actuelle juridique et économique, on a régulièrement affaire à des documents papiers. Le papier est un produit standardisé, bon marché et à la disposition de tout un chacun, qui s'insère sans problème dans le cours habituel des affaires et des traitements, et pour le transport duquel il existe des voies qui fonctionnent. Etant donné que dans une société développée, d'inspiration occidentale, la grande majorité de la population sait lire et écrire, la « déclaration de pensée ainsi matérialisée » représente un état de fait quotidien facile à remplir.

b) Signature nominative ou paraphe

Le concept de **signature nominative**³⁹ n'est pas non plus défini dans la loi. En règle générale, cela n'est pas nécessaire parce qu'il s'agit d'un état de fait ancré dans la conscience de la population comme quelque chose d'évident, et à propos duquel personne, dans la vie de tous les jours, ne se pose de questions. La convention exige aussi, outre les prescriptions de forme du Code Civil (BGB et autres lois) que les actes de tout type soient signés. Etant donné que très souvent la signature a lieu dans un **contexte juridique important** et qui entraîne des conséquences juridiques, est une chose considérée comme évidente.

Dans les cas où la jurisprudence a dû étudier la question de savoir s'il existe une signature au sens juridique du terme, il a fallu, en général, séparer le concept de ce que l'on appelle le **paraphe**⁴⁰, c'est-à-dire une abréviation du nom qui est utilisé par exemple pour indiquer que la personne concernée a vu un texte mais ne l'a pas clôturé nécessairement de sa signature et ne voulait donc pas en faire nécessairement « sa » déclaration. La lisibilité de la signature n'est pas exigée, mais en revanche, ce qui est nécessaire, est sa **reconnaissance comme signature**.⁴¹ Récemment, la Cour Fédérale de Justice a été saisie de la question de savoir si la signature apposée au bas d'un acte notarié avec, uniquement, le prénom était suffisante⁴² et elle y a répondu par la négative dans une décision fortement critiquée⁴³ par les notaires. Le document en question était donc invalide. En fait, il est difficile de comprendre pourquoi il doit en être ainsi dans un acte notarié qui comporte en exergue toutes les données relatives aux parties et

³⁸ Dans son arrêt, publié au Journal judiciaire allemand 15, 594, la Cour de Cassation a eu à se prononcer sur un testament rédigé sur une ardoise.

³⁹ *Palandt/Heinrichs*, § 126 Rn. 5 ff.

⁴⁰ BGH, (Cour Fédérale de Justice), NJW 1967, 2310.

⁴¹ BGH, NJW 1987, 1334; BGH NJW 1994, 55.

⁴² BGH, DNotZ 2003, 269.

⁴³ Heinemann, DNotZ 2003, 243.

nécessaires à l'identification précise alors qu'un testament olographe peut être signé par le simple prénom sans que cela affecte sa validité.⁴⁴

Il a été indiqué à juste titre, que la **signature électronique ressemble plutôt au paraphe qu'à la signature**.⁴⁵ Cependant dans la pratique, la légalisation par notaire que la loi prévoit pour un paraphe en dehors de la signature afin de respecter la forme écrite, n'a pratiquement aucune signification. Cela est peut-être dû au fait que dans notre société marquée par l'écrit, des analphabètes s'efforcent de se préparer une signature qu'ils reproduisent en cas de besoin. Ainsi, beaucoup réussissent à ne pas se dévoiler car l'analphabétisme est considéré comme une tare sociale. La capacité de l'auteur d'une déclaration à pouvoir la lire et l'écrire intégralement n'est pas une exigence intrinsèque à la forme écrite⁴⁶, de sorte que de nombreuses déclarations signées de cette manière sont valables dans la forme.⁴⁷ Ceci vaut également pour des déclarations faites dans une langue étrangère dont le signataire ne possède pas la connaissance courante.

c) Le signataire

Le signataire du document est celui auquel correspond au sens effectif la déclaration de pensée matérialisée dans le document, c'est-à-dire **la personne qui a apposé la signature qui se trouve sur le document**. Lors de la signature par un représentant, c'est donc le représentant qui est le signataire et non pas le représenté auquel la déclaration est légalement imputable. De même, en cas d'autorisation d'agir sous un nom étranger, c'est-à-dire lorsque le représentant signe du nom du représenté, et engage ainsi légalement ce dernier, le représentant reste le signataire de l'acte au sens de la prescription de forme. Si l'on signe sous un nom étranger dans l'intention de tromper sur l'identité du signataire, le signataire est également dans ce cas celui qui a signé. Cependant il n'existe aucun cas équivalent à la représentation sauf, le cas échéant, des falsifications de documents passibles d'une sanction.

Les deux cas précités font apparaître une **différence essentielle quant à la signature électronique**. Si quelqu'un réalise une signature électronique à l'aide des outils de signature qui lui sont fournis à cet effet, les réglementations légales relatives à l'action réalisée sous un nom étranger peuvent être transférées sans problème. Cependant, si les outils de signature ont été dérobés, il n'est pas possible, dans le cas des signatures réalisées par le voleur, de falsification. La signature en tant que telle est véritable, par ailleurs le certificat renvoie de manière exacte à la personne qui l'a établi. Contrairement à la signature manuscrite, la signature électronique n'est pas liée corporellement à la personne. Du fait de cette « **interface homme-machine** », **l'imputation des signatures électroniques** doit donc se faire à un autre niveau. Il faut donc encore entendre les opinions pour et contre des mécanismes d'imputation en droit civil et en droit procédural dans le cadre du paragraphe 292a ZPO sous le paragraphe E.⁴⁸

⁴⁴ La question de savoir si la preuve de l'auteur est ainsi effectivement apportée, est une autre question.

⁴⁵ *Fritzsche/Malzer*, cité à l'endroit indiqué

⁴⁶ Dans la procédure de la passation d'acte notarié, des prescriptions spéciales s'appliquent pour les personnes qui ne savent pas écrire.

⁴⁷ La question de savoir si elles ont été faites de manière correcte du point de vue du contenu, en particulier si elles peuvent, le cas échéant, être contestées pour cause d'erreur ou tromperie, est une autre question.

⁴⁸ Les commerçants sur Internet et les sociétés de crédit demandent instamment que cela soit pris en compte dans la procédure législative, cf. *Schröter, J* : Sécurité juridique dans les transactions commerciales électroniques, WM 2000, 2134. Les associations de consommateurs et le Conseil Fédéral du Notariat y sont opposées car, sinon, le signataire est exposé au risque de panne technique et de manipulation.

d) Les objectifs de la forme

La signature comme partie intégrante essentielle de la forme écrite et la forme écrite comprise comme un tout poursuivent différents **objectifs de forme** élaborés par la jurisprudence et le droit :⁴⁹

aa) La fonction d'identité permet de reconnaître par la signature le signataire de la déclaration. Le signataire, dans le cas d'une signature lisible, apparaît nettement et directement, et dans le cas d'une signature illisible, le résultat est en général tellement individualisé qu'il peut quand même être « reconnu ».

Dans le cadre d'une signature électronique, cette fonction doit être assumée par le certificat, ce que celui-ci ne peut faire à son tour que lorsque l'utilisateur de la signature a été dûment identifié avant l'établissement du certificat. C'est pourquoi, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la loi sur la signature électronique et le règlement sur la signature électronique accordent une si grande valeur à l'identification.

Dans le cadre de la forme de texte, il suffit simplement que la personne du déclarant soit « nommée ».

bb) La fonction d'authenticité de la signature doit prouver la provenance de la déclaration du signataire, c'est-à-dire l'authenticité de la signature. En cas de contestation de l'authenticité, il est possible d'administrer la preuve de **l'authenticité** par des comparaisons d'écriture et des rapports d'expertise, la légalisation publique réduisant dans ce cas le risque de procès pratiquement à zéro.

Comme nous l'avons déjà dit, cela est différent dans le cas de la signature électronique. De nombreux malentendus dans des discussions controversées portant sur l'équivalence de la signature manuscrite et de la forme électronique, proviennent de la signification spéciale au sens juridique du concept d'authenticité. Contrairement à ce qui se passe avec les spécialistes de la signature, une signature n'est pas authentique pour les juristes par le seul fait qu'elle puisse être imputée à une personne au moyen d'un certificat, comme indiqué ci-dessus au point aa) mais seulement lorsqu'elle provient véritablement de cette personne dans le cas considéré. La différence a des répercussions principalement dans les cas de vol d'outils de signature.

En matière de justification légale, la forme de texte ne donne aucun droit à pouvoir offrir l'authenticité au sens juridique du terme.

cc) La fonction de clôture de la signature manuscrite laisse présager la preuve de la l'achèvement et du dépôt intentionnel d'une déclaration. C'est pourquoi la jurisprudence émet des réserves contre la « signature supérieure » sur les ordres de virement des banques car une telle signature ne clôture pas dans l'espace le texte auquel elle doit se référer.⁵⁰

⁴⁹ On trouve une comparaison approfondie des buts de forme entre la forme écrite et la forme électronique dans *Rapp*, pages 156 et suivantes.

⁵⁰ BGH 113, 48. (Cour fédérale de Justice)

La fonction de clôture ne pose pas de problème dans le cas de la signature électronique parce qu'elle englobe nécessairement le texte signé comme un tout.

La forme des textes reste ici imprécise, quand elle exige que la « conclusion de la déclaration soit rendue reconnaissable par la reproduction de la signature nominative ou autre ».

dd) La fonction d'avertissement de la signature et de la forme écrite, est utilisée par de nombreuses prescriptions lorsqu'il s'agit de faire prendre conscience au déclarant qu'une transaction juridique peut avoir pour lui des conséquences juridiques obligatoires. Depuis des siècles, le fait suivant est ancré dans la conscience de la population, à savoir que la signature sous un acte écrit conduit en général à la création de droits pouvant faire l'objet d'une action en justice qui peuvent aussi s'imposer et la signature est exigée par la partie adverse justement pour cette raison. La fonction d'avertissement prend donc une signification sociale particulière car elle doit préserver d'un engagement précipité dans des relations juridiques.⁵¹

La question de savoir si la forme électronique peut remplir la fonction d'avertissement fait partie des questions controversées de cette partie de la loi sur les prescriptions de forme.⁵² Toutefois, dernièrement, et comme résultat pour le cas général il y a été répondu à juste titre par l'affirmative.

Dans le cas de la forme de texte, le législateur lui-même suppose qu'elle ne peut pas remplir une fonction d'avertissement.

ee) Outre la fonction d'avertissement, on trouve quotidiennement au premier plan la **fonction de preuve**. La satisfaction de droit est nettement facilitée dans les systèmes juridiques du droit civil écrit sur la base des documents écrits. Le code de procédure civil prévoit pour **l'administration de preuves par des actes**, des réglementations spéciales. Dans la **procédure sur titres**, il est possible d'obtenir un jugement par des moyens plus faciles. Dans la pratique, les actes mettent ainsi à disposition un type spécifique d'administration de preuves d'un très haut niveau de sécurité. La fonction de preuves devrait être, dans la plupart des cas de la forme écrite obligatoire stipulée par convention, le motif en vertu duquel les parties se mettent d'accord sur une forme à laquelle il ne serait pas obligé de se soumettre par la loi. Elle pourrait être en outre une raison pour que le grand volume de documentations écrites dans la vie juridique présente une relation inversement proportionnelle au nombre relativement faible des prescriptions de forme.

Dans la fonction de preuves, on voit particulièrement bien que la signature électronique est, certes, un état de fait qui est comparable à la signature manuscrite au sens **d'un équivalent de fonction**. Cela n'a cependant *pas* pour conséquence qu'il s'agit de processus similaire. Alors que « l'interface homme-machine » de la signature électronique malgré – ou justement à cause de – la décision du législateur de créer avec le paragraphe 292a ZPO une règle de preuve pour des documents signés électroniquement donne lieu à des discussions controversées à propos de la sécurité de l'imputation électronique des documents signés⁵³, leur valeur de preuve est reconnue

⁵¹ Opinion unanime, cf. *Palandt/Heinrichs* § 125 note marginale. 1.

⁵² En émettant des doutes bien argumentés et w.N. *Rapp*, 163.

⁵³ *Fritzsche/Malzer* cité à l'endroit indiqué; La valeur de preuve des signatures digitales concernant le signataire dépend principalement de la qualité de l'infrastructure de sécurité, cf. *Rapp*, 163, et *Jungermann*, qui consacre la totalité de sa dissertation à l'examen de cette question.

dans des circonstances normales à propos de la question de manipulation ultérieure sur le document signé.⁵⁴

La **forme de texte** ne revendique pas là non plus un **droit à pouvoir remplir des objectifs de forme**. Etant donné que le législateur la considère entre autre, propre à s'appliquer dans des domaines où les relations juridiques peuvent être facilement annulées⁵⁵, une fonction de preuve de cet objectif de forme serait même plutôt préjudiciable. Toutefois, le juriste de formation traditionnelle se heurte ici sur un résultat déconcertant à savoir que la déclaration orale (prouvée) ou faite d'une autre manière informelle est et reste obligatoire de manière illimitée alors que, apparemment, ce ne devrait pas être le cas pour cette forme de texte.⁵⁶

ff) La fonction de contrôle de la forme écrite est justifiée pour des dossiers importants relevant du droit des cartels en relation avec le paragraphe 34 UWG a.F. (Loi contre la concurrence déloyale, ancienne version), mais elle devrait également revêtir une certaine importance par exemple dans le domaine de la juridiction volontaire pour des prescriptions de forme écrite supérieures telle que la déclaration certifiée et authentifiée par un notaire lorsqu'il s'agit de la publicité dans des registres publics. Il est possible que jusqu'à présent la fonction de contrôle soit restée « ignorée » parce que le rôle du notaire comme garant de toutes les autres fonctions est, à juste titre, fortement soulignée. Le notaire ne peut vérifier, formuler correctement le contenu exact des statuts des sociétés de capital, des transactions immobilières ou des demandes de certificat d'hérédité (pour ne citer que quelques exemples ayant une importance pratique) et décharger ainsi les tribunaux lorsqu'un acte écrit a été établi à ce sujet et pour lequel on présume qu'il jouit d'un caractère exhaustif.⁵⁷ De même le contrôle judiciaire de ces contrats prévoit qu'ils doivent être présentés par écrit.

Lors de l'introduction de la forme électronique comme équivalent de la forme écrite simple, la fonction de contrôle ne jouait **aucun rôle** bien que pour les mêmes raisons que dans le cas de la fonction de preuves de cette forme, elle pourrait le faire dans la mesure évoquée dans ce cas. Mais dès qu'un équivalent électronique sera placé à côté des formes écrites supérieures, il faudra se pencher sur cette question.⁵⁸

La forme de texte doit aussi s'adapter à ce contexte. Il serait trop facile de tourner les objectifs de contrôle correspondants en profitant de « l'absence de forme qualifiée »⁵⁹ qu'elle représente.

⁵⁴ A propos des facteurs de sécurité des signatures digitales, *Roßnagel*, Droit des services Multimédia Einl SigG note marginale 27.

⁵⁵ Motivation officielle BT-Drs. 14/4987, 18.

⁵⁶ La motivation dogmatique pour l'introduction de la forme de texte reste particulièrement obscure à cet endroit. Mais la tendance veut que les relations contractuelles soient conçues pour être facilement résiliées comme le montre les droits de révocation introduits dans les lois sur la protection des consommateurs, la plupart du temps sur la base de directives européennes. A propos de leur impact déstabilisant dans le cadre des relations contractuelles, voir *Richter*, G.: Précautions comme principe d'un code juridique social en Europe, numéro spécial 2002 de la DNotZ avec les contributions à la 26^e journée des notaires allemands qui s'est tenue du 19 au 22.6.2002 à Dresde.

⁵⁷ Cela est garanti par la procédure d'authentification notariée.

⁵⁸ Pour la certification, il existe déjà une initiative du ministère fédéral de la Justice qui se fonde sur des propositions du Conseil Fédéral du Notariat.

⁵⁹ C'est le cas de la recommandation, qui refuse la forme de texte, de la Commission des affaires juridiques et internes du Conseil fédéral en vue de la prise de position de ce dernier dans la procédure législative, BR-Drs. 535/1/100.

gg) Dans le cas de l'**authentification notariée**, la **fonction de conseil et d'assistance** vient s'ajouter aux objectifs de formes précités comme la tâche la plus noble, qui ne dépend cependant pas du support matériel de la déclaration mais est garantie par les obligations officielles dont il est prévu qu'elles doivent être remplies personnellement en vertu, principalement, de la Loi fédérale sur la profession de notaire et la Loi sur la procédure d'authentification. Il est clair que ni la forme écrite simple, ni la forme électronique, ni la légalisation officielle et surtout pas la forme de texte ne peuvent remplir une telle fonction, qui ne peut d'ailleurs pas être exigée de ces formes.

2. La forme écrite simple comme base des formes écrites supérieures

L'écrit domine le monde habituel des formes du Code Civil. A cet égard, le § 126 constitue toujours la norme de base à laquelle les **formes supérieures** se réfèrent, chacune étant complétée par des **caractéristiques additionnelles**.

Le § 128 BGB ne prévoit aucune réglementation pour l'**authentification** notariée proprement dite, laquelle, de son côté, ne contient pas non plus de définition de l'acte notarié. La loi sur l'authentification est plutôt, de par son système, une loi de procédure qui régleme le processus d'établissement de l'acte notarié et donc suppose comme une évidence que le produit fini de cette procédure est un acte de papier qui contient une déclaration de pensée matérialisée qui est signée par le ou la signataire. Les prescriptions de procédure doivent, en outre, garantir une authenticité en ce sens que tant la provenance du signataire (identification des parties impliquées) que l'exactitude des déclarations faites est garantie par le conseil et les instructions fournies conformément au § 17 BeurkG (loi sur l'authentification.)

Le § 129 BGB établi, pour la légalisation officielle, que la « déclaration doit être faite par écrit et que la signature du déclarant doit être légalisée par un notaire ». Ici aussi, l'acte sur papier figure donc au premier plan, acte par lequel il faut procéder, d'après les dispositions de la loi sur la procédure d'authentification, à la légalisation de signature et de paraphes pour laquelle l'identification des parties revêt une importance de tout premier plan sans que, pour autant, la légalisation se réduise uniquement à cela.⁶⁰

3. La forme électronique comme équivalent de la forme écrite

La **comparaison entre la forme écrite simple et la forme électronique** faite dans le contexte des objectifs de la forme a montré, dans la procédure législative, que les deux faits ne sont certes pas identiques, que chacune des formes possède ses atouts et ses faiblesses spécifiques, mais qu'il existe fondamentalement une **équivalence de fonction**⁶¹ qui justifie que l'on assimile, en principe, la forme écrite simple et la forme électronique. Cette décision n'avait aucun caractère obligatoire, ses motivations étaient essentiellement politiques.⁶²

⁶⁰ A propos des fonctions de la légalisation allant au-delà de l'identification *Bettendorf*, transactions juridiques électroniques et forme écrite du Code Civil et du Code de Procédure, 424.

⁶¹ Avec des exceptions : le législateur s'est réservé le droit de ne pas autoriser partout la forme électronique en remplacement de la forme écrite et continue de prescrire exclusivement la forme écrite aux §§ 484, al. 1 p. 2, 492, al. 1 p. 2, 630 p. 2, 761 p.2, 780 o.-. 2, 781 p.2 BGB, 73 p. 2 HGB et 2 al. 1 p.2 de la loi sur l'administration de preuves. *Rapp*, p. 166 évoque justement le problème de savoir si les exceptions sont conformes au droit européen.

⁶² La discussion de la capacité d'avenir du site Allemagne a été conduite, entre autres, sur la base de cet argument.

L'assimilation n'est pas **strictement suivie** en droit civil. Ainsi le législateur a, certes, disposé que la forme écrite peut être remplacée par la forme électronique mais ce, uniquement, si la loi n'en prévoit pas une autre. Une autre forme ressort de la loi chaque fois que le législateur pensait que les divers objectifs de forme ne pouvaient pas être remplis par la forme électronique ou qu'ils ne pouvaient pas l'être suffisamment. La plupart du temps, il s'agit de **normes ayant un caractère de protection du consommateur**, à propos desquelles la question se posait de savoir si la fonction d'avertissement pouvait être garantie par la forme électronique⁶³.

Toute réserve mise à part, la loi sur les prescriptions de forme et la discussion qui y est liée montrent cependant qu'une **assimilation**, qu'elle soit globale ou échelonnée d'un acte écrit ou d'un acte signé électroniquement est techniquement **possible**. Des corrections ultérieures ne remettraient pas en cause le principe de bas.

Etant donné que les formes supérieures découlent également de l'acte écrit, il a été proposé très tôt de les inclure dans le projet de loi ou de l'étendre ultérieurement à la forme électronique. A l'heure actuelle, cela n'est pas encore *lege lata* en Allemagne.

4. Obstacles à l'introduction du document signé électroniquement

Lors des consultations relatives au projet de loi, il a été objecté à l'encontre de la forme électronique que, par comparaison avec la forme écrite, elle entraînait des **coûts** élevés et nécessitait des **connaissances spéciales**, qui n'étaient pas le propre de tout un chacun. Les actes signés électroniquement ne pouvaient être envoyés et reçus que par une personne qui possédait un ordinateur équipé du matériel et des logiciels correspondant et qui savait s'en servir. Cela excluait une grande partie de la population de leur utilisation. En outre, il y aurait le risque que la partie économiquement plus forte d'une transaction juridique **oblige** la plus faible à utiliser la forme électronique éventuellement moins avantageuse pour cette dernière. De même, il importait aux Länder de pouvoir élaborer eux-mêmes l'introduction de la communication électronique dans le processus et ne pas être tenus, éventuellement à des **investissements** qui ne sont pas prévus dans leur budget.

Il est exact que, si l'on fait une **comparaison des coûts** pour l'acquisition des conditions techniques correspondante, la forme écrite est la mieux placée. Cependant, il n'est pas vrai que la forme écrite a toujours été bon marché et disponible pour tous. C'est le même phénomène qui s'est produit, plus récemment, pour l'utilisation de moyens de communication techniques comme le téléphone et le fax, qui, après leur invention et leur introduction sur le marché, ont mis parfois encore des années pour réussir à s'imposer largement au sein de la population. Pour la forme électronique aussi, la diffusion de masse ne se fera que lorsqu'une masse critique aura été atteinte.

Ici aussi, comme dans les cas précités, c'est le **secteur professionnel** qui sera **précurseur**, avant que les ménages privés, les tribunaux et les autorités publiques ne soient atteints.

Il est certain que le souhait du gouvernement fédéral de ne pas rester politiquement à l'écart, d'abord lors de la conception puis lors de la mise en œuvre des deux directives CE relatives à la signature électronique et aux transactions électroniques.

⁶³ Voir les prescriptions listées à la note 61.

Toutefois, la pression économique est particulièrement forte dans le cas de la forme électronique ; car de grands espoirs se fondent sur **Internet comme moyen de distribution** et les formes de distribution télécommunicatives actuelles étaient considérées comme peu sûres. Grâce à la possibilité de consultation à distance du **Registre Foncier et du registre du commerce** et la **reconnaissance du téléfax**, des attentes plus vastes sont également apparues à propos de la juridiction contentieuse.⁶⁴ Indépendamment des revers inévitables, ce ne devrait donc être qu'une question de temps pour que le document signé électroniquement s'impose.

IV. Aspects constitutionnels

1. Compétence législative

Conformément à l'art. 74 al. 1 n° 1, la **compétence législative parallèle en matière de droit civil** incombait à l'**État fédéral**. Le projet de gouvernement⁶⁵ considère les réglementations qu'il comporte conformément à l'art. 72, al. 2 GG (Loi fondamentale) comme nécessaires à la création de conditions de vie identiques sur le territoire fédéral.

2. Références au droit organique

La question des **prescriptions de forme** n'est pas – d'après ce que l'on peut en voir - spécialement examinée dans la jurisprudence et dans la littérature sous l'angle du droit constitutionnel. Cela est peut être dû au fait que les structures ordinaires des prescriptions de forme et leur place dans le droit sont profondément ancrées dans l'esprit de la population et largement acceptées.

a) Art. 1, al. 1 et art. 2, al 1 GG comme garants de l'autonomie privée

D'un point de vue constitutionnel, les art. 1 al. 1 et Art. 2 al. 1 GG garantissent, dans le cadre du principe général de l'autodétermination de l'homme et de la liberté générale d'action, **l'autonomie privée** laquelle, à son tour, comprend le droit à une conception active de la conduite de la vie personnelle.⁶⁶ La liberté de contracter est l'une de ses principales formes. La liberté de contracter est la liberté de l'individu à conceptualiser par des contrats et d'une manière responsable ses conditions de vie.⁶⁷ C'est pourquoi elle est plus qu'un simple droit de défense contre des attaques étatiques. Les deux droits fondamentaux précités ont donc plutôt, à cet égard, un véritable effet de rayonnement que l'on nomme **effets tiers** et qui s'étend aussi à **l'application du droit privé**.⁶⁸ Dans la mesure où les droits fondamentaux configurent un code de valeur objectif, le législateur a une obligation positive de créer une situation de droit qui limite le risque de mise en danger des droits fondamentaux, ce qui entraîne rarement pour le législateur l'obligation de créer des réglementations déterminées.⁶⁹

b) Limites de l'autonomie privée

⁶⁴ Liwinska, cité à l'endroit indiqué.

⁶⁵ BT-Drs 14/49/4987, 13

⁶⁶ Lepa, art. 2 note marginale 6 ; Palandt, reste de § 104 note marginale 1 et autres.

⁶⁷ Palandt, introduction du § 145 N° marge 7

⁶⁸ Lepa, VI; VIII f.

⁶⁹ Lepa cité à l'endroit indiqué

L'autonomie privée comme valeur de base indispensable d'un code juridique et constitutionnel libéral⁷⁰, conformément à l'art. 2 al. 2 GG, a toutefois ses **limites** comme toute forme de liberté d'action, à savoir là où elle touche aux **droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi sur les mœurs**. En outre, en raison du risque d'abus, par exemple vis-à-vis de personnes économiquement ou socialement plus faibles ou comme instrument de l'exercice social du pouvoir, la législation et la jurisprudence se voient obligés, en vertu du **principe de l'État social** prévu à l'art. 20 al. 1 GG, à remédier à certains excès.⁷¹ Les interdictions légales, qui d'après le § 134 BGB entraînent la nullité d'une transaction juridique cependant conclue ou la clause générale du § 138 BGB et la jurisprudence adoptée à ce sujet, en sont quelques exemples.⁷²

c) La forme en droit comme garant de la liberté de contracter

Comme l'ont montré les réflexions précédentes relatives à l'autonomie privée, le BGB prend comme base l'hypothèse de la **liberté de forme** des déclarations de volonté. La **forme** représente une limitation à la liberté générale d'action et elle est donc conçue comme une **exception**, qui requiert une justification. Celle-ci se détermine en fonction des **objectifs de forme** déjà traités plus en détail ci-dessus.

Les formes actuelles et leurs objectifs de forme ne recherchent pas – comme les §§ 134, 138 BGB- une protection prohibitive par des interdictions⁷³ ou –comme dans les droits de révocation⁷⁴ si prisés dans les directives européennes- une protection par des mécanismes ex-post. Elles mettent plutôt à la disposition des transactions juridiques un **système échelonné de règles préventives** qui doit conduire, avec diverses exigences, à la présentation de déclarations de volonté « justes ». Le fait que les exigences augmentent en fonction de l'importance d'une transaction juridique correspond au principe de la **proportionnalité**. Les coûts de ces exigences peuvent être compensés par un avantage important pour les individus et la collectivité.⁷⁵ Le législateur peut donc partir de l'hypothèse qu'une telle réglementation tient compte des principes de l'autonomie privée car, dans l'idéal, elle permet à l'individu et, en particulier à la partie la plus faible justement d'une transaction juridique, d'entreprendre des actions juridiques responsables et autodéterminées.

Certes, comme nous l'avons montré ci-dessus, l'État n'était pas obligé de garantir, dans le BGB, l'autonomie privée de la manière exposée ci-avant, mais il l'a cependant fait d'une façon acceptable en principe depuis une centaine d'années. Sous l'influence du droit européen surtout, **d'autres mécanismes de protection** ont pris de l'importance, tous comme les droits de

⁷⁰ Palandt, reste du § 104 n° marge 1

⁷¹ Palandt, cité à l'endroit indiqué

⁷² Palandt, § 138 N° marge 1

⁷³ Cela comporte une restriction particulièrement forte de l'autonomie privée, qui doit se limiter à des faits particulièrement indésirables.

⁷⁴ Les droits de révocation ne sont pas fondamentalement étrangers à notre code juridique, mais ils constituent une exception à la règle *pacta sunt servanda* et il ne faut donc pas en abuser. Dans le cas contraire, il y a un risque que la liberté de contracter soit affectée dans le sens inverse, à savoir s'il n'y a plus aucune confiance dans les contrats effectivement conclus et que, par conséquent, la sécurité juridique en soit affectée.

⁷⁵ Les frais de poursuite juridique aux USA, où il n'existe aucune prescription de forme pour les transactions de droit privé, sont de quatre à trois fois plus élevés que dans les pays de droit civil écrit. Voir à ce propos *Schwachtgen, A.* : Sur la voie de l'authenticité à l'échelle mondiale – une profession comme garant de la sécurité juridique du développement économique, *Revue allemande du Notariat* 1999, 268, 270 et suivante.

révocation déjà évoqués, et, en outre aussi, le droit à l'information, le droit d'ester en justice pour des associations, des contrôles judiciaires de contenu et autres formes de comparution. Il fallait résoudre un nombre correspondant de problèmes relatifs au système juridique et aux modifications des lois. Les **prescriptions de forme du BGB** sont cependant restées inchangées jusqu'à l'introduction de la forme électronique et de la forme de texte. Il était donc indispensable de concevoir leur **évolution** dans le respect du système. Les nouvelles formes devront aussi pouvoir être évaluées en fonction de leur aptitude à s'intégrer dans la classification existante de leur capacité à remplir les objectifs de forme correspondants, à garantir l'autonomie privée.

V. Référence au droit européen

1. Directive sur les signatures électroniques et directive sur l'e-commerce comme source de droit

La **loi sur la signature électronique** et la **loi sur les prescriptions de forme** mettent conjointement en pratique la partie du droit civil et les aspects technico-organisationnels nécessaires à la référence faite en droit civil à la signature digitale en partant de la **directive sur les signatures électroniques**⁷⁶ et de la **directive sur l'e-commerce**^{77,78}. La délimitation de teneur entre les directives correspond à peu près au schéma de la directive sur les signatures électroniques/loi sur la signature électronique et directive sur l'e-commerce/questions de droit civil, mais elle n'est pas respectée de manière constante car, d'une part, tous les systèmes juridiques représentés dans l'Union européenne ne connaissent pas la limite entre droit public et droit privé et, d'autre part, les approches de réglementation se recoupent.

Les directives mentionnent cependant toutes les deux qu'il est extrêmement important d'avoir un **degré d'intégration et d'harmonisation le plus élevé possible** dans le domaine des services d'information et de communication ainsi que des technologies qui en sont à la base, d'une part et dans le domaine des relations juridiques engagées ou exécutées par voie électronique, d'autre part, pour le futur **développement économique dans le marché unique**. Les directives ne pouvaient que dessiner un cadre dans lequel les États membres conservent une **marge d'action pour la mise en œuvre**. On doit donc envisager des dérogations juridiques. Mais du point de vue technique, les directives ne peuvent pas imposer non plus, du sommet vers la base, l'**interopérabilité** des matériels, des logiciels et des modes de procédure. A l'avenir, l'industrie et le commerce devront donc encore procéder à de nombreuses évolutions avant qu'une large **convergence** effective des règles juridiques et des produits puisse être atteinte. L'objectif essentiel des directives était de créer une base à cet effet.

L'établissement du cadre juridique pour une interopérabilité technique ultérieure de la signature digitale, sa reconnaissance juridique transfrontalière, la fourniture transfrontalière de services d'information et de communication – par exemple par des services de certification – et la

⁷⁶ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur les conditions cadre communautaires pour les signatures électroniques, J.O L 13/12 du 19.01.2000.

⁷⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, en particulier des transactions électroniques, dans le Marché Unique (« Directive sur les transactions électroniques »)

⁷⁸ Les autres besoins de mises en œuvre de ces directives ne sont pas pris en considération ici, voir à ce sujet les différentes contributions contenues dans *Roßnagel* (éditeur), Droit des services multimédia.

conclusion électronique juridiquement sûre de contrats en tenant compte des intérêts des États membres, du commerce et de l'industrie, des groupements professionnels et des consommateurs relevait de la quadrature du cercle. Les deux procédures d'élaboration de ces directives ont donc fait l'objet de nombreuses nombreuses **controverse**s. Certaines incohérences des textes sont également dues aux compromis trouvés qui étaient indispensables pour parvenir au moins à un accord. Bien évidemment, ces incohérences ont rendu plus difficile la transposition dans le droit national.

2. Tâches imposées au droit national

Les directives font en particulier ressortir les **prémices de transposition** suivantes :

a) Concept de la signature électronique

La « **signature électronique** » est définie à l'article 2 de la directive sur la signature, tout comme la « signature électronique avancée » qui, à son tour, lorsqu'elle se repose sur un certificat qualifié, a été intégrée, par le biais de la « **signature électronique qualifiée** » dans la loi sur la signature et partant aussi dans la forme électronique.

b) Assimilation juridique de la signature manuscrite et de la signature digitale

D'après l'art. 5 al. 1 de la directive sur la signature, les « signatures avancées qui reposent sur un certificat qualifié... doivent a) remplir à l'identique les **conditions juridiques des signatures manuscrites** concernant les données qui figurent sur papier et b) être acceptées comme des **moyens de preuve** dans les procédures judiciaires. »

A la différence de l'acceptation comme moyen de preuve –voir ci-après au point E- la **qualité de forme** des signatures électroniques posait un problème de taille. Les signatures qualifiées peuvent, d'après la nouvelle loi et conformément aux dispositions de l'art. 3 de la directive, être présentées plus facilement que d'après la loi sur la signature électronique qui était en vigueur jusqu'à présent. Désormais, la prestation de services de certification n'a plus besoin de dépendre d'une **autorisation préalable**. Pour les autorités de certification qui soutiennent les signatures qualifiées, la loi sur la signature électronique prévoit des **interventions répressives** uniquement lorsque des problèmes sont déjà apparus.

Le législateur allemand a toutefois décidé, comme nous l'avons indiqué plus haut, de maintenir le système, conformément à la première loi sur la signature électronique en liaison avec les autorités de certification déjà existants à l'époque et de les transférer dans le système des **autorités de certification volontairement accréditées** et autorisés en vertu de la directive sur les signatures électroniques. Les autorités qui passent par la procédure d'accréditation seront soumises, comme en son temps les autorités agréées, à un **contrôle préventif** approfondi, qui justifie l'attribution à ces autorités de l'agrément comme « **label de qualité** ». Le législateur européen permet cela pour élever le niveau des services de certification fournis, cette question ayant justement été l'une des plus controversées de la procédure de directive. En ce qui concerne les effets juridiques réglementés à l'art. 5 de la directive sur les signatures électroniques, il n'est cependant pas obligatoire de prendre en compte le niveau supérieur.

Le § 126 a BGB ne fait donc référence qu'à la signature électronique qualifiée et considère donc comme suffisants pour la forme électronique des procédures qui n'ont pas été vérifiées et approuvées par les autorités publiques avant une accréditation. Il y a là un net **recul des exigences** par rapport aux considérations qui avaient présidé à la procédure législative relative à la loi sur les prescriptions de forme. A ce moment-là, il avait été fait référence à l'ancienne version de la loi sur la signature électronique qui ne réglementait que les autorités de certification agréées. D'après ces dispositions, seules auraient pu remplir la forme électronique les procédures proposées par des autorités qui correspondaient à des autorités de certification accréditées.

Le niveau désormais adopté constitue un **compromis** à propos duquel il a été beaucoup débattu. C'est finalement l'argument économique-politique qui l'a emporté, selon lequel on ne pouvait résister dans ce domaine à la suprématie technologique des Etats-Unis que grâce à l'harmonisation européenne étant donné que, du fait de leur système juridique, ceux-ci rencontreraient encore plus de difficultés que l'UE pour harmoniser leurs lois sur la signature électronique.

La **problématique de la référence dynamique** qui, en cas de modifications de la directive sur les signatures électroniques, pourrait conduire à une nouvelle adaptation vers le bas du niveau d'exigence de la loi sur la signature électronique et, par la suite, à une dévaluation de la forme électronique et, partant, à une influence législative de l'Union européenne sur un domaine clé du droit civil, dans lequel l'UE n'a aucune compétence, a fait l'objet d'un examen approfondi et de discussions acharnées lors de la préparation de la loi sur les prescriptions de forme. En particulier, le rôle de la commission créée en vertu de l'art. 9 de la directive n'est pas très clair. Elle pourrait être utilisée par les gouvernements des États membres, qui ne voient leurs intérêts que faiblement représentés dans la version actuelle de la directive, pour remettre le thème à l'ordre du jour ce qui aurait pour conséquence une remise en question continuelle de la stabilité et finalement la sécurité juridique dans ce domaine sensible.

c) Conclusion électronique de contrats

Avec son article 9, la directive sur le e-commerce va encore plus loin que l'article 5 de la directive sur les signatures électroniques. L'alinéa 1 prévoit que la **conclusion de contrats par la voie électronique** doit être rendue possible. En particulier, il ne doit pas y avoir de prescriptions juridiques qui empêchent la conclusion de tels contrats ou qui les déclarent nuls. Les contrats réels relatifs à des biens immobiliers, le domaine de la légalisation publique et de l'authentification, les contrats de caution et autres apports de garantie par des personnes privées ainsi que les contrats passés dans le domaine du droit de la famille ou du droit des successions sont exclus en vertu de l'alinéa 2.

Dans la mesure où des contrats électroniques doivent être possibles, le législateur national avait le choix de prévoir la **liberté de forme**⁷⁹ ou de s'en tenir à des **prescriptions de forme** mais offrant alors un **équivalent électronique**. Etant donné que la légalisation et l'authentification ne sont pas

⁷⁹ Cela a été vérifié minutieusement dans la préparation de la loi sur les prescriptions de forme mais n'a entraîné aucune abolition de prescriptions de forme, simplement, dans quelques cas, un déclassement de la forme écrite qui est passé à la forme de texte, p.ex. aux §§ 5 al. 3 page 1 et 8 n° 1 de la loi fédérale sur les petits jardins, § 5 alinéa 1 page 1 de la loi sur le remembrement, 6 al. 1 du règlement sur l'indemnisation de jouissance, etc.

traitées par l'art. 9 al. 1, il n'était pas nécessaire de transposer les formes supérieures.⁸⁰ La forme écrite qui était concernée pourra dorénavant, en droit allemand, être remplacée par la forme électronique, mais uniquement si aucune autre forme ne ressort de la loi. La réserve est certainement sans importance dans le domaine des exceptions conformément à l'art. 9 al. 2. Si, en outre, des prescriptions de forme sont affectées et pour lesquelles le remplacement est exclu, la Cour européenne de justice devra déterminer au cas par cas si la réserve est conforme au droit européen.⁸¹

c) **Forme de texte**

En ce qui concerne la forme de texte, il n'y avait **aucun conflit de lois européen** à craindre car, par définition, elle n'est pas liée à une formule déterminée.

d) **Appréciation**

Indépendamment du débat polémique à propos de la procédure législative et sous réserve de l'évaluation différenciée qui devra être faite en ce qui concerne les diverses prescriptions, la loi sur les prescriptions de forme a le mérite, avec la **forme électronique**, de faire aux transactions juridiques une **offre** adaptée à son époque **en vue de la présentation juridiquement sûre de déclaration de volonté**. On a réussi à incorporer la forme électronique dans la partie générale du BGB dans une forme concise et adaptée au système. Grâce à la référence directe à la loi et au règlement sur la signature électronique, il a été possible d'éviter des réglementations techniques lors de la définition de la forme et des diverses prescriptions de forme tout en garantissant que la forme électronique se réfèrera constamment aux exigences techniques actuelles. Le fait que l'on ait réussi une telle **actualisation** – en intégrant aussi les exigences européennes – **sans atteinte fondamentale au droit des actes juridiques**, plaide en faveur de la loi sur les prescriptions de forme, d'une part, et, d'autre part aussi, en faveur de la qualité de réglementations vieilles de plus d'un siècle et relatives à la déclaration de volonté et de transactions juridiques dans le BGB.

La **forme de texte** constitue, en revanche, un corps étrange pour lequel il n'est indiqué ni un besoin de réglementation ni l'obtention d'objectif de forme. Elle ne jouera certainement aucun rôle pratique important au-delà des domaines⁸² qui lui étaient attribués jusqu'à présent. Son véritable préjudice est dû à l'excès de réglementation qui se manifeste en elle et à l'effacement de la limite dogmatique, jusqu'alors très stricte, entre la liberté de forme comme cas général et la forme écrite, qui représentait jusqu'à présent le seuil de forme inférieure, comme cas d'exception.

Il faut encore que la forme électronique soit **mise à l'épreuve** dans la pratique. Les applications de la procédure de signature électronique avec ou sans référence de transaction juridique dans le domaine de la signature électronique qualifiée ne sont pas encore nombreuses jusqu'à présent.⁸³ Même pour les innovations techniques aujourd'hui indispensables, comme le téléphone ou le fax,

⁸⁰ Toutefois, le Conseil Fédéral du Notariat a déjà proposé plusieurs fois de créer, ici aussi, un équivalent électronique.

⁸¹ Voir note de pied de page 61.

⁸² Une définition de la forme de texte n'existait pas jusqu'à présent. Certains faits spéciaux de la forme écrite plus simple constituent cependant le modèle de la forme de texte et se trouvent désormais dans son domaine d'application, comme c'est le cas, en particulier du MHG.

⁸³ Le Groupe de Travail Administration Economique (AWV) prépare une publication à ce sujet qui doit paraître prochainement.

il s'est écoulé un temps très long entre le moment où elles ont été inventées et celui où elles ont percé sur le marché. Le manque d'interopérabilité et le coût ont toujours un effet de frein sur le développement des applications de masse. Mais en cas de diffusion suffisante, le prix baisse et les opportunités de vente se multiplient. Il faut souhaiter que la « masse critique » des participants soit rapidement dépassée afin que l'objectif poursuivi par la loi sur les prescriptions de forme, à savoir permettre à la collectivité d'avoir des transactions juridiques électroniques sûres, soit atteint lui aussi.

E. Le document électronique comme moyen de preuve devant les tribunaux

I. Remarque préalable

Avec la **loi sur l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé et d'autres prescriptions aux transactions juridiques modernes** (loi sur les prescriptions de forme), outre les bases juridiques pour la conclusion de contrat par voie électronique traitées au chapitre D précédent, le législateur a également réglementé, comme cela a été évoqué dans ledit chapitre, le traitement de documents électroniques dans le cadre des règlements de procédure juridique et l'administration de preuves au moyen de l'acte signé électroniquement.

Le document électronique comme partie de l'**acte de procédure électronique** doit rester ici entre parenthèses car il s'agit d'une question spéciale et indépendante de la conclusion d'un contrat électronique et de l'administration de preuve par voie électronique qui est réglementée dans les codes de procédure. Dans ce contexte, la décision pour ou contre la procédure de signature électronique a été prise, en tenant compte en particulier des réserves des Länder, en fonction de considérations de coût et ce, bien plus que cela n'avait été le cas avec la forme électronique du § 126 a BGB, car les effets concernent directement les budgets publics, en particulier les budgets des Länder.⁸⁴ Le désir d'avoir des exigences et des définitions globalement harmonisées grâce à la forme électronique dans le domaine du droit civil et des codes de procédure n'a donc pas pu se concrétiser pour des motifs politiques et financiers. C'est regrettable mais cela n'a aucune influence directe sur la forme du contrat conclu par voie électronique ni sur la décision judiciaire relative aux litiges qui en dérivent.

L'**administration de la preuve** et l'**appréciation de la preuve** sur la base d'actes ainsi que la **valeur de preuve** pose un problème directement lié à l'actuelle forme en droit civil. Il s'agit pour ainsi dire de la question qui s'est poursuivie jusqu'à présent dans la procédure judiciaire et qui concerne les **fonctions de la forme**, sachant qu'ici la **fonction de preuve** figure au premier plan. Il faut donc exposer la place du document électronique dans le système des moyens de preuve.

Le Code de Procédure Civile (ZPO) connaît cinq types différents d'administration de preuve :

- la preuve oculaire, §§ 371 et suivants ZPO
- la preuve testimoniale, §§ 373 et suivants ZPO,
- la preuve à dire d'expert, §§ 402 et suivants ZPO,
- la preuve documentaire, §§ 415 et suivants ZPO,
- la preuve par audition des parties, §§ 445 et suivants ZPO.

⁸⁴ Voir à ce sujet les considérants de l'avis du ministère de l'Intérieur de l'État de Bavière cités à la note de pied de page 12.

On aurait compris que, à la différence du nouveau droit des prescriptions de forme, le législateur n'ait pas pu se décider à classer le présent acte électronique, qui se présente sous la forme prévue au § 126 a BGB, dans le système de la preuve documentaire. Au contraire et pour la première fois, il a, avec le § 292 a ZPO réglementé par la loi, un **cas de preuve prima facie**.

II. La situation juridique en détail

1. Traitement de l'acte écrit dans le droit des preuves⁸⁵

La preuve établie au moyen d'actes est réglementée dans la ZPO aux §§ 415 et suivants. Les **prescriptions de procédure** pour l'administration de la preuve documentaire figurent aux §§ 420 et suivants ZPO. C'est ainsi que, en vertu du § 420 en particulier, **l'administration de la preuve** s'effectue **par la présentation de l'acte**. La caractéristique essentielle des prescriptions relatives à l'administration de la preuve est l'établissement par la loi de **règles légales de preuve** pour des **actes authentiques et intègres** (§ 419) qui **limitent le principe de la libre évaluation de preuve** prévu au § 286 ZPO. Si un document présente un défaut extérieur, on applique, d'après le § 419, le principe de l'évaluation libre de preuve.

La loi fait, par ailleurs, la différence entre actes publics et actes privés :

a) Actes publics

aa) Définition

Les actes publics sont des **certificats** établis par des **autorités** ou des **personnes officiellement agréées** (notaires, officiers de consulat, etc.) et relatifs à des déclarations juridiques de tiers, privées ou publiques (§ 417) et sur des prises en charge (§ 418). La procédure et la compétence pour l'établissement d'actes publics sont réglementées par la **loi d'authentification**.

bb) Valeur de la preuve

Le § 415 al. 1 prévoit que les **actes de témoignage** apportent la **preuve complète du processus authentifié par les autorités ou la personne habilitée à dresser un acte** si les prescriptions légales de forme sont remplies et si la personne habilitée a agi dans le cadre de ses facultés. La **présentation** de la déclaration authentifiée est alors authentifiée mais non pas l'exactitude de son contenu. Dans le cas d'actes notariés, la portée de la puissance de la preuve englobe aussi **l'identité personnelle** du déclarant ainsi que **l'intégralité et l'exactitude** de la déclaration de volonté authentifiée sous forme de transaction juridique. Conformément à l'alinéa 2, la preuve que l'acte a été établi incorrectement est admise. La charge de la preuve à cet égard incombe cependant à celui qui y fait appel.

⁸⁵ La présentation suivante résume les opinions de *Geimer* sur la preuve documentaire dans Zöllner, Le Code de Procédure Civile.

Conformément au § 417, qui concerne les actes publics portant sur des **déclarations de volonté propres à une autorité publique**, ils constituent la **preuve totale de leur contenu**. La preuve que les autorités ont établi la déclaration actée (force de preuve formelle) est irréfutable. La preuve contraire autorisée ne peut s'adresser ici qu'à l'encontre de la force de preuve interne (matérielle). Si, à titre d'explication, on prend l'exemple du certificat d'hérédité, cela signifie qu'aucune preuve contraire n'est possible quant à la question de la délivrance du certificat d'hérédité lorsque celui-ci est intègre et authentique. La preuve contraire doit porter sur l'exactitude du contenu, c'est-à-dire le fait que le droit à l'héritage est faussement attesté. Les motivations ou les raisons de la décision ne s'intéressent ni à la force probante formelle ni à la force probante matérielle de tels actes.

Le § 418 concerne les **actes publics établis sur impressions de l'officier ministériel**, c'est-à-dire des actes qui ne certifient ni des déclarations de tiers (§ 415) ni des déclarations de volonté des autorités elles-mêmes (§ 417). De tels actes établissent **la preuve complète des faits qui y sont certifiés**. D'après l'alinéa 2 de la prescription, la preuve de l'inexactitude des faits attestés est admise dans la mesure où les lois du Land n'excluent ou ne limitent pas cette preuve. Ici aussi, la condition posée est que l'acte soit intègre et authentique. Ainsi, un acte de décès prouve le décès d'une personne (mais pas la cause du décès).

Il existe des actes publics dont les différentes parties correspondent à plusieurs des prescriptions examinées ci-dessus. Le testament notarié, par exemple, comporte des constatations du notaire relatives à la personne et à la capacité de tester du de cujus. Il prouve ainsi à la fois, en vertu du § 415, le dépôt de déclarations relatives aux dispositions de dernières volontés du de cujus par lui-même, en vertu du § 418 al. 3 en relation avec les §§ 10, 28 de la loi sur l'authentification, l'identité du testateur et, en vertu du § 418 al. 1, la constatation de l'apposition manuscrite de la signature, mais non la capacité d'accomplir un acte juridique ou de tester constatée par le notaire dans l'acte, car il s'agit-là de l'appréciation juridique faite par le notaire de ses impressions.

b) Actes privés

aa) Définition

Les actes privés (§ 416) sont des **déclarations établies et signées par des personnes privées**, même si la signature est légalisée officiellement. Le cas d'application le plus important est constitué par les déclarations qui sont établies dans le respect des exigences de la forme écrite conformément au § 126 BGB. Même les actes qui ont été établis pour être des actes publics mais dont la validité en tant que tels est affectée par des carences de forme peuvent encore, éventuellement, avoir une validité comme actes privés.

Au plan du droit de procédure civile, la **signature ne représente aucune caractéristique essentielle** de l'acte si la qualité de l'auteur de l'acte est reconnaissable par ailleurs dans son contenu (§ 439 al. 2). C'est en cela que réside la différence par rapport aux exigences de la forme écrite qui impose la signature comme caractéristique essentielle. Il y a ainsi des documents écrits qui ne remplissent pas la forme écrite prévue en droit civil mais qui peuvent cependant être objet de la procédure documentaire en droit civil. Jusqu'à présent, ces actes privés non signés appartenaient au domaine de la forme libre. Désormais, c'est la forme de texte qui couvre le domaine de ces actes. Le reste du domaine d'application de la forme de texte en dehors de la déclaration de pensée matérialisée, c'est-à-dire dans le domaine des déclarations mémorisées

électroniquement mais ne portant pas encore de signature électronique ou de signature qualifiée, demeure toujours en dehors de la preuve documentaire. Dans ce cas, lors de l'administration de preuves, on en reste à la preuve oculaire ou à dire d'expert.

bb) Valeur probante

Selon le § 416, les actes privés, dans la mesure où ils sont signés par le signataire ou pourvus d'un paraphe légalisé par le notaire, établissent **la preuve complète que les déclarations qu'ils contiennent ont été faites par le signataire**. Là encore il est nécessaire que l'acte soit extérieurement intègre. A la différence de l'acte public, il n'est cependant pas nécessaire, en ce qui concerne l'authenticité, d'apporter la preuve contraire. Il suffit simplement d'en **contester l'authenticité**. D'après le § 440 al. 1, c'est à la partie à laquelle incombe la charge de la preuve de prouver l'authenticité. A cet égard, le § 440 al. 2 apporte une atténuation dans la mesure où l'on présume que ce qui est écrit au-dessus de la signature ou du paraphe est authentique si l'authenticité de la signature nominative est établie ou si le paraphe est certifié par notaire. Dans ce cas, c'est la partie qui conteste la preuve au niveau de l'authenticité de l'acte qui doit administrer la preuve contraire. En règle générale, le litige va ainsi se concentrer sur la question de savoir qui a signé l'acte.

2. Traitement du document électronique dans le droit des preuves

a) Généralités

Le **document électronique** est généralement introduit dans le procès par le biais de la preuve oculaire, le tribunal décidant alors, si nécessaire, à titre de remplacement ou à titre complémentaire, de recourir à un expert.

Pour le document électronique, il n'y a donc **jamais de difficulté d'accès au procès**. En particulier, le problème anglo-saxon de la « **admissibility** », c'est-à-dire la nécessité qu'un juge doive préalablement déclarer le caractère exploitable du document électronique comme moyen de preuve admissible dans le procès n'existe pas en droit allemand. Chaque moyen de preuve peut être classé dans l'un des cinq types précités de l'administration de preuve. Ce sont les parties seules qui décident de l'introduction dans le procès.

Le droit allemand ne connaît pas non plus la primauté de la preuve testimoniale comme les codes de procédure anglo-saxons. Inversement, le droit procédural allemand **ne connaît pas non plus la primauté de la preuve documentaire**. En fait, la preuve documentaire a toutefois toujours joué un rôle prépondérant en droit civil. Même si, lors de l'introduction dans le procès, il ne lui est pas attribué de rôle particulier parmi les types d'administration de preuve mentionnés ci-dessus, la preuve documentaire est considérée comme plus **fiable** que les autres types de preuve et jouit, pourtant, de certains **privileges**. C'est le cas non seulement au niveau des **règles de preuve légales**, qui limitent la libre appréciation de preuves, mais aussi du point de vue des §§ 592 et suivants ZPO qui, en particulier lorsque, dans le cadre de la revendication du paiement d'une somme d'argent, tous les faits nécessaires pour prouver ces revendications peuvent être justifiés par des documents, mettent à disposition la **procédure documentaire** comme type de procédure simplifiée.

Dans la comparaison document écrit/document électronique, il faut signaler que, pour le document écrit, les règles de preuve légales présentées ci-dessus s'appliquent et que, dans le cas

de l'acte public, elles peuvent même aller jusqu'à la présomption de l'exactitude du contenu de la déclaration. **Le risque de procès** est donc relativement **faible** pour les actes en général, **voire très faible pour les actes publics**. C'est sans doute la raison pour laquelle l'écrit, sous ses différentes formes, a depuis toujours été utilisé et ce, même dans le domaine exempt de forme, quand des droits contractuels sont créés. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la discussion à propos du document électronique ait, dès le début, abordé non seulement la forme électronique comme équivalent à la forme écrite, mais aussi que l'on ait toujours cherché, même dans le droit de procédure, à faire la comparaison avec le document écrit.

b) Situation juridique à la suite de la loi sur les prescriptions de forme

c) Le document électronique

aa) Le **document public électronique** n'est pas prévu jusqu'à présent de lege lata dans la loi sur l'authentification. Mais les choses devraient bientôt changer.⁸⁶

bb) Le **document électronique privé** est réglementé dans les §§ 126 a et suivants BGB. Cependant, les documents électroniques ne relèvent habituellement pas, comme nous l'avons montré, de la preuve documentaire mais de la preuve oculaire avec appréciation libre de la preuve. Dans la discussion concernant la loi sur les prescriptions de forme le côté technique a surtout critiqué cela en argumentant qu'il ne vaudrait pas la peine d'engager des procédures de signature importantes à cause du **risque de procédure** qui subsiste. Toutefois, il a été indiqué aussi qu'en cas d'évaluation exacte de la fonction de sécurité des procédures de signatures, l'appréciation libre de la preuve devrait faire en sorte que, au moins, une falsification soit pratiquement exclue en respectant les exigences de la loi sur la signature électronique. La question de savoir dans quelle mesure il serait possible de se fier à la jurisprudence pour parvenir à une évaluation de haute qualité, uniforme, nécessaire à la sécurité juridique des procédures de signature qualifiée et accréditée et, parallèlement, à une appréciation exacte des différences de sécurité par rapport aux autres procédures, a fait l'objet de discussions animées.

Il aurait semblé évident de créer un § 416 a ZPO qui, de la même manière que le § 416 **reconnait aux documents électroniques avec signature qualifiée la même force probante qu'aux documents écrits privés mentionnés dans le § 416**. Il n'aurait alors pas été difficile de faire évoluer le § 440 ZPO pour les cas de l'acte électronique non reconnu. Dans ce cas aussi c'est la partie ayant la charge de la preuve qui aurait dû prouver l'authenticité. La preuve de l'authenticité au sens du § 440 al. 2 aurait été plus facile à administrer dans le cas de la signature qualifiée que dans celui du document écrit car, en général il devrait être possible de revenir au signataire par le biais du certificat qualifié.

Etant donné que le législateur a estimé que ce type de classification du document électronique avec signature qualifiée dans le système de preuve du ZPO était trop précoce eu égard au manque d'expérience dont on dispose dans la procédure avec de tels documents, mais que, dans la procédure législative ainsi que par des milieux économiques intéressés,⁸⁷ on réclame de plus en plus massivement de protéger les intérêts des destinataires de documents signés électroniquement, il y a eu une pression politique très forcée. Dans ce contexte, la proposition alternative d'introduire **une prescription d'imputation en droit matériel** uniquement pour les

⁸⁶ Voir le projet cité plus tard du ministère fédéral de la Justice d'une loi sur la communication de la justice.

⁸⁷ Schröter, J. : Sécurité juridique dans les transactions électroniques, WM 2000, 2134 ; voir note de pied de page 41.

documents électroniques, qui aurait été étrangère au système et sans aucun modèle, a finalement été repoussée et, à sa place, on a rédigé le § 292 a ZPO, tout aussi étranger au système, et que nous allons traiter à la suite.

Certes la forme électronique connaît désormais une certaine avancée dans le **droit des preuves** du ZPO en matière d'appréciation du document signé électroniquement. Le § 292 a ZPO nouvellement introduit se trouve cependant en terrain encore inexploré en matière de système de lois. En effet, le § 292 a ZPO n'assimile pas le document signé électroniquement à l'**acte écrit** comme cela avait été préalablement demandé.⁸⁸ Certes, il le laisse fondamentalement, mais simplement, dans le **domaine de la preuve oculaire**, où il se trouvait auparavant et comme cela l'avait été suggéré par d'autres en préalable.⁸⁹ La loi sur les prescriptions de forme conduit plutôt, et pour la première fois, à une **forme régulée par la loi sur la preuve prima facie** pour l'objet visible, une forme qui, à l'encontre de toutes les réserves systémiques et politico-juridiques exprimées auparavant, suppose que la signature électronique qualifiée provient, en règle générale, de la personne à laquelle le certificat correspondant a été délivré. Ainsi le document électronique avec signature qualifiée acquiert, dans la procédure, une **position extraordinairement forte** qui est au moins comparable à la preuve documentaire au niveau de son effet déterminant dans la procédure mais qui n'avait, jusqu'à présent, aucun équivalent en droit procédural.

Dans le cas de la **preuve prima facie**, il ne s'agit pas d'une sixième forme d'un moyen de preuve mais d'une **possibilité d'appréciation de la preuve** élaborée par la jurisprudence. Grâce à elle, la preuve de la causalité ou de la culpabilité dans des événements typiques est possible, même en l'absence de fondements de faits exacts, en raison des **principes d'expérience**. Ainsi, le principe d'expérience selon lequel les empreintes digitales sont uniques est un exemple tiré de la jurisprudence. Mais la jurisprudence a refusé d'accepter comme principe d'expérience le fait qu'un fax provienne de la personne qui figure sur le rapport d'activité. S'il y a un principe d'expérience, une **preuve provisoire** est administrée. Elle peut être mise en cause par une **simple preuve contraire** si l'on prouve la possibilité sérieuse d'un événement différent de celui que l'on connaît par expérience.

Ce sont surtout les banques qui ont proposé, en relation avec les **cas d'abus des cartes de crédit électroniques, d'appliquer ici aussi les règles de la preuve prima facie**. L'argumentation des instituts bancaires consistait à dire que dans le cas d'utilisation prétendue de cartes de crédit par des tiers non autorisés, le titulaire de la carte a dû laisser le numéro PIN intentionnellement ou non intentionnellement apparent car il est pratiquement impossible d'espionner le PIN pour des raisons techniques compte tenu de la haute sécurité de la technique utilisée. La jurisprudence des tribunaux de base s'était, dans un premier temps, ralliée aux arguments des instituts bancaires, pour s'en détourner ensuite lorsque des doutes fondés ont été émis par des experts quant à la sécurité. Malgré les valeurs d'expérience incomparablement plus fortes dont on dispose avec les cartes de crédit par comparaison avec la technologie de la signature bien plus récente, la jurisprudence n'accepte jusqu'à présent aucun **principe d'expérience** pour les cartes de crédit en disant que, généralement, ce sont les titulaires des cartes qui demandent les transactions par cartes de crédit. Les principes de la preuve prima facie ne s'appliquent donc pas ici.⁹⁰

⁸⁸ Erber-Faller, S. : propositions de loi du Conseil Fédéral du Notariat pour l'introduction des signatures électroniques, a.a .O.

⁸⁹ Mellulis, K : Du besoin de réglementation dans la déclaration de volonté électronique, MDR 1994, 109.

⁹⁰ Bettendorf, J. : Transactions juridiques, 23, m.w .N.

Ce qui est encore plus étonnant c'est que, avec le § 292 a ZPO, le législateur, libre de toute valeur d'expérience dans un domaine où il n'y a même pas eu encore de décision de justice, a introduit la preuve *prima facie* légalement réglementée mais a refusé une assimilation avec la preuve documentaire.

Il est possible que cette erreur de jugement soit bientôt corrigée, au moins partiellement, grâce à la loi sur la **communication de la justice** (*Justizkommunikationsgesetz*)⁹¹ dont le projet est déjà rédigé. D'après cette loi, le § 292 a ZPO sera abrogé et remplacé par une réglementation conforme au système. Ainsi il est prévu que le nouveau § 371 a ZPO déterminera que sur les documents électroniques privés, qui sont pourvus d'une signature électronique qualifiée, les prescriptions relatives à la force probante d'actes privés s'appliqueront en conséquence. Ensuite, on retrouve encore malgré tout la preuve *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) légalement réglementée. Pour les actes publics électroniques, c'est le § 437 qui s'applique en conséquence. Par ailleurs, un nouveau § 416 a ZPO doit réglementer la force probante de l'expression d'un document public électronique. La prescription assimile l'imprimé qui comporte une mention de légalisation à la copie certifiée d'un acte public. Avec la nouvelle réglementation, le législateur veut, comme le montrent les motifs du projet de loi, exposer clairement, d'une part, que le document électronique appartient systématiquement au domaine de la preuve oculaire, mais tout en l'assimilant désormais largement, du point de vue des effets probants, à la preuve documentaire.

III. Références au droit européen

1. Forme et effets probants

Du point de vue du droit européen, la discussion de la forme et la discussion des effets probants ont été menées parallèlement de sorte que, pour connaître le contexte nécessaire à la compréhension de la discussion, il est possible de se référer aux points de droit européen présentés au chapitre D.

2. Exigences du droit européen à propos de l'effet probant

D'après l'art. 5 al. 1 de la directive sur les signatures électroniques « ...les signatures avancées, qui se fondent sur un certificat qualifié doivent... b) être admises dans la procédure judiciaire comme **moyens de preuve**. »

En ce qui concerne la place de principe qui est celle du document signé électroniquement dans la procédure, l'Allemagne n'avait pas besoin de procéder à une transcription quelconque car les documents électroniques de tout type ont toujours pu avoir accès sans aucun problème à la procédure judiciaire, comme nous l'avons montré plus haut, en vertu du ZPO, et ce, à titre d'**objet apparent**, avec recours ou non à un expert. Avec ce point, la directive vise le problème expliqué précédemment de la « admissibility », des codes d'empreinte anglo-saxonne dans le système de preuve testimoniale desquels il n'était pas possible d'adapter convenablement de tels moyens de preuve qui devaient donc passer par la procédure d'admission.

Le § 292 a ZPO ou une réglementation ultérieure dans un nouveau § 371 a ZPO n'était donc pas indiqué du point de vue du droit européen.

⁹¹ Appel et <http://www.bjm.bund.de>

IV. Appréciation

On observe donc que la forme électronique dans le BGB est, certes, conçue sur le modèle de la forme écrite et qu'elle est largement assimilée à celle-ci pour ce qui touche à ses effets mais que, dans le ZPO, le document électronique continue aussi d'être traité comme un objet apparent même s'il correspond à la forme électronique, l'appréciation libre de la preuve étant toutefois beaucoup plus restreinte que dans le cas de la preuve documentaire. Cela engendre une rupture du système et une contradiction au niveau de l'évaluation que le législateur n'a définitivement pas pu expliquer.

Il faut s'attendre à ce que les rôles des parties dans un procès soient modifiés par la nouvelle disposition en faveur de celui auquel incombe la charge de la preuve pour la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, étant donné que désormais, dans le cas d'une contestation de l'authenticité de la signature, il faut non seulement que celui qui administre la preuve assume, lors de la présentation d'un document signé électroniquement et à l'instar de ce qui se passe avec le document écrit, la **charge de la preuve complète**, mais que l'adversaire **mette en cause la preuve**, la charge de la preuve devrait généralement jouer en défaveur du signataire effectif ou supposé, et ce, bien que le législateur se soit déterminé, du fait de la particularité technique de la signature électronique, *contre* une prescription d'attribution en droit civil et *contre* une assimilation illimitée en droit civil. Il faudra d'abord voir comment la jurisprudence va s'y prendre avec la nouvelle forme de la preuve *prima facie*.

F. Notariat et transactions juridiques électroniques

I. Implantation de l'informatique et de la communication électronique dans le notariat

1. Situation des notaires

En Allemagne, en date du 1.1.2003, il y avait 1654 notaires exerçant cette profession à titre d'activité principale et 8.370 notaires l'exerçant à titre d'activité annexe à leur activité d'avocat, soit au total 10.025 membres de la profession.⁹² Il n'y a pas de recensement statistique officiel de l'implantation de l'informatique pour le notariat.

Cependant, les **tendances devraient être comparables à celles que l'on note dans les entreprises**.⁹³ Il ressort d'un sondage non représentatif et non publié que le Conseil fédéral du Notariat allemand, en vue de la préparation de son projet pilote de communication électronique avec les registres fonciers, a réalisé en 1994 auprès de notaires s'occupant des domaines régionaux les plus divers et ayant des études diversement structurées, qu'à l'époque 80% des

⁹² Source : Statistiques des notaires du Conseil Fédéral du Notariat, consultable sur son site. Les 488 notaires du service régional qui exercent en Bade-Wurtemberg dans la partie wurtembergeoise du Land comme fonctionnaires à côté de notaires et d'avocats-notaires ainsi que les 150 notaires-juges dans la partie badoise du Land ne sont pas membres d'une chambre de Notaires et ne sont donc pas soumis directement au Code Fédéral des Notaires. Comme fonctionnaires ou juges, ils n'exercent pas une activité indépendante. Leur situation professionnelle est une exception justifiée par l'histoire. Du fait de leur faible nombre et des différences qui ne sont pas comparables dans le cadre du thème considéré ici, ils n'ont pas été pris en compte.

⁹³ Voir ci-dessus B. I. 2.

notaires installaient des ordinateurs dans leurs études. Ce pourcentage devrait désormais, c'est-à-dire dix ans après le dénombrement effectué, approcher les 100 pour cent.

De nombreuses études, en particulier celles qui appartiennent à des membres plus jeunes de la profession, sont joignables par **e-mail**. Cependant, encore peu de nos confrères disposent de **pages individuelles sur le Web** car les possibilités de publicité pour la profession sont limitées et la prestation de services notariés sur Internet d'une manière qui respecte le droit professionnel n'est possible que dans une faible mesure.⁹⁴ En général, l'élaboration d'une page Web avec une présentation attractive et le montant des dépenses en frais et en suivi ne se justifient donc pas. L'acquisition de matériel de bureau ou de littérature juridique par Internet ne devait représenter qu'un très faible pourcentage dans le notariat.

Toutefois, pour pouvoir se connecter à Internet comme moyen d'information et de présentation personnelle pour la profession, de nombreuses **Chambres des notaires**, dans le cadre de leur répertoire électronique des notaires, proposent à leurs membres la possibilité d'utiliser une page Web conçue selon des critères standardisés. Sur ces pages, on peut mettre en particulier à disposition en ligne sur Internet, gratuitement et sans problème du point de vue du droit de la profession, des données de contact comme adresse, numéros de téléphone, heures d'ouverture et autres données importantes pour le contact du notaire avec le public comme les connaissances linguistiques ou autres.

Les notaires qui participent au **réseau de notaires** ont la possibilité d'utiliser une signature électronique qualifiée très sûre au sein et à l'extérieur d'un réseau de communication interne avec accès sécurisé à Internet. Jusqu'à présent, 138 confrères dans 84 études ont fait usage de cette possibilité. A part cela, le Conseil fédéral du Notariat allemand propose aux confrères qui ne veulent pas faire partie du réseau de notaires de n'utiliser que la procédure de signature. A ce jour, d'après les indications fournies par le Conseil fédéral du Notariat allemand (état janvier 2004), 209 certificats de ce type ont été délivrés.

2. Situation des organisations professionnelles

Les organisations professionnelles, c'est-à-dire le Conseil fédéral du Notariat allemand⁹⁵ et les **Chambres des notaires** dans les Länder⁹⁶, **l'Institut Notarial Allemand**⁹⁷, **l'Institut des avocats allemand - Section spécialisé pour notaires**⁹⁸ - et la **Revue allemande du Notariat**⁹⁹, se présentent globalement sur Internet, proposent par ce moyen à leurs membres des offres spécialisées et sont également accessibles par e-mail. Par exemple, les **séminaires de formation continue** de l'Institut des avocats – Section spécialisé pour Notaires - sont constamment annoncés et actualisés sur le site Web de l'Institut et il est également possible de s'y inscrire en ligne. La confirmation de l'inscription est envoyée par retour par voie électronique. La facture, les documents de la réunion et, plus tard, l'attestation de participation sont cependant adressés par voie de poste habituelle pour des motifs juridiques et/ou de caractère pratique. Les sites Web des

⁹⁴ Becker, dans son exposé dans la Revue allemande du Notariat 99, 239 et suivantes, examine de manière approfondie les réalités juridiques de l'utilisation d'Internet par les notaires.

⁹⁵ <http://www/bnotk.de>

⁹⁶ Les Chambres de notaire sont accessibles par des liens depuis le site Web du Conseil Fédéral du Notariat

⁹⁷ Accessible par des liens depuis le site Web du Conseil Fédéral du Notariat

⁹⁸ Accessible par des liens depuis le site Web du Conseil Fédéral du Notariat

⁹⁹ Accessible par des liens depuis le site Web du Conseil Fédéral du Notariat

Chambres de notaires comportent, outre les **informations générales** sur le notariat et ses organisations, des **textes à caractère professionnel** ainsi qu'une foule de points d'aide pour le public tels **qu'un répertoire des Chambres des notaires ou les notaires appartenant à chacune des Chambres** ou des liens vers d'autres sites Web intéressants. Le site Web de l'Institut Notarial Allemand se consacre en particulier aux questions juridiques des domaines présentant un fort intérêt pour les notaires en matière **d'expertises, de jurisprudence, de littérature et de législation**. En passant par le site Web d'une des organisations professionnelles, chaque notaire a, dès aujourd'hui, la possibilité, par connexion à Internet, de faire des recherches cibles dans des domaines importants pour lui. La recherche en ligne dans la banque de données de l'Institut Notarial Allemand n'est cependant possible que pour les participants au réseau de notaires. La signature électronique sert ici de sécurité d'accès.

3. Le Registre Foncier et le Registre du Commerce électronique comme partenaires externes de communication les plus importants.

Les §§ 126 à 134 du Code du Registre Foncier (GBO) et 8 a du Code du Registre du Commerce ont été insérés dans le GBO par le biais de la loi sur l'accélération des procédures de registre¹⁰⁰ du 20.12.1993. Ils constituent le fondement juridique pour la gestion électronique du Registre Foncier et du registre du Commerce. La possibilité est ainsi donnée aux Länder de profiter des avantages de l'informatique pour rationaliser et accélérer les procédures de registre et d'offrir une meilleure prestation aux transactions juridiques. En particulier, les utilisateurs réguliers peuvent consulter le contenu des registres en ligne. Pour le Registre Foncier, la connexion pour la consultation en ligne s'établit par une procédure téléphonique qui vérifie l'autorisation d'accès à l'aide de caractéristique du matériel et du logiciel. L'introduction de la technologie d'Internet est prévue ici. La consultation en ligne du Registre du Commerce se fait déjà sur Internet.

a) Gestion papier

Habituellement, le Registre Foncier est tenu sur papier, originellement comme un tome relié, d'une manière plus moderne comme registre à feuilles volantes, tout comme le Registre du Commerce l'est sous forme de fiches. C'est en cela que réside le caractère commun de la documentation qui, par ailleurs, au cours de l'histoire du Registre Foncier et du Registre du Commerce, a pris des formes différentes¹⁰¹. La gestion sur papier détermine aussi de manière décisive la structure des procédures d'inscription, de consultation, de délivrance de copies¹⁰² etc. Le passage de la gestion manuscrite à la gestion électronique a, certes, représenté un soulagement important et une amélioration de la gestion des Registres sans pour autant modifier fondamentalement les modes de procédures qui étaient imposée par le support papier.

b) Gestion automatisée

Les premières réflexions sur une gestion plus rationnelle du Registre Foncier à l'aide de systèmes électroniques remontent à l'année 1970¹⁰³. Cependant, les plans d'automatisation complète du Registre Foncier ont dû être abandonnés jusqu'à nouvel ordre eu égard à l'indisponibilité de procédures viables de saisie des anciens stocks de données et aux frais élevés de la réserve de mémoire nécessaire.

¹⁰⁰ BGBl. I, 2355

¹⁰¹ Voir l'aperçu exhaustif dans *Meikel/Böhringer* Introduction A (m.w.N)

¹⁰² *Demharter* § 126 note marginale 1

¹⁰³ Voir le court aperçu dans *Schöner/Stöber* note marginale 84 f. et autres

En lieu et place, dans différents Länder, des procédures automatisées de la gestion des Registres Foncier et du Commerce, pour lesquelles des installations électroniques de traitement des données destinées à saisir commodément les textes d'inscription à l'aide de blocs fonctionnels et à imprimer les textes d'inscription, les avis d'exécution, la correspondance avec les autorités cadastrales et autres documents ont été mises en œuvre.

Le point commun à cette procédure est que l'implantation du traitement électroniques des données reste limité au rouleau de machines à écrire intelligentes pour établir des Registres Foncier et des Registres du Commerce en papier. La gestion de données électroniques prend fin avec la matérialisation sur papier des données saisies et c'est pour cette raison que cela n'a pas donné lieu à des modifications fondamentales des lois sur la gestion des Registres foncier et du commerce pour réglementer ce type de mise en œuvre du traitement électronique des données.

c) Gestion entièrement électronique

La nouveauté introduite par la loi sur l'accélération des procédures de registre réside dans le fait que le Registre Foncier ou le Registre du Commerce peut être géré comme un « fichier automatisé », c'est-à-dire qu'il n'y a pas besoin d'une matérialisation sur papier car le contenu de la mémoire de données représente lui-même le Registre Foncier ou le Registre du Commerce.

Le Registre Foncier ou le Registre du Commerce géré électroniquement compte trois composantes principales :

aa) Le système de production permet, en particulier, l'élaboration de textes d'inscription.

bb) Une composante d'archivage doit venir s'y ajouter. C'est le « fichier automatisé », c'est-à-dire l'élément clé du Registre Foncier électronique. Sa configuration, tout comme celle du système de production, est déterminée par les phases opératoires dans autorité compétente.

cc) La composante recherche permet de retrouver les données mémorisées indispensables à la consultation du Registre Foncier électronique

La gestion électronique n'a pas encore touché jusqu'à présent les actes fonciers ou de Registre du Commerce. Les fondements légaux existent déjà au § 10 a du Code du Registre Foncier ou au § 8 a al. 3 du Registre du Commerce. Une conversion technique n'apparaît toutefois pas encore dans le Registre Foncier. Il n'est fait qu'occasionnellement usage de la possibilité donnée par l'article 68 a al. 1 de transmettre certains documents tels que des comptes annuels et des comptes de groupes par voie électronique.

d) Formats de données et saisies d'anciens stocks de données

Il existe **différents systèmes, mais encore aucune interface ouverte** jusqu'à présent : comme pour les différentes réalités techniques des procédures automatisées, il n'est pas prévu de consigne uniformisée au niveau fédéral pour le Registre Foncier électronique. Les Länder décident de façon autonome de la mise en œuvre de systèmes d'accession et de la méthode à suivre pour leur conversion. Les lois ne font état d'aucune procédure technique et ne prévoient donc pas non plus de consignes expresses pour les formats de données. Ceux-ci sont plutôt déterminés par les réalités effectives et techniques et peuvent donc varier d'un Land à l'autre. Il s'ensuit un risque que des avantages spécifiques du Registre Foncier électronique ou du Registre du Commerce électronique, tels que la possibilité de transmettre ou de recevoir des données, la consultation en ligne ou autres s'arrêtent aux frontières des Länder. Cela ne pourra être évité qu'en prévoyant des interfaces ouvertes que les différents systèmes pourront utiliser. Dans le cas

contraire, la consultation à distance unifiée au niveau de l'ensemble de l'État fédéral ne sera pas possible sans des passages multiples par le système d'autorisation et de taxation.

Données CI et NCI : les données saisies à l'aide des systèmes de traitement de texte sont généralement stockées comme des données texte sous forme d'information codée (CI). C'est ainsi que les textes d'entrée sont créés dans le système de production. Le Registre du Commerce comporte moins de données et il a donc fait l'objet, dès le début, d'une nouvelle saisie par entrée manuelle de tous les textes. Cela ne s'est pas avéré économiquement viable en Bavière¹⁰⁴, alors qu'en Saxe, après le « tournant », les Registres Fonciers ont dû être entièrement ressaisis et, partant, la nouvelle saisie a également concerné les textes¹⁰⁵. La Bavière a donc choisi la saisie par scanner, chaque page constituant une image qui a ensuite été digitalisée et mise en mémoire comme information dite non codée (NCI). Certes, la mémoire nécessaire pour les données NCI est multipliée par 10 mais la baisse du prix de mémorisation des données rend ce type de saisie de l'entrée des données CI en cas de stocks de données important nettement plus économique. La représentation combinée des données CI nouvellement saisies et des données NCI scannées se fait de telle sorte à l'écran que l'utilisateur n'est plus soumis à aucune rupture.

Traitement ultérieur OCR : la conversion ultérieure des données NCI en données CI est en principe possible à tout moment grâce aux programmes dits OCR (OCR = Optical Character Recognition). La qualité de la conversion dépend cependant largement de la qualité des modèles. Les inscriptions manuscrites, une différence de qualité d'écriture, des chevauchements de lignes et de textes, comme cela est fréquent dans les Registres Fonciers de papier, donnent un quota de reconnaissance tellement mauvais que le retraitement manuel nécessaire fait aussi apparaître, pour le moment, ce procédé impraticable.

Futurs développements : des essais pilotes du Conseil fédéral du Notariat allemand, réalisés en collaboration avec les administrations de la justice de l'État libre de Bavière et de l'État libre de Saxe, ont montré¹⁰⁶ que des effets de rationalisation et de décharge pouvaient être obtenus grâce à une plus forte intégration du traitement de données du Registre Foncier ou du Registre du Commerce et des notaires, par exemple par l'envoi et la réception de données électroniques ce qui émane, dans chaque cas de résoudre de nombreux problèmes organisationnels, techniques et juridiques. L'avis d'exécution électronique s'est révélé directement réalisable. Cependant, il existe désormais, dans le Registre Foncier mécanisé le « Notarping », un avis automatisé relatif à une inscription entreprise qui permet ensuite au notaire de consulter de son côté le Registre Foncier d'une manière ciblée.

e) Principes d'un traitement de données réglementaire

Pour la gestion électronique des Registres Fonciers et des Registres du Commerce, il faut respecter les principes d'un traitement de données réglementaire. Il s'agit d'un ensemble d'exigences inhérentes à la nature même de la gestion électronique des données.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Des estimations ont montré que, pour le seul Registre Foncier de Munich, il a fallu saisir 6 millions de pages d'anciennes données.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet *Göttlinger* cité à l'endroit indiqué.

¹⁰⁶ Rapports sur l'activité du Conseil Fédéral du Notariat en 1995, Revue allemande du Notariat 96, 720 et suivante, et en 1996, Revue allemande du Notariat 97, 520 et suivante ainsi que le rapport de clôture de projet (non publié)

¹⁰⁷ Le § 126 N° 1 du Code du Registre Foncier, annexe au § 126 n° 3 et 66 64 à 66 du Règlement du Registre Foncier.

Des **mesures contre l'accès non autorisé** de personnes aux installations de traitement des données ainsi qu'aux données mémorisées sont requises. Cela conditionne la localisation séparée dans l'espace des installations auxquelles ne peuvent avoir accès que des utilisateurs habilités ainsi que des mécanismes d'identification et d'authentification sur le matériel et les logiciels (PIN, protection du mot de passe). Si l'installation est raccordée à des dispositifs de télécommunication, l'accès par des tiers extérieurs (Hacking) doit être exclus.

C'est ainsi que la **perte et la manipulation de données** seront évitées. Outre la garantie d'un fonctionnement sans pannes par la création de conditions d'exploitation et d'entretien adéquates, par une configuration largement préservée contre des erreurs de saisie et par des tests de plausibilité propres au programme, on dispose pour cela des technologies de mémorisation correspondantes (WORM, CD-ROM), la réalisation de copies de sauvegarde et leur conservations dans des espaces séparés, la protocolisation des modifications entreprises et, enfin aussi, la signature électronique pour clore une inscription.

La **disponibilité durable des contenus mémorisés** revêt une importance particulière. En fonction du progrès technique et des modifications des exigences de sécurité, cela peut requérir un changement des composantes mises en œuvre.

II. L'acte notarié électronique

1. Etat actuel de la discussion

En Allemagne, l'évolution présuppose actuellement que, pour les actes notariés électroniques tout comme pour l'acte notarié matérialisé sur papier, il s'agit du **résultat de la procédure d'authentification habituelle**. Celle-ci régit principalement l'activité de conseil et d'assistance du notaire. Ce n'est que dans la mesure où le traitement des actes serait affecté que des réglementations complémentaires s'imposeraient. L'opinion actuelle de nos confrères notaires en Allemagne à ce sujet est que l'acte devrait, jusqu'à nouvel ordre, continuer d'être établi chez le notaire sous la forme papier. Cela n'est pas une obligation sur le long terme comme le montrent le Registre Foncier et le Registre du Commerce déjà entièrement gérés par électronique. L'acte présent uniquement dans une mémoire de données électronique pose cependant d'énormes problèmes de sécurité des données que le notariat ne souhaite pas affronter pour le moment. Pour le Registre Foncier électronique, l'accès et le traitement de la mémoire de données électronique sont donc extrêmement réglementés tant techniquement qu'administrativement.¹⁰⁸ Une panne momentanée ou complète du Registre Foncier qui ne se limite pas, comme c'est le cas du système français, à la publicité du texte de l'acte mais qui rend publiques les circonstances juridiques en cas d'effet constitutif de l'inscription, provoquerait des dommages incalculables de sorte que la dépense pour la sécurité du Registre Foncier doit être proportionnellement élevée. Contrairement à ce qui se passe pour la consultation à distance du Registre Foncier comme registre public, il n'existe pas encore un tel besoin pour la gestion électronique de données de l'acte notarié dans les transactions juridiques. Ici le besoin qui passe au premier plan est plutôt celui de pouvoir transmettre des actes par voie électronique, en particulier aux registres publics, cela étant lié à une demande d'inscription, voire éventuellement sous une forme qui permette le retraitement direct.

¹⁰⁸ Voir note précédente 107.

2. La légalisation électronique de signature

Le § 129 BGB est la norme de référence de toutes les dispositions juridiques qui prévoient la légalisation officielle des signatures. En vertu de cette norme, il est nécessaire que « la déclaration soit faite par écrit et que la signature soit légalisée par un notaire ». Le besoin immédiat d'une forme électronique équivalente se ferait sentir, comme indiqué, en tenant compte du **§ 29 du Code du Registre Foncier et du § 12 du Code du Commerce en cas de présentation de demandes au registre foncier par voie électronique** ou une autre voie correspondante au Registre du Commerce.

La rédaction de la déclaration par les personnes concernées ou par le notaire au nom des personnes concernées, pourrait être remplacée sans difficulté par la forme électronique (simple) envisagée par le § 126 a BGB et en relation avec le § 129 BGB. Mais pour cela, il faudra que la personne concernée, comme titulaire d'une clé de signature puisse produire des signatures qui répondent aux exigences de la signature électronique. Dans le cas contraire, on pourrait intercaler une « procédure Huckepack » sous la forme d'une observation dans laquelle le notaire déclare que la personne concernée a fait la déclaration concernée, qu'elle ne peut pas la signer électroniquement par manque de clé de signature et que, en conséquence, le notaire signe la déclaration pour la personne concernée à l'aide de sa propre clé.

La légalisation de la signature par un notaire telle que l'exige en outre la loi n'est pas réglementée par le BGB lui-même. Là, ce sont les **§§ 39, 40 de la loi sur l'authentification des actes** qui sont déterminants. Ils montrent que **la procédure de la légalisation n'est pas seulement une certification de signature** qui englobe des obligations de documentation écrite et que le notaire doit respecter, mais des **constatations et des évaluations** auxquelles le notaire doit procéder préalablement.¹⁰⁹ La mention de légalisation est donc le résultat d'un processus intellectuel lié à la prestation personnelle du notaire et qui n'est pas accessible à l'automatisation. Cependant, la mention elle-même peut être présentée comme la déclaration de l'intéressé, dont la signature doit être légalisée, sous forme de données digitales puis, comme pour la forme électronique (simple), pourvue de la signature électronique du notaire à titre d'équivalent de signature laquelle, à son tour, sera pourvue des attributs professionnels notariés comme équivalent du cachet. Une telle déclaration transmise par voie électronique pourrait être vérifiée auprès de l'Office du Registre Foncier, dans un premier temps par la vérification de la signature en ce qui concerne l'identité nominative du notaire, puis par la vérification du certificat d'attribut en ce qui concerne la qualité du notaire.

Avec le **projet de Loi sur la Communication de la Justice**¹¹⁰, une telle légalisation est repoussée à court terme. Son objectif premier est d'ouvrir la procédure civile et la juridiction spécialisée à un traitement des actes par voie électronique. Les parties à la procédure - juges, avocats, citoyens - doivent jouir dorénavant des mêmes droits à la possibilité d'utiliser, d'une manière juridiquement valable, les formes de communication électronique à côté de la forme écrite - liée habituellement au papier - ou de la forme orale. Les exigences de forme en vigueur jusqu'à présent doivent cependant rester inchangées du point de vue de la qualité, même en cas d'utilisation d'une voie de transmission électronique. Pour transposer les différences du droit en

¹⁰⁹ A ce sujet, voir plus en détail Bettendorf, transactions électroniques et forme écrite en droit civil et de procédure, dans : Notaire et configuration juridique, Cologne 1998.

¹¹⁰ Consultable sur le site Web du ministère fédéral de la Justice sous <http://www.bmj.bund.de>

vigueur au travail électronique, le projet fait la distinction entre la signature simple, avancée, qualifiée ou électronique qui repose sur un certificat vérifiable en permanence. Ces derniers ne sont proposés pour le moment que par des prestataires de service de certification accrédités (appelés Trustcenter). Le projet modifie la Loi sur l'authentification en ajoutant un nouveau § 39 intitulé « Certificats électroniques simples » qui dit ceci : « Les légalisations et autres certificats doivent être pourvus d'une **signature électronique qualifiée conformément à la loi sur la signature**, qui repose sur un certificat **vérifiable en permanence**. Le certificat doit être accompagné d'une **attestation de la qualité du notaire** établie par l'autorité compétente. Le certificat doit indiquer le lieu et le jour où il a été délivré. » La loi doit être introduite auprès des notaires d'ici le 1^{er} avril 2005, c'est-à-dire qu'à partir de cette date - si le projet de loi est adopté à la date prévue - tous les notaires devront disposer des équipements nécessaires pour pouvoir procéder à des légalisations électroniques.

3. La légalisation électronique de copies

La légalisation de copies réglementée au § 42 peut prendre une signification nouvelle si, lors du traitement électronique du processus, des documents digitaux sont demandés dans l'économie et par les autorités mais que les originaux n'existent que sous forme de matérialisation papier. Ainsi, pour les certificats, les actes de l'état civil, les contrats ou d'autres documents présentant une importance juridique, les « copies » digitales qu'une partie - comme un demandeur vis-à-vis une administration publique - pourrait réaliser elle-même par scannage ou tout autre type de saisie de données, ne seront pas suffisantes. A l'inverse, on pourrait penser que le traitement électronique du processus produit exclusivement des documents digitaux mais qu'une personne intéressée a besoin d'un justificatif papier faisant foi, c'est-à-dire qu'un simple imprimé ne suffit pas.¹¹¹ Un exemple, qui existe déjà aujourd'hui dans le domaine notarié est le Registre Foncier électronique à partir duquel le Registre Foncier établit des « imprimés officiels » qui, conformément au § 131 GBO, assument juridiquement la fonction de copies certifiées des folios du Registre Foncier.

Dans les cas importants pour la pratique notariée, le notaire devrait tout d'abord procéder à une appréciation du type et de la qualité du document dont une copie certifiée¹¹² est demandée. Si le document original est un document papier, le § 42 BeurkG peut s'appliquer dans la même mesure que précédemment. Si le processus de légalisation se réfère à un document digital, il faudrait examiner par exemple s'il porte une signature électronique ou non ou si, lors de son examen, des points particuliers sont apparus. Pour la mention finale de légalisation, la signature du notaire et l'apposition du cachet reste la règle en vigueur si l'original est un document digital et si le résultat souhaité est un document papier. Dans le cas contraire, c'est la procédure mentionnée au point 2. qui s'applique. La loi de communication de la justice mentionnée ci-dessus prévoit, dans le futur § 42 al. 4, lors de la légalisation de l'imprimé d'un document électronique pourvu d'une signature électronique qualifiée conformément à la loi sur la signature électronique, que le résultat de l'examen de la signature doit être documenté.

¹¹¹ Ce cas appartient déjà au droit en vigueur au § 33 VwVfG (Loi sur les arrêts administratifs) dans le domaine de la procédure administrative. Le document de travail du ministère fédéral de la Justice, déjà maintes fois évoqué, propose, pour la légalisation officielle, une réglementation correspondante dans le cadre de la loi sur l'authentification.

¹¹² Dans le cas de documents digitaux, il serait préférable, sur la base du § 131 GBO, de parler d'imprimé légalisé ou officiel.

4. L'acte électronique

Le § 128 BGB comporte, tout comme le § 129, un état de référence qui présuppose la procédure d'authentification notariée mais qui ne la régleme nte pas lui-même. Pour cela, c'est de nouveau la BeurkG (loi sur l'authentification) qui est déterminante.

Pour l'authentification de déclarations de volonté et pour d'autres processus d'authentification qui ne rentrent pas dans les groupes mentionnés ci-dessus, aucune appréciation différente de celle-ci ne s'applique dans un premier temps. Au contraire, l'authentification de déclarations de volonté a justement été régleme ntée de manière particulièrement exhaustive par le législateur afin de garantir que la procédure d'authentification remplisse bien son objectif lorsque **la personne concernée doit être prévenue contre des conclusions hâtives de contrat, qu'une sûreté de preuve particulière doit être atteinte ou que la sécurité et la clarté juridique est nécessaire en vue de la publicité des registres officiels**. La différence par rapport aux procédures de légalisation réside donc dans le fait qu'il faut garantir, par de nombreuses prescriptions de procédure, que les déclarations faites sont « **authentiques** », qu'elles ne sont donc pas simplement exprimées mais qu'elles sont aussi voulues par les personnes concernées. Cela nécessite, en particulier, **la présence personnelle des personnes concernées et l'accomplissement personnel par le notaire des prescriptions de procédure**. Un remplacement par des moyens électroniques est donc incompatible avec les objectifs de la procédure d'authentification dans le domaine des prescriptions de forme notariées.

La situation est différente en ce qui concerne le **résultat** de la procédure d'authentification, **la consignation par écrit**. Celle-ci peut, tout comme les résultats des procédures d'authentification, être mise en circulation sous forme électronique ou sous forme de papier. A cet égard, on peut renvoyer à ce qui a été dit à propos de la légalisation électronique.

5. L'authentification et la légalisation électronique à distance

Les éléments exposés ci-dessus ne sont absolument pas dirigés contre le souhait que le notaire, en qualité de « tiers neutre », recueille les déclarations de volonté transmises par télécommunication de deux partenaires contractuels qui ne se trouvent pas en un même lieu, qu'il en documente la réception et établisse un moyen de preuve électronique ou sur papier relatif au processus. De même, un conseil juridique ou une préparation à titre d'expert ainsi que des activités d'exécution se conçoivent parfaitement dans ce cadre. Le notaire pourrait également être chargé de procéder à des actions similaires de légalisation en matière de transaction juridique par voie électronique. Pour de telles prestations de services, il pourrait apparaître un besoin en matière de transactions juridiques électroniques qui satisferaient les fonctions habituelles du notaire et que celles-ci peuvent déjà remplir aujourd'hui pour les parties concernées dans cadre du § 24 du Code Fédéral des Notaires en dehors de l'activité d'acte **comme « autre » activité d'assistance**. Ces nouvelles prestations de service doivent être considérées comme des ampliati ons souhaitables du spectre de la demande d'assistance juridique notariée et pour lesquelles le réseau de notaires ou une autre conception technique constitue une base particulièrement bien adaptée. Toutefois, elles ne doivent être confondues actuellement avec authentification notariée régleme ntée par la loi qui poursuit des objectifs fixés au cas par cas par le législateur et dont ni le notaire, ni les parties concernées ne peuvent disposer à leur guise.

Le législateur ne pourrait prendre la décision d'admettre également « **l'authentification électronique à distance** » dans le domaine des prescriptions de forme notariées que sur la base d'une évaluation préalable de la question de savoir quels objectifs de formes doivent être ainsi atteints. Ainsi, dans un premier temps, il serait envisageable d'établir une catégorisation d'après les objectifs de forme déjà présentés et, ultérieurement, de créer une nouvelle forme notariée supplémentaire qui permettrait, simultanément et à distance, de conclure une transaction juridique électronique, dans laquelle les parties n'auraient, certes, aucun contact physique ensemble; mais où chaque partie comparaitrait cependant devant un notaire. Cela n'affecterait que le caractère direct de la négociation. Les objectifs de forme de l'authentification pourraient cependant être conservés comme nous l'avons exposé. Pour des contrats internationaux d'achat d'entreprise ou de biens-fonds par exemple, une telle procédure ne serait pas impensable car ces transactions sont la plupart du temps précédées d'une longue phase d'examen et des projets sont échangés qui s'appuient en général sur les propositions des conseillers. Le contrôle définitif de l'exactitude serait entrepris, comme d'habitude, par le notaire présent sur place qui devrait lire le texte du contrat, selon ses prescriptions, avec la partie comparaissant devant lui avant que ledit texte ne soit signé électroniquement par le comparant et le notaire. Après l'envoi qui s'ensuivrait, l'autre partie contractuelle et son notaire contresigneraient électroniquement le texte et le document serait alors de nouveau renvoyé. Les notaires impliqués devraient enregistrer le texte du contrat et le cachet de datation dans un dossier d'archive électronique, à partir duquel des copies papier et des copies électroniques pourraient être délivrées. Cette forme d'authentification à distance ne serait pas profondément différente de l'authentification déjà appliquée avec procurations, d'authentification faite sous réserve d'approbation ultérieure ou de la division de la transaction juridique en offre et acceptation, dont le problème connu réside dans le fait que, en cas d'utilisation abusive de telles configurations, une partie du contrat peut être exclue du conseil et de l'assistance efficace faite par notaire.

Une autre catégorie pourrait être envisagée **hors la présence personnelle** des parties **chez le notaire**, présence qui est actuellement indispensable. Cela semble possible, par exemple dans le domaine des authentifications de faits et des légalisations où il s'agit principalement de prouver l'exactitude du contenu de l'envoi d'une déclaration de volonté faite et où le texte envoyé doit peut-être être pourvu d'un cachet de datation fiable. Pour certaines authentifications de faits, comme par exemple des négociations de priorité en matière de droits d'auteurs, une telle démarche serait envisageable et suffisante pour autant qu'une identification des personnes concernées sur la base de la validité et de la qualité de la procédure de signature électronique soit possible avec une sécurité satisfaisante et que l'objet de la protection soit présenté électroniquement. Le notaire documenterait alors la réception sans erreur, éclaircirait quelques points par télécommunication électronique et archiverait ensuite le texte reçu et pourvu de sa signature et d'un cachet de datation, texte à partir duquel il pourrait établir alors une copie électronique ou sur papier avec un certificat relatif à la date de réception. Puisque le notaire doit pouvoir encore, jusqu'à nouvel ordre, délivrer des copies papier d'un recueil d'actes électroniques, la question de savoir si le destinataire de telles déclarations est déjà en mesure de recevoir des documents signés électroniquement n'aurait pas d'importance.

Par contre, **en droit allemand relatif au livre foncier et aux autres registres**, une telle "légalisation électronique à distance" serait incompatible avec les principes fondamentaux qui régissent les domaines juridiques respectifs. Selon le droit procédural pertinent en la matière, il est en effet nécessaire que les personnes concernées fassent leurs déclarations de volonté personnellement devant un officier public qui certifie leur authenticité. Cette procédure exclut

toute fonction de prête-nom. Or, une légalisation à distance permettrait justement cette fonction de prête-nom, étant donnée que le pouvoir de disposition des clés de signature électronique peut toujours être conféré à des tiers également. Cette rigueur dans les formalités requises est due à la formalisation des procédures en matière de registre. Il en résulte que les effets juridiques importants d'une inscription au registre (perte d'un droit, foi publique) sont essentiellement basés sur les déclarations des personnes concernées. Sur le plan purement pratique, il serait impossible pour le tribunal de vérifier certaines informations importantes en l'absence des parties, puisque le certificat électronique ne permet pas de constater par exemple la majorité légale, l'adresse ou le régime matrimonial de la personne concernée. En droit relatif aux registres, certains mécanismes de sécurité en matière de droit pénal sont seulement réalisables grâce à des déclarations faites en personne pouvant entraîner des peines pénales en cas d'indications fausses. L'exigence de la présence personnelle constitue donc un élément noyau de l'acte authentique pour éviter tout litige postérieur (civil ou pénal) sur la question de savoir si des déclarations ont bien été faites librement par la bonne personne sans manœuvres frauduleuses et avec sa pleine capacité juridique.

6. Transposition dans la pratique

Un premier pas en direction de l'acte notarié entièrement électronique dans la pratique consistera, certes, à conserver encore les actes originaux établis par le notaire mais ils pourront, en outre être mémorisés et transmis électroniquement. La proposition, déjà évoquée, présentée par le ministère de la Justice à l'initiative du Conseil fédéral du Notariat allemand et visant à modifier la loi sur l'authentification commence donc par la légalisation électronique au moyen de laquelle il est possible de prouver la concordance entre le document papier et la copie électronique ou entre le document présenté sous forme électronique et l'imprimé papier. Ce type de légalisation est apparenté tant au niveau du système que du principe à la légalisation d'une copie. Dans ce cadre, l'essence même de l'activité du notaire n'est pas modifiée par les nouveaux médias. Elle ne le serait d'ailleurs pas non plus si le texte de l'acte, qu'il se réduise à une légalisation de signature ou à une attestation de registre ou qu'il englobe toute la transaction juridique, était dorénavant conservé dans un **recueil d'actes exclusivement électroniques**.¹¹³

7. Equivalence de fonction de la forme électronique notariée

L'**équivalence de fonction** de la forme notariée habituelle et de la forme notariée électronique est une autre question. Elle ne se limite pas à comprendre comment l'acte notarié se forme mais elle fait en particulier une comparaison de l'**utilisation dans les transactions juridiques**. Ici, du fait de la fonction de preuve renforcée¹¹⁴, la transmission électronique sûre et sa présentation comme moyen de preuve dans un procès sont au premier plan. Une forme électronique ainsi comprise peut certainement se réaliser avec la mise en œuvre de la procédure de signature électronique. Toutefois, dans ce contexte, les signatures qualifiées ne suffiront pas. La mise en œuvre de procédures accréditées, dont le notariat dispose déjà, est plus indiquée.

III. Nouvelles prestations notariées en matière de transactions juridiques électroniques

¹¹³ Le notariat autrichien a développé un modèle comme peuvent l'être des archives électroniques mais, en plus, un modèle central qui décharge le notaire de toute la problématique.

¹¹⁴ Voir à ce sujet l'exposé sur l'effet de preuve de l'acte notarié en droit procédural au chapitre E.

Puisqu'il est question de nouvelles prestations de service, comme la documentation probante de processus de communications, la documentation de contrats privés conclus à distance en dehors du champ d'action du notaire, la conservation incorporelle de données chez le notaire ou l'authentification et légalisation à distance déjà évoquées plus haut, etc., leur développement et leur offre pour les transactions juridiques générales est parfaitement possible du point de vue d'un notaire allemand et compatible avec sa position de titulaire d'une charge officielle. De telles activités demeurent encore actuellement **en dehors de l'activité d'authentification** et sont encore comprises pour le moment sous le concept **d'autre assistance juridique**. Actuellement, à côté de l'acte notarié « classique » transmis par voie électronique, son importance est marginale du fait du poids notable des transactions juridiques qui nécessitent une authentification. Il n'est pas encore possible de dire si cela va encore changer prochainement et pour un nombre plus important de transactions. Cependant, il serait bon que le notariat, au niveau mondial, s'intéresse assez tôt à la manière dont un tel besoin, en particulier en matière de transactions juridiques à longue distance -comme par exemple les transactions juridiques transfrontalières, qui seraient génératrices du plus fort profit - pourrait être satisfait par les notaires.

IV. Résumé intermédiaire

Le développement souvent dépeint comme fulgurant des transactions juridiques électroniques a jusqu'à présent fait défaut, au moins dans l'environnement du notaire. Cela est peut-être dû au fait que ce ne sont pas les transactions juridiques mais l'État qui décide de l'introduction de l'acte notarié électronique. Etant donné qu'il mène une politique d'innovation plutôt retenue, qui se concentre sur l'amélioration de sa propre organisation interne et qu'il repousse encore pour le moment un **accès en ligne techniquement rentable au Registre Foncier ainsi que la présentation de demandes par voie électronique auprès de tous les registres officiels**, il ne devrait y avoir aucune perspective nouvelle importante dans ce domaine jusqu'à nouvel ordre. **L'introduction électronique d'actes fonciers et d'actes de registres électroniques** qui ne sont pas encore développés jusqu'à présent au-delà de la création des fondements juridiques donnerait une bonne impulsion. En outre, la communication avec les autres participants aux transactions juridiques qui forment un ensemble très hétérogène, n'est pas facile à structurer. Cette situation ne changera qu'avec l'introduction de technologies largement compatibles.

V. Certification professionnelle du notariat¹¹⁵

1. Projet pilote « Certification des notaires d'après la loi sur la signature électronique et réseau de notaires »

a) Pourquoi un tel projet ?

Dans le notariat, le besoin d'échanger de la correspondance électronique avec des personnes concernées par des actes, avec leurs conseillers juridiques, fiscaux et économiques ainsi qu'avec des confrères et d'autres interlocuteurs, voire de la correspondance soumise à la confidentialité, se fait de plus en plus pressant. La loi sur l'accélération de la procédure des registres du

¹¹⁵ Concernant les projets correspondant des organisations professionnelles dans le domaine des avocats et des professions de conseil juridique, voir les contributions de Scherf et de Leistenschneider dans : Erber-Faller (Editeur) Transactions juridiques électroniques.

20.12.1993¹¹⁶ donne la possibilité, comme base de la consultation en ligne des Registre Foncier et Registre du Commerce, d'avoir une communication électronique avec deux destinataires principaux des notaires dans le domaine de la juridiction volontaire. De même, les cadastres sont déjà gérés électroniquement dans plusieurs Länder. Les associations professionnelles, tout comme les notaires, travaillent principalement en interne avec le traitement électronique de données. La correspondance qu'ils entretiennent est envoyée par voie électronique en plusieurs exemplaires et à peu de frais. Face aux **avantages de la communication électronique**, on trouve, pour tous ces exemples, les **risques** que, par exemple, des données électroniques parviennent à des personnes non habilitées à les recevoir ou à des adresses erronées.

Pour permettre une communication protégée contre les manipulations, confidentielle et fiable à des fins professionnelles, il faut donc définir des **scénarios** et des **exigences** qui devraient, dans un premier temps, faire l'objet d'un projet pilote afin que, sur la base des **expériences** acquises, de nombreux utilisateurs et applications puissent venir s'y ajouter au fur et à mesure. La possibilité d'introduire de nouveaux **aspects relatifs à la sécurité** en fonction de l'état de la technique et de les mettre à la disposition de tous les confrères associés d'une manière centralisée représentait un point de vue important, surtout pour la période de la phase d'exploitation réglementaire suivante.

c) Analyse des transactions juridiques électroniques dans le notariat

aa) Volume des communications

Une analyse réalisée par le Conseil fédéral du Notariat allemand et relative à la répartition du volume des communications des notaires avec leurs principaux interlocuteurs professionnels a donné les résultats présentés sur la vue 1 (voir annexe). Ici les chiffres absolus sont moins intéressants que la **répartition relative des communications vers les différents interlocuteurs** ou catégories d'interlocuteurs. Les services du Registre Foncier occupent, de loin, le premier rang, suivis par les autorités financières, les banques, les collectivités locales et les Tribunaux de Registre. Tous ces services sont des interlocuteurs institutionnels, dont on peut supposer qu'ils disposent de traitements électroniques de données et de la disponibilité, à moyen terme, de transmettre des données par voie électronique parce que cela présente des avantages pour les deux parties. Simultanément, dans ces secteurs, on devrait atteindre rapidement une « masse critique » qui rentabiliserait la communication électronique.

bb) Analyse des cas de transactions

Si l'on considère les relations de communication à la lumière d'un cas de transaction typique tel que l'achat d'un bien-fonds (voir vue 2 en annexe), il s'avère encore plus évident que le notaire travaille dans un environnement hétérogène. Avec certains interlocuteurs, la communication électronique est déjà possible aujourd'hui, avec d'autres, ce n'est pas encore le cas. Cette constatation est confirmée par l'observation générale faite dans la vie juridique et économique, que le passage du papier à l'électronique est en train de se réaliser peu à peu sans pour autant qu'une fin du papier soit en vue. Nous devons donc nous préparer, non pas à travailler dans un bureau sans papier, mais à **agir de la manière la plus efficace possible dans un monde mixte**.

c) La loi sur la signature électronique comme fondement légal de la certification professionnelle

¹¹⁶ BGBI. 2182

Le titre du projet pilote souligne un aspect clé du dessein bien que la certification ne soit pas le seul domaine nouveau ou essentiel dans ce contexte. La certification d'après la loi sur la signature électronique représente cependant, au plan de la politique professionnelle, un thème si important qu'il convient de l'étudier ci-après de manière approfondie.

aa) Droit en vigueur

Les concepts centraux de la loi sur la signature sont la **signature digitale**, l'**autorité de certification** et le **certificat**. A ce sujet, il convient de se reporter au chapitre C. Là, nous avons déjà indiqué que les prescriptions relatives à la délivrance et au blocage des certificats prévoient que l'autorité de certification doit **identifier de manière fiable** les personnes qui sollicitent un certificat. A la requête d'un demandeur, l'autorité de certification doit d'abord enregistrer, dans un certificat de clé de signature ou un **certificat d'attribut**, des données relatives à l'agrément dans la mesure où l'agrément peut être justifié de manière fiable. Ensuite, il a déjà été indiqué que l'autorité de certification doit, entre autres, bloquer un certificat si le titulaire d'une clé de signature ou son représentant le demande ou si le certificat a été obtenu à l'aide de fausses indications. En cas de fausses indications portant sur une qualification professionnelle, l'Ordre professionnel peut aussi demander le blocage.

Selon la situation juridique en vigueur, les autorités de certification ont l'obligation **d'identifier** les futurs titulaires d'une clé et de **constater les qualités de l'attribut**. Déjà, au moment de la procédure législative concernant la loi sur la signature, des problèmes se sont posés à propos de la valeur de l'identification et de la question de savoir s'il ne s'agissait pas d'une tâche (exclusivement) notariale. Après l'entrée en vigueur, on s'est rapidement rendu compte des problèmes particuliers qui pouvaient apparaître en cas de certification induite d'attribut. Si le certificat d'attribut doit, par exemple, refléter exactement une procuration accordée dans le cadre d'une transaction juridique ou une procuration légale, formuler des restrictions appropriées à l'utilisation de signatures digitales dans les transactions juridiques électroniques ou faire des déclarations relatives aux qualités du professionnel, des **justificatifs juridiques** sont alors demandés, justificatifs **dont dispose normalement le notaire** mais non l'autorité de certification professionnelle. L'autorité de certification, qui est conçue pour fournir une prestation technico-administrative, supporte des charges importantes du fait de la nécessité d'avoir un personnel suffisamment qualifié ou des risques de responsabilité en cas de délivrance d'un certificat juridique faux. Les questions qui se posent à propos de la relation qui existe entre une telle activité et la loi sur les abus de conseil juridique, laquelle loi réserve la fourniture de conseil juridique aux professions juridiques et à propos de la valeur qu'ont dans les transactions juridiques les certificats d'attribut délivrés sans qualification spéciale suffisante, n'ont pas fait jusqu'à présent - et pour autant qu'on puisse l'observer- l'objet d'analyses théoriques ni de litiges juridiques. Cependant, avec la propagation croissante de tels certificats, les problèmes correspondants ne se feront pas attendre. Telesec, en sa qualité de première autorité de certification agréée, a donc pris immédiatement la décision à titre de précaution dans le cadre de son agrément de ne mettre en circulation des certificats d'attribut qu'après coopération préalable avec les notaires. Les détails figurent dans une circulaire du Conseil fédéral du Notariat allemand.¹¹⁷

bb) Conséquences pour la certification professionnelle

¹¹⁷ Circulaire 47/98, dans l'annexe de *Erber-Faller (éditeur)* : transactions juridiques électroniques, rééditée

Les motifs exposés dans le projet de la loi sur la signature considèrent la certification comme une **activité professionnelle** qui peut, en principe, être réalisée par des entreprises qui exercent **une activité commerciale dans un cadre de concurrence**. Cette même approche est également suivie par la **directive européenne sur la signature** et d'autres initiatives internationales et supranationales pour les transactions juridiques et commerciales. Certes, le Conseil Fédéral¹¹⁸ avait, dans la procédure législative, attiré l'attention sur l'analogie qui existait, à propos de certains aspects de l'activité notariale, en particulier le devoir d'identification et l'utilisation des données dans les certificats, entre la certification et la légalisation et il avait émis des réserves à l'encontre de la loi sur la signature, réserves que l'on pouvait retrouver sous la même forme dans des travaux du Conseil fédéral du Notariat allemand. Cependant, le Bundestag ne s'y est pas rallié.

Par la suite, certaines personnes isolées en ont conclu que la **certification professionnelle** devrait être réalisée exclusivement par des entreprises professionnelles et que l'activité des chambres professionnelles devrait se limiter à la fourniture d'information pour la délivrance ou le blocage des certificats d'attribut. Cependant, le législateur a combattu cette opinion, par exemple dans le cadre de la réforme du droit professionnel des notaires comme le démontre clairement les motifs des projets à propos du § 78 al. 2 de la Bundesnotarordnung (Loi fédérale relative au Notariat). D'après cela, la faculté d'assumer « d'autres missions utiles à la réalisation de l'objectif » englobe aussi la **compétence du Conseil fédéral du Notariat allemand pour établir et gérer une autorité de certification**. Cependant, on ne pourra pas en déduire une déclaration générale pour tous les droits professionnels. D'autre part, la loi sur la signature ne serait pas le lieu indiqué, du point de vue du système pour de telles réglementations spécifiques à la profession. Il faudra vérifier, pour chaque domaine particulier, si des normes d'habilitation existent ou doivent être créées à l'adresse des chambres ou des associations professionnelles existantes.

Inversement, la présence d'une norme d'habilitation n'entraîne pas pour l'Ordre professionnel l'obligation d'établir sa propre autorité de certification. Il faudra examiner soigneusement dans chaque cas si les exigences de la loi sur la signature peuvent être remplies par un corps professionnel seul ou uniquement en coopération avec d'autres corps professionnels, si l'instauration d'un « autorité de certification virtuelle » (voir à ce sujet le chapitre C.) en coopération avec un prestataire professionnel ou la simple référence des membres de la profession aux prestations de service d'un prestataire professionnel avec coopération de l'Ordre professionnel en matière de certification d'attribut représente la solution appropriée.

d) Transposition technique dans le notariat

Pour donner au notariat allemand une base pratique pour les transactions juridiques électroniques, le Conseil fédéral du Notariat allemand a mis en place le **réseau de notaires**. Le réseau de notaires est véhiculé par la société Notarnet GmbH qui entretient un centre de compétences à Cologne, lequel centre fournit aux notaires le support nécessaire et conseille les organisations professionnelles.

Il s'agit d'un réseau virtuel privé (VPN = virtual private network) auquel les notaires peuvent s'associer. Ils reçoivent, sur une **carte à puce**, une **signature digitale** avec un **attribut** qui les accreditent comme notaires, un **mécanisme de codage à clé** et une autre **clé** qui peut être utilisée

¹¹⁸ La deuxième Chambre législative où les Länder sont représentés

comme **mécanisme d'authentification** pour les applications notariées. La **certification est donc effectuée ici par le Conseil fédéral du Notariat allemand agissant comme autorité de certification virtuelle**, voir à ce sujet le chapitre C. Par ailleurs, il a été prévu un **accès spécialement sécurisé** à Internet. Le réseau permet une communication sûre tant en son sein qu'avec l'extérieur.

Par le biais du réseau, les notaires peuvent également avoir accès à la banque de données d'expertises et de jurisprudence. Pour l'avenir, on souhaite permettre également par ce biais l'accès au Registre Foncier électronique, adresser des demandes au Registre Foncier et au Tribunal de registres et consulter des actes fonciers et de registre en ligne.

2. Perspectives d'avenir

La Chambre des Notaires envisage **d'autres utilisations** du réseau de notaires, comme un **registre central des testaments**, qui pourrait être conçu sur les bases techniques du registre actuellement en cours d'introduction et dénommé **Registre des procurations notariés en cas d'incapacité juridique et des dispositions de patients**.

Si le législateur devait introduire l'acte notarié électronique, il faudrait encore régler le **problème de l'archivage**. A cet égard, le notariat allemand manque encore d'expérience. Le notariat autrichien a déjà réalisé une prestation exemplaire à ce sujet. En Allemagne, on ne dispose à cet égard que d'expériences avec le Registre Foncier car celui-ci jouit également du caractère d'un acte public. Le réseau de notaires ou Notarnet GmbH sont des infrastructures qui réagiront à de telles évolutions.

Avec le réseau de notaires, le notariat allemand a fait un grand pas en direction de **l'assurance de son avenir en Allemagne**. Il est à même, grâce à son degré élevé d'équipement en PC et ses connexions à Internet ainsi qu'avec les projets réalisés à ce jour, non seulement de bien faire face au débat sur la sécurité IT, mais également, avec ses propres propositions relatives aux actes électroniques, à la communication électronique et aux nouveaux services électroniques, de continuer à mener la discussion en Allemagne.

Pour **l'avenir du notariat dans le monde**, il est cependant nécessaire non seulement de continuer à promouvoir la libre circulation de l'acte notarié papier, mais aussi de faire la même chose avec la voie électronique. A cet égard, l'U.I.N.L est requis d'agir comme catalyseur au niveau de ses notaires pour les inciter à développer des concepts et, simultanément, à représenter à l'extérieur les revendications politiques du notariat consistant à établir techniquement et juridiquement les critères de la libre circulation des services notariés et ce, même dans un monde dominé par l'électronique. L'U.I.N.L est appelée, en particulier à promouvoir auprès de ses membres et de ses interlocuteurs extérieurs la nécessité de **développer des technologies appropriées, leur implantation dans le domaine de l'activité notariale et les exigences élevées en matière de certification notariée ainsi que de procédure d'authentification notariée dans les transactions juridiques électroniques** afin de maintenir et de faire évoluer la valeur ajoutée de l'activité notariale et ce, même dans le domaine des transactions juridiques électroniques.

G. Résumé des thèses

- L'Allemagne a déjà atteint **un degré élevé de diffusion du traitement électronique** des données et ce, même dans le domaine du notariat. L'État fédéral et les Länder poursuivent l'objectif de renforcer l'implantation du traitement électronique de données dans l'administration et dans l'économie avec la mise en œuvre de moyens importants. Au premier plan figurent l'équipement en PC et la technologie de l'Internet. Les **procédures de signature n'ont pas encore acquis une importance pratique correspondante**.
- Il existe **une loi sur la signature électronique** et **un règlement sur la signature électronique**. Les exigences de la directive sur les signatures électroniques en matière de droit européen sont transposées. Par principe, l'exploitation d'une autorité de certification est exempte d'autorisation. En outre, la loi offre la possibilité d'une accréditation volontaire pour l'acquisition d'un label de qualité garanti par l'État. Dans ce domaine déterminant pour le notariat, les exigences technico-administratives prévoient une infrastructure de certification à deux niveaux avec une instance-racine.
- **Les autorités de certification** qui ne respectent pas les exigences de la loi sur la signature électronique sont autorisées. Les signatures promues par leurs soins ne remplissent cependant pas la forme électronique et ne sont pas privilégiées dans une procédure civile. De telles autorités de certification ne doivent donc pas affirmer qu'ils délivrent des signatures qualifiées.
- **L'utilisation** des signatures électroniques est **libre**.
- Les transactions juridiques **soumises aux formalités requises** constituent **l'exception** en droit allemand. Si une transaction juridique nécessitant une forme est conclue par voie électronique, cela est possible dans le domaine de la **forme électronique**.
- Le **Code Civil** régit la **forme électronique** sur le **modèle de la forme écrite**. La forme électronique exige que le texte de déclaration soit signé à l'aide d'une signature électronique qualifiée conformément à la loi sur la signature électronique. La forme écrite peut toujours remplacer la forme électronique. En règle générale, la forme électronique peut remplacer la forme écrite sauf dans des cas d'exception déterminés expressément par le législateur.
- Le **Code de Procédure Civile** traite le document électronique comme **objet apparent**. Si le document électronique porte une signature qualifiée, la loi admet, selon un principe d'expérience expressément réglementé (preuve prima facie), qu'il est authentique, c'est-à-dire qu'il provient du titulaire du certificat de signature correspondant. Cette apparence ne peut être mise en cause que par des faits qui justifient des doutes sérieux quant au fait que la déclaration a été établie avec la volonté du titulaire de la clé de signature.
- Le **notariat allemand**, avec son **projet « Transactions juridiques électroniques »**, a déjà entrepris des efforts précoces pour promouvoir l'implantation du traitement de données électronique et les procédures de signature électronique dans son domaine et a ainsi contribué de façon décisive à la création des fondements de la signature électronique qui relèvent du droit public, du droit civil et du droit procédural. Le Conseil fédéral du Notariat allemand est

L'autorité de certification accréditée qui délivre les cartes à puce pour la signature, la clé et un **certificat d'attribut comme document d'identité du notaire**. Avec le réseau de notaires, il existe une infrastructure grâce à laquelle les notaires peuvent communiquer de manière sûre entre eux et vers l'extérieur. La banque de données d'expertises électronique de l'Institut Notarial Allemand et le registre central des procurations notariées - qui rassemble des procurations notariées préventives en cas d'incapacité juridique éventuelle (Vorsorgeregister) et les dispositions de patients - sont déjà des applications existantes qui vont être suivies par d'autres.

- La **communication** avec les registres gérés électroniquement, en particulier le **Registre Foncier et le Registre du Commerce**, ne se fait pas jusqu'à présent par le biais du réseau de notaires. Pour le Registre Foncier, la connexion pour la consultation en ligne est établie par une procédure téléphonique qui vérifie l'autorisation d'accès au moyen des caractéristiques de matériel et de logiciel. L'introduction de la technologie Internet est prévue ici. La consultation en ligne du Registre du Commerce se fait déjà par Internet. La présentation de demandes d'inscription par voie électronique n'est pas encore possible à ce jour.
- L'introduction de la **légalisation publique électronique** en vertu du projet de loi sur la communication de la justice est prévue pour les notaires au 1^{er} avril 2005. **L'authentification électronique** et les **archives d'actes électroniques** pourraient être introduites sur la base des infrastructures conçues par le notariat, leur structuration et leur domaine d'intervention requérant cependant encore des réflexions plus approfondies. Le législateur peut seulement introduire une **authentification électronique à distance** dans des domaines dans lesquels la déclaration faite en personne - sans aucune contrainte et manœuvre frauduleuse et avec la pleine capacité juridique de la personne concernée - ne fait pas partie des formalités requises.
- La **fourniture de nouvelles prestations de services notariés** tels que la documentation de processus de communication ou la conservation incorporelle de données semble utile et devrait être stimulée.
- Il est indispensable que créer des **niveaux de qualité comparables à l'échelle mondiale** pour le document notarié électronique afin que la libre circulation des actes, même sans papier, puisse fonctionner sans obstacle et que l'acte notarié électronique puisse être accepté au-delà des frontières. L'U.I.N.L est appelée à promouvoir auprès de ses membres et de ses interlocuteurs extérieurs la nécessité de **développer des technologies appropriées, leur implantation dans le domaine de l'activité notariale et les exigences élevées en matière de certification notariée ainsi que de procédure d'authentification notariée dans les transactions juridiques électroniques**.

Textes de loi

§ 126 BGB Schriftform

(1) Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

(2) Bei einem Verträge muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleich lautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

(3) Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

(4) Die schriftliche Form wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

§ 126 a BGB Elektronische Form

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

§ 126 b BGB Textform

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

§ 128 BGB Notarielle Beurkundung

Ist durch Gesetz notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet wird.

§ 129 BGB Öffentliche Beglaubigung

(1) Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die in § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.

(2) Die öffentliche Beglaubigung wird durch die notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.

§17 BeurkG (Prüfungs- und Belehrungspflichten)

(1) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei solle darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

(2) Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

(2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist.

(3) Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zu Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.

§ 286 ZPO Freie Beweiswürdigung

(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

§ 292 a ZPO Anscheinsbeweis bei qualifizierter elektronischer Signatur

Der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form (§ 126 a des Bürgerlichen Gesetzbuchs) vorliegenden Willenserklärung, der sich auf Grund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist.

§ 415 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen

(1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine von der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

(2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

§ 416 ZPO Beweiskraft von Privaturkunden

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

§ 417 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden über amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

§ 418 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden mit anderem Inhalt

(1) Öffentliche Urkunden, die einen anderen als den in §§ 415, 417 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen.

(2) Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

(3) Beruht das Zeugnis nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so ist die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann anzuwenden, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, dass die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

§ 440 ZPO Beweis der Echtheit von Privaturkunden

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich.

§ 126 GBO Führung (des Grundbuchs) als automatisierte Datei

(1) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Grundbuch in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass

1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;

2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;

3. die nach der Anlage zu diesem Gesetz erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

...

§ 10 a GBO Aufbewahrung auf Datenträgern; Nachweis der Übereinstimmung

(1) Die nach § 10 oder nach sonstigen bundesrechtlichen Vorschriften vom Grundbuchamt aufzubewahrenden Urkunden und geschlossenen Grundbücher können als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden, wenn sichergestellt ist, dass die Wiedergabe oder die Daten innerhalb angemessener Zeit lesbar gemacht werden können. Die Landesjustizverwaltungen bestimmen durch allgemeine Verwaltungsanordnung Zeitpunkt und Umfang dieser Art der Aufbewahrung und die Einzelheiten der Durchführung.

...

§ 8 a HGB Ermächtigung der Landesregierungen; automatisierte Dateien

(1) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Handelsregister einschließlich der zu seiner Führung erforderlichen Verzeichnisse in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass

1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;
2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;
3. die nach der Anlage zu § 126 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Grundbuchordnung erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

...

Bibliographie

Becker, Das automatisierte Abrufverfahren des elektronischen Grundbuchs, BNotK-Intern in DNotI-Report 1997/23 ;

Bettendorf, J.: EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Berichte der deutschen Delegation zum XX. Internationalen Kongress des Lateinischen Notariats, Köln, 1992 ;

ders.: Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, in: Rheinische Notarkammer/Verein für das Rheinische Notariat e.V. (Hrsg.), Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, Köln, 1998 ;

ders.: Elektronischer Rechtsverkehr in: Erber-Faller (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied, 2000 ;

Bredl, SOLUM-STAR – Das maschinell geführte Grundbuch, MittBayNot 97, 72 ;

Britz, J.: Urkundenbeweisrecht und Elektroniktechnologie. Eine Studie zur Tauglichkeit gesetzlicher Beweisregeln für elektronische Dokumente und ihre Reproduktion im Zivilprozess, München, 1996 ;

Bundesnotarkammer (Hrsg.): Elektronischer Rechtsverkehr – Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, Köln 1995 ;

dies.: Tagungsunterlagen des Zweiten Forums "Elektronischer Rechtsverkehr" beim XXI. Internationalen Kongress des Lateinischen Notariats am 03.06.1995 in Berlin, zu beziehen bei der Bundesnotarkammer, Mohrenstraße 34, 10117 Berlin ;

dies.: Tagungsunterlagen des Dritten Forums "Elektronischer Rechtsverkehr" am 13.03.1997 in Köln, zu beziehen bei der Bundesnotarkammer wie vor ;

Demharter, J.: Grundbuchordnung, 21. Auflage, München 1995 ;

Erber-Faller, S.: Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, CR 1996, 375 ;

dies.: Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signaturen in Deutschland. Bisherige Entwicklungen, internationale Bezüge und Zukunftsperspektiven aus notarieller Sicht, in: Rheinische Notarkammer/Verein für das Rheinische Notariat e.V. (Hrsg.), Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, Köln, 1998 ;

dies.: Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, MittBayNot 1995, 182 ;

dies.: Berufsständische Projekte des Notariats, in: Erber-Faller (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied, 200 ;

Frenz, Ein Jahrhundert-Gesetz für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 94, 153 ;

Fritzsche, J./Malzer, H.: Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3 ;

Geis, I. (Hrsg.): Die digitale Signatur – Eine Sicherheitstechnik für die Informationsgesellschaft. Ein Leitfaden für Anwender und Entscheider, Eschborn 2000 ;

Göttlinger, Pilotprojekt Elektronisches Grundbuch: Einsatz in Sachsen, DNotZ 95, 370 ;

Hammer, V./Bizer, J.: Beweiswert elektronisch signierter Dokumente, DuD 1993, 689 ;

Hähnchen, S.: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, NJW 2001, 2831 ;

Hontheim, G.: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, NWB 2001, 3249 ;

Jansen, T.: Zivilrechtliche Aspekte des e-Commerce. Die EU-Richtlinie für den elektronischen Geschäftsverkehr, DSWR 2000, 125 ;

Jungermann, S.: Der Beweiswert elektronischer Signaturen, Eine Studie zur Verlässlichkeit elektronischer Signaturen und zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 292 a ZPO, Frankfurt a.M., 2002 ;

KEHE/Bearbeiter, Grundbuchrecht, Kommentar, 5. Auflage, Berlin 1999 ;

Kindl, J.: Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signatur, MittBayNot 1999, 29 ;

Köhler, H.: Die Unterschrift als Rechtsproblem in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Festschrift für Helmut Schippel zu 65. Geburtstag, München 1996 ;

Kuhn, M.: Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991; *Lepa, M.*: Der Inhalt der Grundrechte, München, 1985 ;

Leue, A.: Die neuen Formvorschriften des Privatrechts, Münster, 2002 ;

Liwinska, M.: Übersendung von Schriftsätzen per Telefax – Zulässigkeit, Beweisbarkeit und Fristprobleme, MDR 2000, 500 ;

dies.: Anmerkung zum Beschluss des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 5.4.2000, MDR 2000, 1089 ;

Maennel, F.: Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, 187 ;

Mallmann, R./Heinrich, E.: Schriftform bei Geschäften im Internet, ZRP 2000, 470 ;

Malzer, H.: Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, DNotZ 1998, 96 ;

Nöcker, G.: Urkunden und EDI-Dokumente, CR 2000, 176 ;

Nowak, U.: Der elektronische Vertrag – Zustandekommen und Wirksamkeit unter Berücksichtigung des neuen "Formvorschriftenanpassungsgesetzes", MDR 2001, 841 ;

Oertel, K.: Der elektronische Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, MittRhNotK, 2000, 181 ;

Palandt/Bearbeiter, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München, 2004 ;

Redeker, H.: EU-Signaturrechtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, CR 2000, 455 ;

Römermann, V./van der Moolen, M.: Schriftsätze per Computerfax: Willkommen im 21. Jahrhundert, BB 2000, 1640 ;

Roßnagel, A.: Die Simulationsstudie Rechtspflege. Eine neue Methode zur Technikgestaltung für Telekooperation/Projektgruppe Verfassungsverträgliche Technikgestaltung e.V. (Provet), Berlin 1994 ;

ders (Hrsg.): Recht der Multimediadienste, Kommentar, München 2003 ;

Schippel, H.: Die elektronische Form: Neue Formvorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr, in: Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996 ;

Schlechter, R.: Sicherheit im Internet – Grundzüge einer europäischen Rechtspolitik, K & K 1998, 147 ;

Schmittner, S.: Digitale Signaturen als Herausforderung und Chance, BWNotZ 2001, 107 ;

Strauch, S.: Rechtliche und archivische Probleme der digitalen Signatur, in: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000 ;

Ultsch, M.: Zivilrechtliche Probleme elektronischer Erklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail - , DZWir 1997, 466 ;

Rapp, C.: Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, München, 2002 ;

Viefhues, W.: Die digitale Signatur in der juristischen Praxis, ZAP 2001, 1109 ;

Zöller, Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2002.

Annexe (vues)

Kommunikationsvolumen mit ausgewählten Kommunikationspartnern

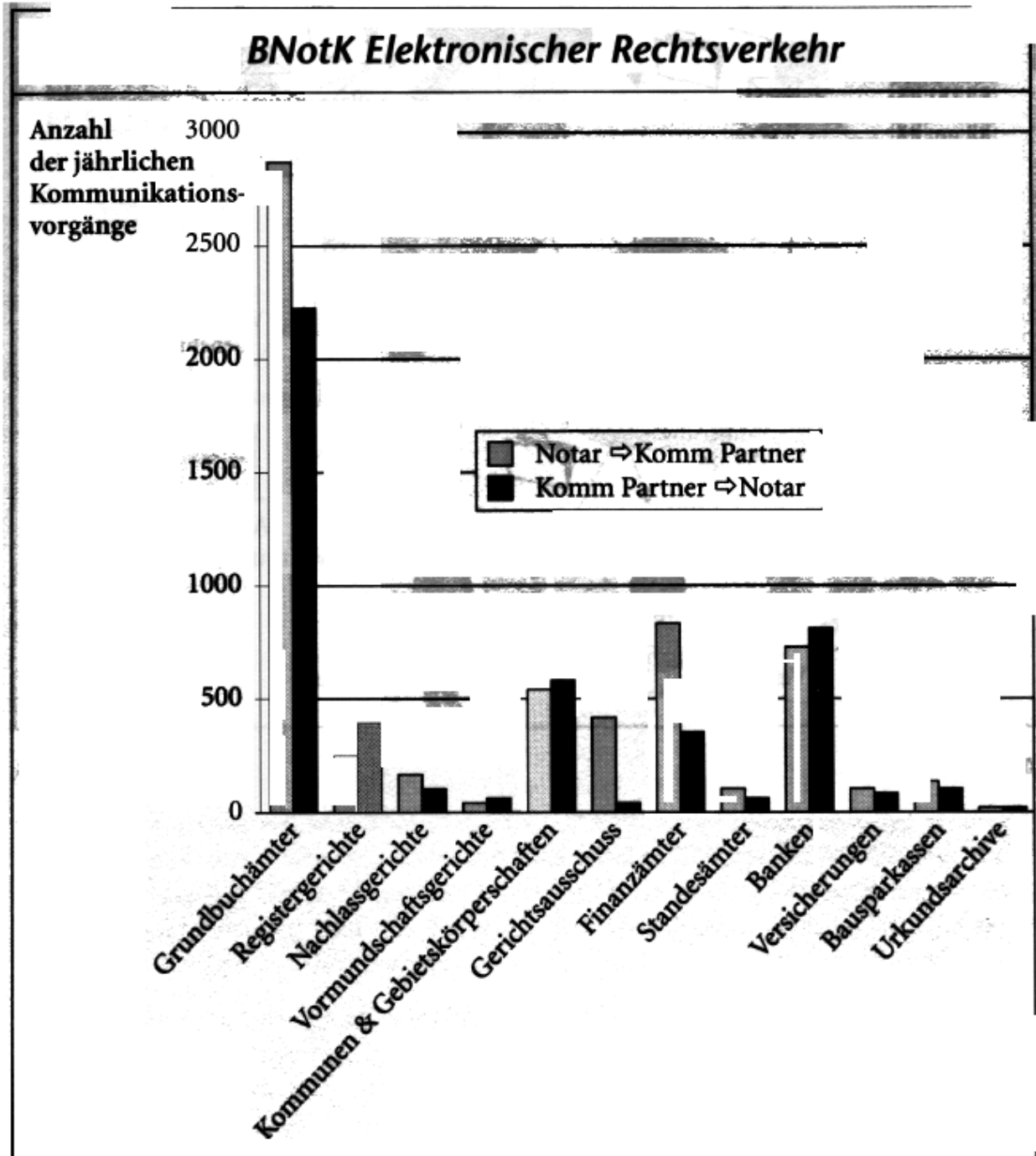


Abb. 1

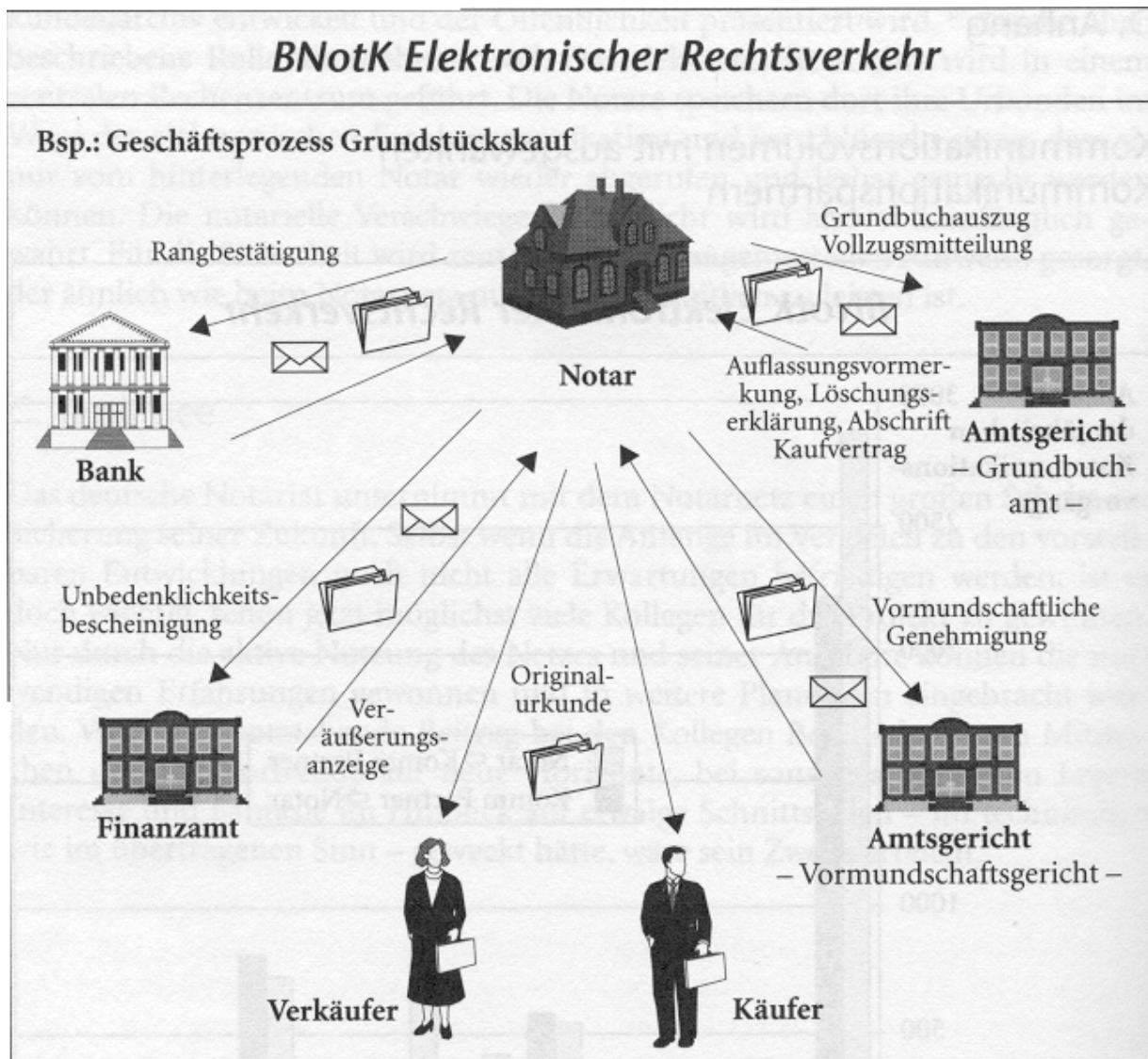


Abb. 2