

Des contrats électroniques parfaitement légaux, mais dont la preuve reste complexe à rapporter...

Contrats 100 % numériques ? Attention !



**ISABELLE
RENAUD,**
docteur ingénieur,
associée du
cabinet Insee,
isreard@orange.fr

du consommateur. Ainsi, le tribunal d'instance d'Épinal, dans une décision rendue le 12 décembre 2011 (RG n° 11-11-000080/Mhame 10-42/2011) a refusé de reconnaître l'existence d'un contrat signé électroniquement (il s'agissait de l'avant d'un contrat de revamping), dont on lui produisait d'un côté une impression papier et de l'autre un « fichier de preuve de la transaction ». *Le commentaire de cette décision est livré en détails page 56.*

« Comment s'assurer que le document n'a pas été modifié ? »

Même si la décision a de quoi surprendre – car le procédé de signature électronique employé en l'espèce était conforme à l'état de l'art et fiable –, elle est riche d'enseignements. La notion de preuve électronique est complexe. Il est très difficile, pour le non-spécialiste, de rentrer dans les arcanes de la tech-

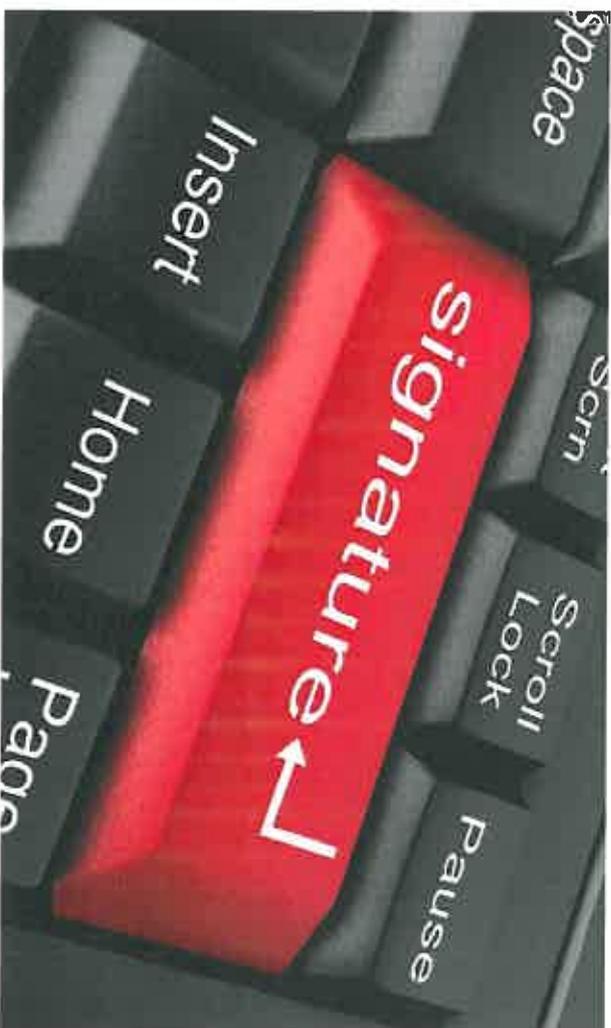
Un contrat 100 % numérique est créé sous forme électronique, signé électroniquement et conservé sous forme électronique. S'il est imprimé, c'est uniquement pour des raisons de commodité ou pour le produire lors d'un litige. Mais en tout état de cause, cette impression papier ne sera juridiquement qu'une copie de l'original électronique et ne comportera pas les signes visibles et rassurants d'un original papier, une date écrite à la main et une signature manuscrite notamment. Cette immutabilité a poussé certains tribunaux à considérer que le contrat électronique n'estait tout simplement pas, et ceci bien sûr à l'encontre de la loi. Ainsi, le tribunal d'instance d'Épinal, dans une décision rendue le 12 décembre 2011 (RG n° 11-11-000080/Mhame 10-42/2011) a refusé de reconnaître l'existence d'un contrat signé électroniquement (il s'agissait de l'avant d'un contrat de revamping), dont on lui produisait d'un côté une impression papier et de l'autre un « fichier de preuve de la transaction ». *Le commentaire de cette décision est livré en détails page 56.*

« Nous pensons qu'il faut évaluer les processus de conclusion des contrats 100 % numériques »

Depuis quelque temps, les établissements bancaires et les assureurs prennent le son, sous l'impulsion de leurs directions juridiques, de demander à des cabinets d'avocat d'établir des avis juridiques sur la valeur probante de ces contrats électroniques.

L'abandon de tels avis exige de repartir des critères de haut niveau posés par le Code civil dans ses articles 1316 et suivants, relatifs à l'écrit numérique et à la signature électronique, et de vérifier leur respect par les processus techniques mis en œuvre. Ils sont souvent très qualitatifs. Car, en matière de preuve, il n'existe pas de « garantie 100 % ». La valeur probante d'un écrit repose toujours d'être contestée et ce sera au préalable d'appuyer la démonstration de cette valeur probante et de la validité de la signature électronique (la signature « présumée fiable » n'est en fait actuellement pas accessible aux consommateurs).

Nous pensons qu'il faut évaluer les processus de conclusion des contrats 100 % numériques de manière, non pas qualitative, mais quantitative, autrement dit en leur attribuant une « note » de fiabilité, fondée sur le respect de critères objectifs. Ainsi, pourrions-nous classer la qualité de la documentation du processus au regard de l'état de l'art en la matière, très déve-



loppé dans la sphère publique. On peut évaluer la qualité de la signature électronique, en s'appuyant sur les critères mentionnés dans le décret « signature électronique » du 30 mars 2001. On peut noter ce que l'on appelle le « cycle de vie » du contrat, c'est-à-dire notamment sa capacité à garantir sa traçabilité et son intégrité, sur la base de critères normatifs. Et enfin on peut mesurer la qualité de son archivage, toujours sur la base de critères normatifs. L'ensemble de ces « notes » donne une idée assez précise de la fiabilité du processus dans son ensemble et, surtout, elle en décode les points faibles avant de les amplifier. Au final, nous aborderions à une documentation claire et didactique reposant sur des références factuelles.

« La découverte d'une faille dans un processus numérique pourrait entraîner la remise en cause systématique de tous les contrats conclus »

Cette analyse techno-juridique doit être mise en perspective avec l'environnement de risque, qui n'est pas du tout le même selon qu'on parle d'un crédit à la consommation de 3 000 € ou d'une assurance-vie. Sachant qu'en tout état de cause, le « zéro risque est illusoire, tout comme le processus 100 % fiable. Mais au bout du compte, l'objectif des professionnels de la banque et de l'assurance qui se lancent dans le 100 % numérique est de vendre plus, d'attirer des parts de marché inaccessibles à leur réseau classique. Ce qui suppose que le processus de vente de contrats 100 % électronique ne soit pas alourdi par de multiples vérifications au point de le priver de tout intérêt. Or, il n'est pas facile de placer le curseur entre les rêves des directions marketing et les impératifs de sécurité des directions juridiques! Disposer d'une notation objective du processus de conclusion du contrat aide à placer ce curseur en fonction de l'environnement risque du produit considéré: là où une note x sera acceptable pour un crédit à la consommation de quelques milliers d'euros, elle ne le sera peut-être plus pour une assu-

rance-vie dont les montants sont susceptibles d'atteindre quelques centaines de milliers d'euros. C'est d'autant plus vrai que l'action collective, naitier français de la « *class action* », va finir par voir le jour. La découverte d'une faille dans un processus numérique pourrait entraîner, si la conjoncture était telle que les clients y aient un intérêt particulier, la remise en cause systématique de tous les contrats conclus. Ce qui, en matière d'assurance-vie par exemple, aurait des conséquences financières dévastatrices.

Remarquons que cette démarche d'objectivation du risque s'inscrit d'ignon très cohérente dans le contexte de l'obligation de vigilance des établissements de banque/assurance pour la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme. L'idée directrice de cette législation est l'approche fondée sur les risques, recommandée par le Groupe d'action financière des 2003. Il y apparaît notamment qu'une entité en relation réalisée en l'absence du client est une annulation de risque élevé. L'approche risque a pour objectif de responsabiliser les établissements financiers et de leur permettre l'optimisation des moyens mis en œuvre en fonction du caractère de chaque établissement, et non plus sur la base d'une norme uniforme. Or, il est très difficile pour des décideurs de s'inscrire dans cette tendance s'ils ne disposent pas d'une vision « dense » de la qualité des dispositifs techniques complexes mis en œuvre pour conclure des contrats 100 % numériques. C'est la raison pour laquelle il nous semble pertinent de développer et d'appliquer une méthode de notation objective de ces processus de contractualisation 100 % numériques. De quoi donner à chaque acteur au sein de la banque, selon sa fonction, une appréciation factuelle de son rapport au risque.

1. Introduite dans notre droit par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 transposant la directive européenne n° 2005/60/CE du 26/10/2005.

* Le cabinet Reane a développé, en partenariat avec Reklas, une méthode d'évaluation reposant sur quatre volets: Eval_dcc@Ewal_Sp@, Eval_ILMG, et Eval_Arc.