

La sécurité juridique à travers le processus de normalisation¹

Anne PENNEAU²

Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage

Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

I. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS L'ENVIRONNEMENT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES.....	1
II. LA NORMALISATION AU SERVICE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS L'ENVIRONNEMENT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES	3

L'intitulé qui m'a été soumis interroge sur le point de savoir si la sécurité juridique (l'effet recherché) serait - un peu, beaucoup ou pas assez - assurée par le moyen de la normalisation (une des causes de l'effet recherché) ?

L'examen d'une telle relation de cause à effet suppose de préalablement revenir sur les fondamentaux qui en sont les composantes : la sécurité juridique dans l'environnement des nouvelles technologies d'une part (I), la normalisation au service de la sécurité juridique dans cet environnement des nouvelles technologies d'autre part (II).

I. La sécurité juridique dans l'environnement des nouvelles technologies

La sécurité juridique est une condition de la qualité du droit en ce qu'elle démontre son aptitude à permettre une réalisation effective et durable des projets des sujets de droit. C'est en ce sens que la norme juridique peut être conçue comme une règle d'organisation, de portée normalement préventive des conflits, mais pouvant aussi être invoquées en justice et y jouer le rôle de règle de conflit au bénéfice de celui qui l'a respectée.

Cette conception, très ancienne se trouve chez les auteurs classiques – qui n'ignoraient d'ailleurs pas les effets pervers d'un droit instable – dans la référence à la « prévisibilité », sans pourtant que l'expression « sécurité juridique », n'apparaisse.

Le leitmotiv de « sécurité juridique » s'affirme en effet seulement à la fin du XXème siècle dans différentes manifestations critiques du processus de création du droit par le législateur ou la jurisprudence : prolifération et instabilité des lois, au nom souvent d'un ordre public économique ou social suspects ; élargissement du champ du contrôle juridictionnel, notamment en matière contractuelle, avec un effet rétroactif. Autant de facteurs perturbateurs

¹ Avec l'aimable autorisation des organisateurs de la journée du 30 septembre 2002, la forme orale de l'exposé sera conservée dans ce texte, qui a cependant été actualisé et partiellement remodelé. L'essentiel des références concernant la normalisation peut être trouvé in A. PENNEAU, « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret n° 2002-535 du 18 avril 2002) », *Rec. Dalloz* 2002, chr. pp. 2065.

² Professeur de droit privé. Université Lille 2 – Centre René Demogue

des prévisions individuelles des sujets de droit ... Et de raisons de rappeler sa fonction essentielle.

La sécurité juridique en matière d'acte et de signature électronique – cœur de notre sujet – ramène à ces préoccupations. Mais elle le fait par un cheminement bien particulier, dans la mesure où l'insécurité redoutée en matière de création d'un acte juridique par le moyen des nouvelles technologies n'est pas seulement « juridique », mais aussi tout simplement « technique » et peut - être même bien « juridique » *parce que* d'abord et avant tout « technique » .

Dans ce domaine on englobe en effet, à travers le prisme de la sécurité juridique, tout en même temps la pérennité de l'acte juridique dans sa matérialité (la matérialité de l'électronique) et, par ricochet, sa preuve. C'est, en effet, parce que l'état de la science et de la technique ne permet pas d'accorder une confiance sans borne à la capacité des procédés électroniques d'assurer notamment la fiabilité du contenu de l'acte, son rattachement effectif à l'auteur qu'il mentionne ou encore sa conservation, que l'on en vient à s'inquiéter des conditions dans lesquelles un acte conçu électroniquement peut produire des effets juridiques équivalents à ceux de l'acte conclu selon la modalité traditionnelle de l'écrit.

D'où, face au véritable dictat de l'ère électronique des actes juridiques imposé par les chevaliers d'une modernité propice au développement des marchés, l'appel, comme on va le voir dans un instant, à un système de régulation permettant de restituer à l'acte juridique la confiance qui lui donne sa valeur particulière, celle qui le distingue d'un acte non juridique ! Effectivement, la question qui nous est posée consiste à déterminer si la normalisation permet d'identifier les règles techniques fiables, capables de chasser les risques prévisibles liés à l'emploi des nouvelles technologies.

La normalisation dont on parle est alors la normalisation technique, c'est-à-dire celle qui consiste en des prescriptions techniques relatives à la conception et à la réalisation d'un produit ou d'un savoir-faire.

On va donc retrouver ici un thème essentiel dans le droit du XXème siècle, qui est celui de la dépendance dans laquelle se trouve le droit par rapport aux évolutions scientifiques ou technologiques. Dépendance depuis plus de vingt ans identifiée dans le rôle croissant joué par l'expertise dans les procédures destinées à soumettre les entreprises à des contrôles destinés à protéger les intérêts de personnes aussi diverses que leurs clients, leurs actionnaires ou leurs salariés. Dépendance encore évidente depuis assez longtemps dans le cadre du procès, spécialement s'il a pour objet de déterminer une responsabilité. Rôle en devenir en ce qui concerne la constitution de l'acte juridique.

Dans cette dernière matière, le bouleversement vient de la loi du 13 mars 2000 qui, modifiant le droit de la preuve littérale, introduit la possibilité de prouver et donc, au moins dans le domaine des actes non formalistes, de réaliser des actes par le moyen de l'écrit et de la signature électroniques. Le droit français intègre donc les nouvelles technologies parmi les modes normaux de réalisation des actes juridiques. Premier constat donc : la machine contient le secret de la lisibilité de l'acte par l'homme. C'est déjà, pour beaucoup, un choc ! La forme numérique impose de passer par la machine pour accéder à la seule forme accessible à la compréhension des hommes, la copie de la traduction numérique dans un écrit classique. Serait – ce trop ?

La nouvelle législation innove dès lors avec une certaine prudence. Des précautions entourent l'attribution d'effets juridiques à l'acte électronique: la valeur juridique de l'acte ou de la signature dépendent, quand ils sont numériques, d'une appréciation portée sur leur fiabilité technique, plus exactement la fiabilité des procédés technologiques ayant permis leur réalisation :

- Article 1316-1 : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier *sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».
- Article 1316-2 : « ...Le juge règle les conflits de preuve littérale *en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable...* »
- Article 1316-4 : « Lorsqu'elle (la signature) est électronique, elle consiste en l'usage *d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature est...dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.* »
- Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, suivi par celui n° 2002-535 du 18 avril 2002 envoient, précisément à des procédures d'évaluation et de certification par des organismes privés agréés.
- Mais le décret n° 2002- 1436 du 3 décembre 2002 modifiant les articles 287 et suivants NCPC laissent au juge la faculté de vérifier si les conditions des articles 1316-1 et 1316-4 sont réunies et de renverser la présomption de fiabilité, ce qui ne pourra se faire sans dires d'expert.

Il est donc assez évident que la sécurité juridique dépend bien, à un premier degré, de la sécurité des conditions techniques de la réalisation de l'acte et la signature électronique. La sécurité de cette appréciation dépend en second degré des conditions dans lesquelles elle est faite.

C'est à ce stade que la normalisation peut être appelée à jouer un rôle. On peut effectivement considérer qu'elle est un moyen de renforcer les exigences vis à vis des technologies en cause car elle établit une norme de référence de base. Elle peut, par ailleurs, être considérée comme un outil d'objectivisation des appréciations, car la procédure de normalisation peut garantir l'expression de points de vues différents sur l'état de la science et de la technique et éviter les dérives des marchés.

II. La normalisation au service de la sécurité juridique dans l'environnement des nouvelles technologies

La réalisation de ces objectifs dépendra des conditions de la normalisation, mais aussi de la portée juridique des normes techniques, du point de vue du droit français et communautaire. Dans le cadre de cette journée, on ne pourra évoquer ces deux aspects qu'à grands traits. Auparavant, il faut cependant s'interroger sur le point de savoir si l'objet traité entre dans le domaine de la normalisation faite sous l'égide des pouvoirs publics.

La normalisation est considérée, en France et plus généralement en Europe, comme un service public. Dans un premier temps, il s'agissait, dans un cadre strictement national, essentiellement de promouvoir la standardisation de la production pour accroître la

production. Aujourd'hui, la normalisation est, dans les pays membres de l'Union européenne, supranationale et poursuit deux objectifs principaux : la protection de la sécurité des personnes et la libre circulation des produits et des services. Ceci étant, le décret du 26 janvier 1984 portant statut de la normalisation retient une définition très large du domaine de la normalisation puisqu'il prévoit qu'elle « a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques ». La question de sécurité « technologique » des actes juridiques est donc sans aucune ambiguïté dans l'objet de la normalisation et relève ainsi de la compétence des organismes qui en sont chargés.

Sur le continent européen, la normalisation technique est, malgré son caractère de service public, traditionnellement confiée à des organismes privés : à titre principal, l'association française de normalisation pour la France depuis 1941 et le Comité européen de normalisation depuis 1961 au plan communautaire. Le décret fondateur du 24 mai 1941 a, en ce sens, établi une organisation originale qui, pour l'essentiel, n'a pas été démentie par le décret modificateur du 26 janvier 1984. En effet, l'A.F.Nor. a le statut d'une association loi de 1901, mais fonctionne selon des règles strictement établies par voie de décret. Le C.E.N. est quant à lui une association internationale de droit privé relevant du droit belge.

Dans ce contexte d'activité de service public déléguée à des personnes privées, les textes français et européens se devaient d'instituer les règles permettant d'assurer la neutralité et la qualité des normes techniques. Le moyen en a été trouvé dans l'exigence de plurireprésentativité de la composition des structures dans lesquelles les normes sont élaborées. La structure d'élaboration de la norme est, aussi bien au plan national que communautaire, celle des bureaux de normalisation. Il en existe plusieurs, répartis en différentes sections qui correspondent à diverses branches professionnelles (textile, métallurgie, chimie etc...). Les membres de chaque bureau sont ainsi composés en partie de représentants des professions intéressées par les objets de normalisation. Ils comportent normalement aussi des représentants des consommateurs et des syndicats. Des représentants des administrations (ministères) sont aussi appelés à siéger afin de veiller à l'impartialité des projets de normes élaborés au sein des bureaux. Les représentants des administrations ont ainsi pour mission à la fois de compenser le déficit chronique en pratique des représentations syndicales et de consommateurs et aussi d'empêcher, entre professionnels, les pratiques restrictives de concurrence. La qualité de la norme est encore garantie par l'exigence d'une enquête publique relative au projet établi par le bureau de normalisation. Elle permet à tout un chacun, de faire des observations et doit conduire l'auteur du projet à les étudier et, le cas échéant, modifier la version initialement proposée.

A l'objectif de neutralité de l'œuvre normative, s'ajoute celui d'ouverture vis à vis des progrès techniques. D'où la préférence donnée aux normes fixant uniquement des résultats, qui laissent ainsi aux professionnels la liberté de déterminer les moyens par lesquels ils pourraient y parvenir et donc la liberté de faire évoluer ses moyens.

La cohérence des travaux de normalisation et leur efficacité est garantie par une tutelle des institutions publiques. Cette tutelle a d'abord un aspect financier dans la mesure où les organismes de normalisation sont subventionnés par des fonds versés par l'Etat. Mais la tutelle a aussi un caractère institutionnel. Dans le système français, il existe en effet un délégué interministériel aux normes chargé d'exercer les prérogatives du ministre, sous l'égide d'un groupe interministériel de la normalisation. Il intervient notamment dans l'élaboration d'un programme de normalisation que l'A.F.Nor. est tenue de respecter et

auquel elle peut en même temps ajouter. Au plan communautaire, l'encadrement institutionnel se manifeste par le truchement de l'établissement de directives par la Commission. Elles sont propres à des produits ou services d'une catégorie déterminée et fixent des exigences techniques essentielles dans des termes très généraux. Il appartient aux organismes de normalisation de les développer dans des normes techniques plus précises, sous le contrôle d'un expert de la Commission.

Malgré ces précautions relatives au fonctionnement des instances de normalisation, il serait excessif de conclure à la concrétisation d'un modèle parfaitement idéal.

En ce qui concerne l'impartialité de l'organisme de normalisation vis à vis des acteurs économiques en compétition sur le marché, il faut bien avouer l'existence de difficultés inhérentes au fait que la participation des professionnels repose sur la stricte initiative privée et, par voie de conséquence, au financement privé. De fait, cette situation favorise les professionnels assez importants sur le marché pour pouvoir investir dans l'action de normalisation. Ou encore, elle suppose que les professionnels aient la capacité de se regrouper, ce qui dépend de facteurs socio économiques, et varie selon les secteurs géographiques ou professionnels et les époques.

Le contre poids des représentants des non professionnels est, quant à lui, incertain en raison de la faiblesse du mouvement associatif sur le vieux continent et l'affaiblissement des structures syndicales. Dans bien des cas, il semble que ce soit l'administration qui assure le relais de la représentation de ces intérêts. Mais, là encore, la crise économique et la pression des mouvements libéraux empêchent les administrations de se doter de moyens suffisants pour réaliser leurs ambitions.

A cela s'ajoute un écueil de la normalisation, particulièrement important au regard de son efficacité potentielle dans le domaine des nouvelles technologies. Il tient à la lenteur de l'avancement des travaux qui conduit à la création de la norme dans un premier temps et qui expose celles qui ont vu le jour à un risque fort d'obsolescence qu'il n'est pas toujours possible d'éviter par la technique de l'élaboration de normes de résultat (par opposition aux normes de moyens).

A partir de ces différentes observations, il faut en venir à des conclusions plus précises sur le point de savoir si le respect des normes techniques relatives aux nouvelles technologies permettraient d'asseoir la portée juridique de l'acte ou la signature électronique. Autrement dit, peut on penser que l'acte ou la signature « conformes aux normes techniques en vigueur » seraient protégées contre les actions mettant en cause leur fiabilité ?

Si l'on se place sur le terrain de la valeur juridique propre des normes techniques, la réponse est globalement non ! Seuls, en effet, les textes d'origine légale ou réglementaire ont une portée juridique *erga omnes*. Or, la normalisation n'a pas la valeur juridique de la réglementation. Au plan institutionnel, la dévolution de compétence des organismes de normalisation par les textes du droit français n'est effectivement pas une délégation du pouvoir réglementaire. Pour qu'une norme acquiert la portée d'un règlement, il faut qu'un règlement intervienne et lui confère cette qualité (ou encore qu'elle soit visée par des stipulations du contrat). Certes, le respect des normes homologuées s'impose dans les marchés publics, mais il reste possible d'y déroger même dans ce cadre et, dans les marchés privés, le principe est que les normes sont seulement facultatives.

Si l'on raisonne par considération des situations de fait on peut, en tenant compte des avantages offerts par la loi aux actes accomplis par le moyen de technologies « certifiées » (présomption de l'article 1316-4 c.civ.), évoquer deux situations éventuellement propres à faire considérer que la normalisation pourrait néanmoins, en certains cas, acquérir une autorité équivalente à celle des réglementations, un autorité de fait.

Sachant d'abord que la certification dépend d'une appréciation de la qualité du procédé soumis à l'organisme certificateur et ensuite qu'une telle appréciation implique la détermination de la norme de référence correspondant à cet état de la science et de la technique, la question se pose en premier lieu de savoir si les normes ne pourraient pas, en pratique, être l'outil privilégié de l'appréciation. L'effet d'une telle pratique, si elle était générale, pourrait être de conférer aux normes une *autorité de fait* assimilable à l'autorité réglementaire de droit. Certains défendent cette approche de la valeur normative des normes techniques. Je l'ai toujours rejetée en raison de l'extrême danger qu'elle représente dans le domaine particulier de la normalisation puisque, comme on l'a montré, les conditions de l'élaboration de la norme n'éliminent pas suffisamment le risque de sa partialité ou de son obsolescence. Il n'est donc pas acceptable de transférer le caractère contraignant de la réglementation à la normalisation. A supposer même que les praticiens se réfèrent habituellement à des normes dont ils ne cherchent pas à vérifier si elles représentent les règles de l'art, il n'est pas acceptable d'ériger ces pratiques défailtantes en normes de références. C'est d'ailleurs bien à cette conception exigeante que se rattache le système législatif français de la preuve de l'acte électronique lorsqu'il cantonne la force de la présomption de fiabilité liée à la certification à une présomption simple. Dès lors, la sécurité de l'acte ou la signature réalisés, puis certifiés selon les normes fixées par les organismes de normalisation institutionnels ne peuvent pas être considérés comme juridiquement inébranlables. La sécurité juridique qu'ils procurent dépend directement de leur qualité technique au regard des données actuellement acquises de la science et de la technique qui pourraient être démontrées par d'autres vecteurs que les normes A.F.Nor. ou C.E.N.

Mais bien sûr, on pourrait songer en second lieu au mouvement inverse selon lequel l'autorisé quasi réglementaire de la norme technique s'induirait de la tendance des juges à invalider les certifications attribuées à des technologies non conformes à ces normes. On est ici, par hypothèse, dans l'inconnu, mais on ne peut manquer de rappeler que, jusqu'à présent, la jurisprudence française a toujours refusé de raisonner de la sorte dans les domaines plus traditionnels de la normalisation. La Cour de justice des Communautés Européennes s'oriente, de son côté, dans cette même direction par sa jurisprudence relative à la responsabilité pour les produits défectueux. Ces jurisprudences prennent en compte les arguments évoqués plus haut à propos du risque de partialité ou d'obsolescence de la normalisation.

On en vient donc à penser que la normalisation n'a pas vocation à éviter les batailles d'experts dans les litiges mettant en cause la fiabilité d'un acte ou d'une signature électroniques. Il faut en même temps rester pragmatique pour observer, avec soulagement ou irritation selon son inclination, que ces batailles ne seront livrées qu'entre forces de puissance comparable, c'est – à – dire, sauf à envisager un sursaut des associations de consommateurs, à l'initiative de contractants puissants.