



**5, 6 et 7 Octobre 2017 - Santiago de Compostela**

**THÈME I**

**LA PROTECTION DU**

**CONSOMMATEUR DANS**

**L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE**



# LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

## I. Le commerce électronique et la fonction notariale

### 1. Les médias électroniques : quelques statistiques

### 2. Les données du commerce électronique

### 3. La réglementation européenne en matière de commerce électronique

#### 3.1. *Concept de commerce électronique*

#### 3.2. *La Directive et la fonction notariale dans le commerce électronique*

#### 3.3. *Développement de la réglementation européenne*

### 4. Évolution et types de commerce électronique

#### 4.1. *En fonction du type de relation commerciale*

#### 4.2. *En fonction du canal d'achat*

### 5. Que peut apporter la fonction notariale au commerce électronique ?

#### 5.1. *De la confiance en ce qui concerne l'identité des contractants*

#### 5.2. *De la confiance en ce qui concerne l'objet de la transaction*

#### 5.3. *De la confiance en ce qui concerne la protection des données*

## II. La présence du notaire dans la phase pré-contractuelle du commerce électronique : Le contrôle notarial de conformité pré-contractuelle des Conditions générales des contrats dans le commerce en ligne de biens et de services

### 1. Préambule

### 2. La stratégie d'un marché unique numérique

### 3. Le respect des normes de protection des consommateurs

### 4. Un cadre juridique homogène dans l'UE pour la protection des consommateurs

### 5. Observations sur le fonctionnement inefficace du marché intérieur et la Directive 2011/83

### 6. Inconvénients de ce cadre réglementaire

### 7. Les notaires peuvent jouer un rôle très important dans le Marché unique numérique : proposition espagnole sur un sceau notarial de conformité dans les Conditions générales des contrats

## III. Le notariat et les sujets du commerce électronique

### 1. La position du notariat par rapport aux sujets du commerce électronique

### 2. Identification et capacité numérique

#### 2.1. *Identification de l'entrepreneur numérique*



2.2. *Identification du consommateur numérique*

2.3. *Capacité légale numérique*

**3. Le projet des Pays-Bas : notarisID**

**IV. La relation entre *blockchain*, les notaires et le commerce électronique**

**1. La confiance notariale et la confiance numérique**

**2. La confiance électronique est-elle infaillible ?**

**3. La compatibilité entre les deux types de confiance**

**4. La localisation de la *blockchain* dans le système légal**

**5. La *blockchain* et le notaire**

**6. La *blockchain* et les registres de biens**

**V. L'héritage numérique**

**1. L'héritage numérique par rapport à l'héritage analogique**

**2. Le patrimoine numérique**

2.1. *La transmission des fichiers numériques*

2.2. *La différence entre le contenant et le contenu*

2.3. *La succession en BitCoin et figures similaires*

2.4. *La situation des relations de la personne*

**3. La légitimation vis-à-vis des prestataires de services**

**4. Le testament notarié et le testament en ligne**

4ÈME CONGRÈS DES NOTAIRES D'EUROPE  
13-15 OCTOBRE 2014  
LONDRES



## I. Le commerce électronique et la fonction notariale

### 1. Les médias électroniques: quelques statistiques

Il ne fait aucun doute que le commerce électronique est un moyen de plus en plus important et omniprésent de matérialiser la consommation des personnes. De plus en plus d'utilisateurs, et à un âge de plus en plus précoce, ont accès à Internet et à des appareils mobiles, ce qui implique que, dans l'environnement numérique, on devient consommateur beaucoup plus tôt, dans une bien plus grande mesure et dans beaucoup plus d'endroits qu'auparavant, étant donné que les personnes sont exposées à la consommation pendant plus longtemps et depuis un âge plus précoce.

En fait, et par exemple, selon les données de l'Institut national de la statistique de l'Espagne, en 2016, l'utilisation des médias numériques est pratiquement universelle depuis l'âge de 10 ans, et à partir de cet âge, l'accès à un téléphone mobile augmente considérablement jusqu'à atteindre près de 95 % de la population de 15 ans. L'accès à un téléphone mobile augmente de près de 3 % par rapport à 2015 et s'accroît pour la troisième année consécutive, ce qui est réellement significatif. À partir de cet âge, les pourcentages d'accès sont moindres mais encore élevés : plus de 80 % de la population de 16 à 74 ans a utilisé Internet en 2016, avec une progression de près de 2 points par rapport aux chiffres de l'année précédente.

Parallèlement, les canaux du commerce électronique se multiplient et l'on parle déjà de commerce social et de commerce

virtuel. Considérons que près de 70 % des internautes participent à des réseaux sociaux. Par ailleurs, l'objet de la consommation ne cesse d'augmenter : alors que nous sommes encore en train de nous familiariser avec la consommation à la carte de médias audiovisuels, de nouveaux objets de commerce émergent qui n'existaient même pas il y a à peine quelques années, tels que les micro-paiements, les achats in-app ou les extensions de jeux vidéo.

Les canaux de développement du commerce électronique se développent aussi et les entreprises ont compris qu'elles peuvent capter des clients avec de nouveaux modèles de gestion qui s'adaptent non seulement à leurs habitudes de consommation, mais aussi à leur statut économique : les abonnements à des services de *streaming* avec différents niveaux, les abonnements de saison à des jeux vidéo ou les modèles *premium* ou *freemium* permettent à chaque personne de consommer exactement ce qu'elle peut et veut consommer.

En outre, les campagnes de marketing électronique sont de plus en plus personnalisées et s'adressent à un public plus nombreux. Le *big data* et les *cookies* permettent aux entreprises d'obtenir des informations quasi-instantanées sur les goûts de leur public cible, et les réseaux sociaux permettent d'avoir des canaux où se multiplient à un rythme exponentiel tant les impacts des messages publicitaires que les périodes durant lesquelles les personnes sont exposées, volontairement, à ces messages. Or, parmi les utilisateurs d'Internet en Espagne, interrogés sur la préoccupation que leur occasionne le fait que leurs activités en ligne puissent être



contrôlées en vue de leur proposer une publicité sur mesure, 61,1 % ont affirmé être inquiets à ce sujet.

## **2. Les données du commerce électronique**

Tout ce qui précède signifie que de plus en plus de personnes, de tous âges, ayant de plus en plus de connaissances du monde numérique et devant de plus en plus utiliser l'environnement numérique, ont accès aux réseaux sociaux et à Internet et, en définitive, inévitablement, au commerce électronique.

Le pourcentage de personnes qui ont fait des achats sur Internet en 2016 a augmenté également de près de 3 % par rapport à l'année précédente, atteignant une pénétration de près de 35 % de la population. En 2016, un peu plus de 50 % avaient effectué des opérations de commerce électronique à l'une ou l'autre occasion et les motifs allégués par les autres 50 % qui ne l'avaient pas fait étaient qu'ils préféraient faire leurs achats personnellement dans un magasin, qu'ils étaient préoccupés par des questions de protection de la vie privée ou de la sécurité, principalement en ce qui concerne le paiement, ou qu'ils n'avaient pas confiance dans la réception ou le retour des produits.

La moitié des internautes avaient limité leurs activités sur Internet ou n'en avaient réalisé aucune pour des raisons de sécurité, et notamment parce qu'ils étaient préoccupés par la cession de données personnelles. Par conséquent, alors que le nombre d'utilisateurs actifs dans les médias numériques augmente, il semble que la confiance dans ces médias stagne voire diminue. La préoccupation

pour la protection de la vie privée et pour la confiance et la sécurité dans la transaction est importante : le consommateur électronique est de plus en plus informé et il est plus exigeant en termes de sécurité, de protection de la vie privée et du traitement de son empreinte numérique.

Il s'agit d'une radiographie, rudimentaire et dans les grandes lignes, de l'état actuel du commerce électronique et il est évident que ceux qui, dans quelques années, seront des utilisateurs potentiels du commerce électronique, des services publics en ligne ou de l'activité notariale, ne sont pas simplement des enfants du numérique, mais vont évoluer dans un monde où il sera devenu inutile de parler de ce concept.

La question que nous devons nous poser est la suivante : Pouvons-nous faire quelque chose, en notre qualité de notaires, pour aider à éliminer ce manque de confiance, étant donné que notre spécialité consiste précisément à susciter de la confiance ? Pour répondre à cette question, il faut définir ce que nous entendons par commerce électronique et ouvrir le débat sur la présence du notariat dans le monde numérique en général et dans le commerce numérique en particulier.

## **3. La réglementation européenne en matière de commerce électronique**

### *3.1. Concept de commerce électronique*

La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, en particulier le commerce électronique dans le marché intérieur (Directive sur le



commerce électronique), a été une première étape très importante pour garantir l'intégration juridique communautaire et établir un espace sans frontières dans le domaine des services de la société de l'information.

Comme le souligne le considérant 17 de la Directive, la définition des services de la société de l'information existe déjà dans la législation européenne dans la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 et dans la Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998. Cette définition couvre tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Le considérant 18 nuance et précise que les services de la société de l'information comprennent les activités qui impliquent la conclusion de contrats ou qui consistent à vendre des produits, pour autant que la transaction soit effectuée en ligne. Cela peut aussi comprendre les services non rémunérés qui impliquent une activité économique, comme fournir des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des instruments de recherche, d'accès et de collecte de données, ainsi que les services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, ou à héberger des informations fournies par le destinataire du service.

La Directive précise aussi que cela ne comprend pas la prestation de services hors ligne, ni la livraison de marchandises en elle-même ni les activités qui, de par leur propre nature, ne peuvent pas être

effectuées à distance ni par des moyens électroniques, comme le contrôle légal de la comptabilité des entreprises ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient.

Le paragraphe 2 de l'article 9 de la Directive stipule que les États membres peuvent prévoir que la Directive ne s'applique pas, entre autres, aux contrats de création ou transfert de droits en matière immobilière, à l'exception des droits de location. Par exemple, en Espagne, l'article 3.2 de la loi 34/2002 stipule que la constitution, transmission, modification et extinction de droits réels sur des biens immobiliers sis en Espagne sera assujettie aux exigences formelles de validité et d'efficacité établies dans l'ordre juridique espagnol.

D'autre part, l'article 2 de la Directive établit d'autres définitions importantes, comme celles du prestataire de services (lettre b, toute personne qui fournit un service de la société de l'information), du destinataire du service (lettre d, toute personne qui utilise un service à des fins professionnelles ou autres) ou du consommateur (lettre e, toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité économique, commerciale ou professionnelle).

### *3.2. La Directive et la fonction notariale dans le commerce électronique*

Le considérant 36 de la Directive stipule que les États membres peuvent maintenir des restrictions à l'utilisation des contrats électroniques en ce qui concerne les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou des professions exerçant une



autorité publique. Cette possibilité s'applique également aux contrats qui requièrent l'intervention de tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique afin de produire des effets à l'égard des tiers, ainsi qu'aux contrats pour lesquels la loi exige une certification ou une attestation par un notaire.

À cet égard, l'article 1.5 spécifie que la Directive ne s'appliquera pas aux activités des notaires ou aux professions équivalentes, dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. De manière cohérente, par exemple en Espagne, l'article 5 de la loi 34/2002 sur les services de la société de l'information et du commerce électronique, dont l'objet est l'intégration dans le droit espagnol de la Directive, stipule que sont exclus du domaine d'application de la loi les services fournis par les notaires et les fonctionnaires aux registres de la propriété et du commerce dans l'exercice de leurs fonctions publiques respectives, mais également les services fournis par les avocats et les avoués dans l'exercice de leurs fonctions de représentation et de défense en justice.

Enfin, l'article 9 de la Directive stipule en son paragraphe 1 que les États membres veilleront à ce que leur législation rende possible la conclusion des contrats par voie électronique et qu'ils garantiront que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation réelle des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.

### 3.3. Développement de la réglementation européenne

Le développement de cette réglementation conduit à la création dans l'Union européenne de l'Agenda numérique pour l'Europe et du Marché unique numérique, basé sur trois piliers : premièrement, améliorer l'accès des consommateurs et des entreprises aux biens et aux services numériques dans l'Union européenne, deuxièmement, créer les bases pour garantir des conditions égales dans le développement des services numériques et troisièmement, obtenir les plus grands bénéfices dans l'économie numérique.

À cet effet, on veillera à promouvoir des formes sécurisées d'accès au financement pour les *start-ups* et les PME, mais aussi pour les grandes entreprises au moyen d'investissements transfrontaliers.

Toutefois, le financement bancaire n'est pas le seul moyen de financement appelé à promouvoir les échanges intracommunautaires en général et le commerce électronique en particulier : le financement non bancaire ou collaboratif, séparément ou complété par d'autres formes de financement traditionnel, jouera un rôle important dans le commerce de l'avenir.

Le commerce des contenus et des biens numériques sera également renforcé, en tant que composante primordiale de ce commerce numérique, principalement avec deux propositions de directives du Parlement européen et du Conseil, dont l'une est relative à certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique et l'autre aux contrats de vente en ligne et autres ventes à distance de



biens, toutes deux établissant une relation directe entre le commerce en ligne *et la protection des consommateurs*.

La première Proposition de Directive part de la nécessité d'harmoniser les contrats de fourniture de contenus numériques indépendamment du support utilisé pour leur transmission, comme la transmission du contenu numérique sur support durable comme les CD et DVD, le téléchargement par les consommateurs sur leurs dispositifs, la transmission via le site Internet, l'autorisation d'accès à des capacités de stockage de contenus numériques ou l'accès à l'utilisation des réseaux sociaux. Mais la Proposition va plus loin, puisque, dans son considérant 13, elle reprend et admet comme contrepartie de ce contenu numérique non seulement de l'argent, mais aussi des informations sur les personnes en tant que valeur comparable à la contrepartie pécuniaire. Elle inclut dans l'objet non seulement la musique, les fichiers vidéo, les photographies, les jeux ou les applications, mais aussi les contenus générés par les clients comme des blogs, des publications, des chats, des tweets, etc.

La proposition est fondée sur le principe d'un niveau élevé de protection des consommateurs, sur l'idée de la méfiance générale des consommateurs vis-à-vis des achats transfrontaliers et, en particulier, des achats en ligne, selon le considérant 4. L'un des principaux facteurs qui expliquent ce manque de confiance des consommateurs est l'incertitude quant à leurs droits contractuels essentiels et l'absence d'un cadre contractuel clair pour le contenu numérique.

Le point clé de la norme est le concept de conformité au contrat défini à l'article 6 et d'intégration incorrecte de l'article 7. Comme le stipule l'article 9, la charge de la preuve incombe au fournisseur en ce qui concerne la conformité au contrat. Les considérants 36 et 37 précisent que, en cas de non-conformité au contrat, les consommateurs devraient, dans un premier temps, bénéficier du droit à la mise en conformité du contenu numérique, ce qui est réglementé par l'article 12. Dans un deuxième temps, le consommateur devrait avoir droit à une réduction du prix ou à la résiliation du contrat, comme le stipule l'article 13. Le droit d'un consommateur à résilier le contrat devrait être limité aux cas où, par exemple, la mise en conformité du contenu numérique est impossible et où la non-conformité compromet les principales caractéristiques de performance du contenu numérique.

La seconde Proposition de Directive reconnaît que le potentiel du Marché unique numérique ne peut être pleinement exploité que si tous les acteurs du marché bénéficient d'un accès facile à la vente en ligne de biens et peuvent effectuer en toute confiance des transactions de commerce électronique. L'objet de cette Proposition est complémentaire et compatible avec celui de la Proposition précédente et la base de sa réglementation est ici aussi le concept de conformité, avec une réglementation similaire à la précédente.

Comme concept clé, l'article 2 définit le contrat de vente à distance comme tout contrat de vente conclu dans le cadre d'un système à distance organisé, sans la présence physique simultanée du vendeur



et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, y compris via l'Internet, jusques et y compris le moment où le contrat est conclu.

#### **4. Évolution et types de commerce électronique**

Le fait est que le concept de commerce en ligne ne cesse de soulever des questions au fur et à mesure qu'il change, évolue ou se ramifie. Les transactions qui sont effectuées à distance ne relèvent pas toutes nécessairement du commerce en ligne. Mais toutes les opérations de commerce en ligne doivent-elles être réalisées à distance ? La conclusion d'un contrat entre des parties à distance correspond-elle à une transaction de commerce en ligne ? Des questions se posent également quant à l'influence de la livraison différée de la marchandise. En effet, est-il essentiel que la livraison ne soit pas réalisée physiquement et instantanément à l'acheteur ? On peut même se demander si une opération de vente entre deux particuliers réalisée par voie électronique ou en utilisant des portails ou des applications d'échange constitue réellement une transaction de commerce en ligne.

En dépit de ces questions théoriques, il est convenu que les transactions en ligne constituent un cas particulier de contrats à distance dans les directives européennes, et que la notion de contrat électronique se distingue parfaitement de celle du commerce électronique. Mais dans le même temps, il ne fait aucun doute que, au fur et à mesure que le commerce électronique change, sa catégorisation peut aussi évoluer par rapport au concept initial.

##### *4.1. En fonction du type de relation commerciale*

Par nature, l'objet typique du commerce électronique, stricto sensu, est constitué de biens meubles, qu'ils soient matériels ou immatériels. Les premiers comportent un élément différentiel important, étant donné que leur livraison physique est nécessaire. C'est pourquoi l'un des objectifs de l'Union européenne, tel que nous l'avons vu, est l'élimination des barrières à la livraison des contenus. Les seconds impliquent aussi une livraison au sens technique, même s'il s'agit d'une livraison numérique. C'est la raison pour laquelle les deux Propositions de Directive ont d'ores et déjà mis l'accent sur ces concepts et sur le concept de conformité.

Ainsi, bien que le concept de commerce électronique et son objet soit identiques, en fonction du type de relation commerciale, on peut distinguer :

B2G ou commerce électronique entre les entreprises et les administrations publiques.

B2B ou commerce électronique entre entreprises.

B2C ou commerce électronique entre les entreprises et les consommateurs.

B2E ou commerce électronique entre les entreprises et leurs employés.

C2C ou commerce électronique entre les consommateurs.

##### *4.2. En fonction du canal d'achat*

De même, en fonction du type de format ou de relation, nous pouvons également constater une évolution ou une spécialisation dans le commerce mobile ou



*m-commerce*, à savoir le commerce électronique réalisé moyennant un téléphone, une tablette ou un autre dispositif mobile. La raison pour laquelle ce type de commerce donne lieu à certaines spécialités provient non seulement de la mobilité géographique des sujets, mais également de l'augmentation croissante de la consommation de contenus depuis ces dispositifs. La différence fondamentale entre les deux types de commerce réside dans le canal d'achat, qui n'est pas un site Internet traditionnel mais un *web responsive* ou site Web adaptatif ou app, ce qui aboutit à une interface et à un mode d'achat différents.

De la même manière, le commerce social ou *s-commerce* est une variante du commerce électronique et du commerce mobile qui implique la réalisation de transactions en ligne résultant de l'utilisation ou de la participation active à des réseaux sociaux. Dans cette variante de commerce, la décision d'achat, l'information et l'octroi du consentement se font dans l'environnement d'un réseau social. En d'autres termes, il s'agit ici d'amener le produit à l'endroit (virtuel) où se trouve le consommateur, en ajoutant une composante sociale et partagée du processus et du résultat d'achat.

En poursuivant cette évolution naturelle, le commerce électronique trouvera bientôt un nouvel espace dans lequel on pourrait parler de *VR-commerce* ou *commerce de réalité virtuelle (RV)*, c'est-à-dire le commerce dont l'espace d'interaction résiderait dans des applications et des dispositifs de réalité virtuelle, ou dans une réalité augmentée

(*AR-commerce*), ainsi que lors de l'achat de produits physiques dans les jeux vidéo.

## **5. Que peut apporter la fonction notariale au commerce électronique?**

La fonction notariale peut contribuer à générer de la certitude et de la sécurité dans le commerce électronique, comme elle le fait déjà dans de nombreuses autres formes de transactions juridiques.

L'intervention d'un notaire dans les transactions juridiques apporte de l'authenticité et de la certitude dans tous les domaines où les notaires exercent leurs activités, que ce soit dans le domaine des successions, de l'entreprise ou de l'immobilier. La sécurité juridique associée à l'intervention du notariat suscite la confiance des personnes, des entreprises et des institutions publiques. Ce n'est pas seulement une valeur ajoutée de la transaction ; c'est un facteur économique décisif pour garantir la liberté d'action sur le marché, étant donné qu'il n'existe pas de liberté sans certitude ni de certitude sans authenticité.

Dans le domaine du commerce électronique, du commerce mobile ou du commerce social, le rôle du notaire reste à définir, de la même manière que la majeure partie des technologies qui soutiennent les transactions électroniques, comme la portée réelle de la signature électronique, des identités virtuelles, du domicile électronique ou de l'héritage numérique. Mais il reste encore à savoir quels éléments technologiques définiront le commerce électronique du futur. La *blockchain* sera-t-elle la norme ? Les notaires programmeront-ils des *smart-contracts* ? Les algorithmes détermineront-ils encore davantage nos



interventions en ligne ? Quel rôle aura l'intelligence artificielle dans nos bureaux et en dehors de ceux-ci ? Le *crowdfunding* deviendra-t-il la méthode de financement ordinaire ?

Toutes ces questions restent encore à élucider, mais il est clair qu'elles exigent d'ores et déjà une réflexion approfondie. Leur impact sur les personnes et sur l'adaptation que la fonction notariale devra mettre en œuvre pour continuer à être utile à la société est encore inconnu.

Bien qu'il n'existe pas une seule option possible, en théorie, nous devrions évaluer si l'intervention notariale pourrait être utilisée à différents stades du processus contractuel (pré-contractuel, contractuel, post-contractuel). Au stade pré-contractuel, par exemple, les notaires pourraient stocker ou fournir des informations obligatoires conformément à la réglementation européenne des consommateurs, ou vérifier les Conditions générales des contrats (plus tard dans la proposition présentée par l'Espagne). Au stade contractuel, les notaires pourraient jouer un rôle important pour identifier les parties ou leur capacité numérique (plus tard dans la proposition présentée par les Pays-Bas). Au stade post-contractuel, les notaires pourraient intervenir au niveau des moyens de paiement ou de la conformité des biens.

Dans la plupart des pays où le notariat exerce sa fonction, la vérification tant de l'identité et de la capacité légale que de la régularité de la transaction est réalisée par le notaire, qui est un tiers, indépendant et étranger aux parties, qui veille à la régularité du processus de souscription du contrat. En matière immobilière, par exemple, le notaire intervient pour doter

de sécurité les transactions d'un montant économique important ainsi que les transactions dont la valeur ou le prix réglé sont relativement bas. Dans ces derniers cas, il intervient du fait de l'objet de la transaction (immeuble) et non pas du fait de la valeur de la transaction.

Nous pouvons appliquer la même raison d'être dans le commerce électronique, étant donné que, dans ce domaine, il y a aussi des biens et des droits meubles ou des services d'un montant économique important. Ces situations ne comportent aucun motif qui justifierait l'application de niveaux inférieurs de diligence ou de sécurité à leurs éléments clés : sujets, objet et forme.

#### *5.1. De la confiance en ce qui concerne l'identité des contractants*

Une des caractéristiques essentielles du notariat est la vérification de l'identité des parties qui comparaissent devant lui quand il y a lieu de conclure une transaction juridique. Dans le commerce électronique, cela pourrait s'appliquer aussi bien à l'entreprise qu'au consommateur.

En fait, il existe déjà des initiatives intéressantes, comme celle du notariat *des Pays-Bas avec le projet notarisID* sur lequel nous reviendrons ultérieurement, ou celle du notariat québécois, dans lequel certains notaires sont autorisés à agir comme agents de vérification de l'identité pour garantir que les transactions auxquelles participent les parties sont réalisées effectivement par les personnes qui se présentent sous une identité déterminée. En Espagne, par exemple, les notaires peuvent également délivrer des certificats électroniques et authentifier



des signatures électroniques.

En ce qui concerne l'identification des entreprises ou des professionnels qui offrent des services ou des produits, cela pourrait contribuer à générer une réputation en ligne positive et favorable à leur égard, ce qui se traduit par la confiance déposée en eux et, par conséquent, dans leurs activités. En ce qui concerne l'identification des consommateurs, cela permettrait d'éviter que l'entreprise ne vende des produits ou ne fournisse des services à des personnes qui, pour quelque raison que ce soit, souhaitent les recevoir ou les acquérir, mais ne possèdent pas la capacité légale à cet effet, comme les mineurs ou les personnes dont la capacité a fait l'objet d'une modification judiciaire.

#### *5.2. De la confiance en ce qui concerne l'objet de la transaction*

La confiance en ce qui concerne les moyens de paiement affecte la sécurité physique de la méthode de paiement, la certitude juridique de la transaction et le niveau de confiance à l'égard de l'acheteur ou le vendeur, ce qui est étroitement lié à la crédibilité de ce dernier dans le commerce, qu'il s'agisse d'offrir des services ou des produits ou de payer lesdits services ou produits.

L'Autorité bancaire européenne (ABE) a formulé des propositions pour établir ce qu'elle appelle la *strong customer authentication (SCA)* ou authentification forte du client dans le cadre de la Directive 2015/2366 du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, également appelée la Directive PSD2 (Directive sur les services de paiement 2) qui impose à la quasi-

totalité des paiements une exigence d'authentification supplémentaire, telle que la vérification en deux étapes.

Aujourd'hui, la plupart des paiements électroniques sont effectués via des cartes de crédit ou des solutions comme PayPal, mais il ne faut pas négliger les transactions de plus en plus nombreuses qui utilisent le Bitcoin et les autres crypto-monnaies.

Mais la confiance peut également être projetée sur l'objet numérique transmis, étant donné qu'un tiers, indépendant et étranger aux parties, pourrait conserver l'objet numérique qui s'est avéré non-conforme au contrat, de telle sorte que, en cas de litige, il existe une garantie que ce dernier n'a pas été altéré. Cela pourrait contribuer à un haut degré de confiance dans la transaction et favoriser l'application effective des mécanismes de protection du consommateur de la réglementation communautaire.

Ce rôle est généralement attribué sur le marché à la figure que l'on considère comme le « notaire numérique ». Le commerce électronique actuel ne dispose pas d'une figure similaire au notaire analogique, étant donné que la notariation numérique est une transposition conceptuelle du système anglo-saxon qui n'est pas adapté au schéma du notariat continental ou latin. En réalité, s'il existe une figure similaire, c'est à titre privé et, normalement, partiel, comme les tiers de confiance, dans le sens où leur intervention est requise exclusivement par une des parties. Le marché admet donc la possibilité qu'intervienne un collectif qui a gagné la confiance et le respect des consommateurs, des entreprises et des administrations publiques.



### 5.3. De la confiance en ce qui concerne la protection des données

L'une des craintes essentielles des acheteurs lorsqu'ils réalisent une transaction de commerce électronique est que leurs données soient interceptées et réutilisées par un tiers, que ce soit à des fins de fraudes sur Internet, de vente à des bases de données dont le but est le marketing en ligne ou d'usurpations de la personnalité.

Cette crainte comprend aussi bien le vol des données à des fins délictueuses que les attaques informatiques que les bases de données des entreprises peuvent subir en raison d'une protection inadéquate, et elle inclut les données bancaires, d'identité, les mots de passe ou codes de sécurité, mais aussi et de plus en plus fréquemment les identifications biométriques telles que l'empreinte digitale, la voix, l'iris ou la reconnaissance faciale. Ce dernier point est et sera de plus en plus important en matière de sécurisation et de protection des données, du fait que, contrairement à un mot de passe ou à un code PIN qui peut être facilement modifié, l'identification biométrique est immuable.

Les données constituent aujourd'hui une composante commune des contreparties fournies en échange de produits ou d'applications. Dans certains cas, il s'agit même de la seule contrepartie reçue par l'offrant, puisque les données, aussi bien séparément qu'intégrées dans des bases de données ou des processus dérivés des *big data*, peuvent être utilisées sur le marché. En effet, la Proposition de Directive relative à certains aspects des contrats de vente en ligne et autres ventes à distance de biens (COM (2015) 634 final)

fait explicitement mention du paiement par le biais de la fourniture ou de la cession de données.

Dès lors, les fournisseurs de produits ou de services par voie électronique ont besoin de recours et de moyens pour susciter la confiance en ligne, afin que la transaction soit perçue par le payeur comme une transaction sûre. Pour être efficace, cette confiance en ligne doit être préalable à la conclusion de la transaction juridique, de manière à minimiser la tentation de recourir à une justice réparatrice en matière de commerce électronique. Mais elle doit également concerner la conservation des données, sachant que les entreprises peuvent bénéficier de la très haute sécurité qui entoure les infrastructures technologiques des notariats européens.

Les données importantes à ces fins pourraient par exemple être conservées sur une copie authentique de l'original, permettant l'application d'un sceau qui équivaldrait à une vérification de la date et du contenu précis.

Cette copie authentique pourrait ensuite être utilisée pour prouver l'existence du contrat, de la signature électronique qui a été utilisée le cas échéant et même pour évaluer la conformité avec l'objet du contrat qui, comme nous l'avons vu, est l'axe principal des Propositions de Directive .

## II. La présence du notaire dans la phase pré-contractuelle du commerce électronique:

Le contrôle notarial de conformité pré-contractuelle des Conditions générales des



contrats dans le commerce en ligne de biens et de services.

### **1. Préambule**

Jusqu'à présent, la fonction notariale a eu un domaine d'action privilégié : le domaine immobilier et celui de l'acquisition de biens immobiliers. Toutefois, cette importante intervention du notaire dans ce marché (immobilier) n'empêche nullement, mais conseille d'envisager la pertinence et l'opportunité que le notaire offre la sécurité juridique qui est propre à sa fonction sur un marché dans lequel il ne fournit pas habituellement ses services.

Il s'agit dudit « Marché unique numérique européen » qui se définit comme « *un marché au sein duquel la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux est garantie, et où les citoyens et les entreprises peuvent accéder facilement aux activités et les exercer en ligne dans des conditions de concurrence, avec un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et des consommateurs, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence* ».

### **2. La stratégie d'un marché unique numérique**

La Commission de l'Union européenne a placé le « Marché unique numérique » au cœur de sa Stratégie qui sera mise en œuvre sous le mandat du président Juncker (COM (2015) 192 final). Avec l'exécution de cette « Stratégie », on cherche à étendre les libertés du marché unique de l'UE au secteur numérique et on vise à stimuler la croissance et l'emploi en Europe. Ainsi, il est estimé que, avec la mise en œuvre de cette Stratégie, on

pourra générer « *jusqu'à 250 milliards d'euros de croissance supplémentaire en Europe durant le mandat de la prochaine Commission, en créant des centaines de milliers de nouveaux emplois, en particulier pour les jeunes demandeurs d'emploi, et une société dynamique basée sur la connaissance* ».

### **3. Le respect des normes de protection des consommateurs**

Pour réaliser cet objectif, la Commission juge indispensable d'éliminer les différences fondamentales entre les environnements en ligne (*online*) et hors ligne (*offline*), ainsi que « *d'éliminer les obstacles à l'activité transfrontalière en ligne* », parmi lesquels elle mentionne expressément « *les différences en matière de droit contractuel et de propriété intellectuelle entre les États membres* ».

C'est pourquoi l'une des initiatives clés pour faciliter, en particulier pour les PME, le commerce électronique transfrontalier consiste à harmoniser les normes de l'UE en matière de contrats et de protection des consommateurs dans le domaine de la vente en ligne. Cela renforcera la confiance à la fois vis-à-vis des achats et des ventes transfrontalières sachant que « *l'une des raisons pour lesquelles les consommateurs et les PME ne participent pas davantage au commerce électronique transfrontalier réside dans le fait que les normes applicables à ces opérations peuvent être complexes, peu claires et différentes entre les États membres* ».

### **4. Un cadre juridique homogène dans l'UE pour la protection des consommateurs**

Dans ce contexte, l'existence d'une réglementation uniforme en matière de protection des consommateurs revêt une



importance fondamentale pour la réalisation de cette initiative. Ce qui impliquera, par ailleurs, des conséquences importantes. En outre, les marchés, considérés dans leur ensemble, fonctionneront de manière plus ordonnée et plus adéquate. En deuxième lieu, les offrants de tous les États membres connaîtront clairement et préalablement à la présentation de leur offre les normes qu'ils devront respecter (voir Art. 4 Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil). Enfin, les consommateurs connaîtront leurs droits avant de réaliser une transaction et, en outre, ils sauront qu'ils ont les mêmes droits dans tous les États membres de l'UE, quel que soit le pays où ils achètent un bien ou commandent un service.

Le principal soutien réglementaire à cet objectif stratégique de la Commission figure dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 38 stipule que « *Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union.* ». Ce précepte est reflété dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui consacre son Titre XV à « La protection des consommateurs » et qui stipule en son article 169 que « *1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à... la promotion de leur droit à l'information, à*

*l'éducation et à s'organiser pour sauvegarder leurs intérêts.* ».

En outre, au deuxième paragraphe, lettre a), il est établi que : « *2. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par : a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur.* ».

Ce renvoi à l'article 114 du TFUE est d'une grande importance, car il prévoit que le Parlement européen et le Conseil « *doivent encourager l'adoption de dispositions législatives visant à rapprocher et harmoniser les normes légales, réglementaires et administratives des États membres, qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.* ». En outre, il est prévu que la Commission quand elle élabore des propositions normatives ayant également pour objet le rapprochement des législations en matière de « *protection des consommateurs, se basera sur un niveau de protection élevé.* ». De plus, il est stipulé que « *dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforceront également d'atteindre cet objectif.* ».

En outre, l'article 115 du TFUE autorise le Conseil à adopter, à l'unanimité et conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, « *des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur.* »



## 5. Observations sur le fonctionnement inefficace du marché intérieur et la Directive 2011/83

Par conséquent, la Commission, par le biais de la « Stratégie » susmentionnée (European Digital Single Market – ESDM – Marché unique numérique européen) reconnaît qu'elle est consciente du fonctionnement inefficace du marché intérieur.

Cette initiative de la « Stratégie-ESDM » se fonde sur une analyse préalable qui a débuté par le processus de « Révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs », promu par la Commission en 2005 et dont les questions fondamentales sont reprises dans le *Livre vert du 8 février 2007*. Tout cela s'était concrétisé dans la Directive 2011/83 du Parlement européen et du Conseil de l'UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (ci-après CRD). Cette Directive est dite « d'harmonisation maximale » et sa réglementation a dû être transposée par les États membres dans leur droit interne, sans que ceux-ci aient pu accroître le degré de protection que la Directive garantit aux consommateurs ni le réduire, excepté dans les cas où la Directive autorisait expressément les États membres à cet égard (Article 4 CRD).

Cette Directive comprend le régime juridique unique des droits des consommateurs et des devoirs des offrants dans les relations d'échange de biens et de services en vue de leur

consommation dans l'UE qui relèvent de son champ d'application (Article 3 DDC). Elle établit une norme réglementaire européenne sur ce marché qui implique un haut niveau de protection des consommateurs (Article 169 TFUE).

Cette Directive de normes maximales représente des bénéfices considérables pour les consommateurs, étant donné que leurs droits sont identiques quel que soit le vendeur auprès duquel ils effectuent l'opération d'achat au sein de l'Union<sup>1</sup>. Mais aussi pour les offrants, car il leur suffit de respecter les obligations que leur impose cette Directive (ou les lois nationales qui transposent la Directive dans leur législation interne, puisqu'elles seront identiques) et non pas les 28 lois différentes des 28 États membres. La Directive contribue également à une augmentation substantielle de la certitude et de la sécurité juridique avec une réglementation moindre.

Le champ d'application principal de cette Directive se concentre sur le canal d'échange de détail qui présente le plus grand potentiel actuellement : *Internet*. Conçu comme espace « transfrontalier » dans lequel le marché intérieur européen peut pleinement se réaliser, sans les imperfections issues des droits des États membres qui se traduisaient par une rétraction tant de l'offre transfrontalière de biens et de services que de leur demande de la part des consommateurs.

---

<sup>1</sup> La terminologie du Livre vert est également reprise par la Commission dans sa communication de livre vert « Un projet pour les citoyens - Produire des résultats pour l'Europe » : « Où que vous soyez dans l'UE ou quel que soit le pays dans lequel se trouve le fournisseur auprès duquel vous réalisez votre achat, cela n'a pas d'importance. Vos droits essentiels sont identiques » COM(2006) 211 final.



La Directive est intervenue concrètement là où se situaient les principaux motifs de méfiance des consommateurs et d'inhibition des vendeurs et des producteurs de biens et des fournisseurs de services dans l'UE. Parmi ces motifs, il convient de souligner le manque d'informations suffisantes préalablement à la souscription du contrat et à la disposition des consommateurs potentiels. En effet, ce manque d'informations engendrait de la méfiance, au point d'inhiber l'acte de consommation ou de vente.

C'est pourquoi, conformément à l'article 169 du TFUE, la Directive régit en détail le contenu et l'étendue du devoir d'information pré-contractuelle des commerçants envers les consommateurs. Mais ce devoir de l'offrant est réglementé avec beaucoup plus de détails lorsque la vente ou la fourniture se fait à distance ou en dehors d'un établissement commercial, et, principalement, via Internet.

La Commission vise à créer un véritable marché intérieur, puisqu'il s'agit là de l'un des principes fondamentaux de la construction européenne, d'une part, avec la réglementation de la conduite des offrants de biens et de services de consommation, moyennant l'imposition d'obligations d'information préalablement à la souscription des contrats. Et, d'autre part, avec l'établissement de contrôles publics de supervision et de discipline.

On peut affirmer que l'on vise ainsi à l'accomplissement d'un intérêt de caractère général. Tout ceci sans préjudice du fait que, dans les relations contractuelles concrètes qui sont établies entre les offrants et les consommateurs ou

les utilisateurs, les obligations fixées par la loi de transposition de la Directive soient incorporées et fassent partie intégrante de la réglementation contractuelle elle-même.

## **6. Inconvénients de ce cadre réglementaire**

Le point faible de cette réglementation réside dans le contrôle de son application. Cette Directive vise à l'accomplissement d'un intérêt général : la réalisation d'un véritable marché intérieur européen. Toutefois, la réalisation de cet objectif dépend du respect ou, le cas échéant, de la réaction *ex post*, des parties qui dénoncent le non-respect, soit auprès des autorités administratives soit, le cas échéant, auprès des tribunaux de justice.

Ceci souligne les carences suivantes : a) il n'existe pas de mécanisme efficace qui assure, *ex-ante*, que l'offre contractuelle satisfait aux exigences concrètes imposées par le CRD, et b) il n'existe aucun mécanisme efficace de contrôle du respect par l'offrant des obligations pré-contractuelles d'information qui lui sont imposées quand il souscrit un contrat avec un consommateur. Ces lacunes sont d'ailleurs particulièrement importantes lorsque l'offre et la souscription du contrat sont effectuées sur Internet.

La Directive est également consciente que ces lacunes peuvent être couvertes par les États membres, du moins en partie, moyennant l'adoption de réglementations de droit interne (dans les domaines de compétence ne relevant pas des Institutions européennes).

## **7. Les notaires peuvent jouer un rôle très important dans le Marché unique numérique : proposition espagnole sur un**



## **Sceau Notarial de Conformité dans les Conditions générales des contrats**

Si l'on tient compte du fait que, dans les pays de droit civil continental, l'autorité publique ou le fonctionnaire qui réunit les exigences d'impartialité et d'indépendance est le notaire, et que, de plus, c'est l'autorité qui est autorisée à intervenir dans la passation des contrats conclus entre particuliers, afin de garantir, substantiellement, qu'ils sont conformes à la loi impérative et à l'ordre public, on peut alors envisager qu'il puisse assumer un rôle dans le marché unique numérique dans la phase pré-contractuelle des transactions en ligne.

Les notaires sont l'autorité compétente pour garantir que les parties respectent les normes impératives et l'ordre public quand elles souscrivent des contrats.

Et, en particulier, ils peuvent assumer les fonctions qui consistent à veiller à ce que les consommateurs reçoivent des informations pré-contractuelles suffisantes et des conseils impartiaux sur le risque juridique et économique auquel ils seront exposés s'ils accordent leur consentement.

De plus, le notaire est en mesure de remplir sa fonction, en tant que *gatekeeper* ou garant *ex-ante*, dans le domaine très important de la souscription de contrats portant sur des biens meubles ou des services en ligne de la part des consommateurs. Et, en outre, il peut garantir le respect de la norme européenne assurant un degré élevé de protection des droits des consommateurs, conformément à la Directive 2011/83.

D'autre part, les notaires peuvent garantir que l'offre en ligne des biens et services

est conforme aux Conditions générales, pré-rédigées et pré-établies. Jusqu'à présent, l'offrant publie sur son site Internet ses Conditions générales et les met à la disposition du consommateur qui souhaite acquérir ses biens ou ses services. Actuellement, ces Conditions ne sont examinées par aucune autorité avant d'être incorporées dans le site Internet de l'offrant. Aucune autorité ne vérifie si elles respectent le niveau élevé de protection des consommateurs européens. Par conséquent, il n'existe aucun système public qui contrôle « *ex-ante* » le respect de la loi dans le domaine du commerce électronique de biens et de services. En d'autres termes, le droit fondamental à la protection des consommateurs, en tant que principe d'ordre public communautaire, n'est que très modérément protégé dans la phase pré-contractuelle. On s'en remet donc entièrement au principe d'auto-responsabilité des offrants (qui rempliront leurs obligations), à la diligence pré-contractuelle des consommateurs (qui exerceront leurs droits de manière ponctuelle et responsable) et, le cas échéant, à la protection « *ex-post* », inefficace, devant les tribunaux, à laquelle les consommateurs recourent quand leurs intérêts seront lésés, pour autant qu'ils aient les moyens de financer un tel recours.

Par conséquent, si les notaires pouvaient examiner les Conditions générales des contrats en ligne de biens et de services destinées aux consommateurs, avant que l'offrant ne les publie sur son site Internet, et si, après les avoir examinées, ils pouvaient indiquer qu'elles sont conformes aux dispositions de l'article 6 de la CRD, ils pourraient renforcer la



confiance des consommateurs dans le fait que leurs droits à l'information durant la phase pré-contractuelle ont été respectés. De plus, et, par ailleurs, cela stimulerait – sans imposition, en guise de *soft law* (droit indicatif) – le respect et la conformité de cette norme commune européenne qui contraint tous les offrants de la même manière (ces normes sont également des normes qui régissent la concurrence), ainsi que la protection des consommateurs.

Et cette conformité pourrait être exprimée moyennant l'apposition d'un « Sceau notarial de conformité » (SNC) aux Conditions générales ayant passé avec succès le contrôle de conformité avec les obligations d'information pré-contractuelle établies par l'article 6 de la CRD. Le SNC pourrait ainsi être utilisé par les « bons offrants » comme un « label de qualité ».

Ainsi, même si le consommateur ne lit pas le contenu des Conditions générales – ce qui est généralement le cas – il pourra néanmoins être assuré que l'offrant respecte ses obligations, étant donné que le notaire aura réalisé préalablement un examen de comparaison et de conformité des Conditions générales par rapport aux dispositions de l'article 6 de la CRD et que, par conséquent, lesdites Conditions respectent ses droits.

Bien entendu, et dans tous les cas, l'offrant devrait solliciter volontairement que ses Conditions générales soient approuvées moyennant apposition du SNC.

Le « Sceau notarial de conformité » (SNC) impliquerait entre autres effets:

- Que l'offrant a satisfait aux normes de protection des

consommateurs/utilisateurs établies dans l'article 6 de la Directive 2011/83.

- Que les Conditions générales portant le SNC seront publiées sur le site Internet du Notariat national, en vue de leur consultation et téléchargement, aussi bien par les personnes intéressées que par les Autorités, avec un Code sécurisé de vérification (CSV).

- Que le consommateur peut être assuré, quand il voit le label « SNC », que les droits qui lui sont reconnus par l'article 6 de la CRD ont été respectés.

- Que le consommateur peut être assuré que les Conditions générales des contrats déposées auprès du Notariat sont les conditions applicables et qu'elles respectent les droits qui lui sont reconnus dans l'article 6 de la CRD.

Que la formation juridique approfondie et solide des notaires européens leur permet de réaliser cette fonction pour garantir la sécurité des consommateurs. Ce qui aura un impact direct sur l'augmentation de la disposition des consommateurs à acquérir en ligne des biens et des services, que les offrants soient situés dans leur propre pays ou dans un autre pays de l'UE.

Le notariat peut ainsi contribuer avec la Commission de l'Union européenne à la « Stratégie pour un marché unique numérique » de cette dernière. Et ce, avec la conviction que son intervention générera une plus grande confiance parmi les offrants et les consommateurs et que, par conséquent, le commerce européen en ligne de biens et de services se développera.

En outre, les notaires ont réalisé un investissement important en technologie, de manière à pouvoir fournir leurs services



sur le marché unique numérique. Cela implique, concrètement, qu'ils peuvent recevoir des offrants par voie télématique les propositions de Conditions générales des contrats, que le notaire compétent peut les examiner, après les avoir reçues par voie électronique, et que, après un contrôle favorable du respect des dispositions de l'article 6 de la CRD, le notariat du pays de l'offrant peut leur apposer le « Sceau notarial de conformité » et peut publier ces Conditions avec leur « Sceau » dans une section déterminée de son site Internet, à la disposition de tous les consommateurs qui souhaiteraient les examiner.

Bien entendu, après avoir ajouté le SNC, le notaire peut renvoyer les Conditions générales des contrats à l'offrant, avec un Code sécurisé de vérification (CSV) afin qu'il les publie sur son site Internet s'il le souhaite ou qu'il établisse un lien sur son site Internet avec le site Internet du Notariat national et, concrètement, avec la section où sont hébergées ses Conditions générales. Le consommateur pourrait alors télécharger les Conditions générales portant le SNC, qui sera toujours garanti grâce au CSV délivré par le Notariat, sur le site Internet de l'offrant ou sur le site Internet du Notariat où ces Conditions sont hébergées.

Les Conditions générales seront disponibles dans la langue de l'État de l'offrant, ainsi que dans la langue des pays auxquels l'offrant adresse son offre, comme le prévoit la CRD.

Toutefois, le Notariat où sont hébergées les Conditions générales des contrats accompagnées du SNC délivrera à la demande de l'offrant un Certificat multilingue, selon le modèle approuvé

(par exemple, par le CNUE ou par la Commission européenne), attestant que les Conditions générales des contrats (CGC) sont conformes aux obligations fixées par l'article 6 de la CDR. Ce Certificat accompagnera les Conditions générales bénéficiant du SNC.

Conformément à cette proposition, le notaire compétent vérifiera que les Conditions générales sont conformes à l'article 6 de la CRD et ajoutera le SNC. D'une manière générale, il peut être décidé que, étant donné que l'article 6 de la CRD a une application générale dans l'ensemble de l'UE, l'offrant peut présenter ses Conditions générales au notaire de sa résidence habituelle. En d'autres termes, on peut dire qu'il suffirait qu'un notaire examine les Conditions générales et que ledit notaire peut être aussi bien le notaire de la résidence habituelle de l'offrant que celui de l'une quelconque de ses succursales dans un État membre UE, ou encore un notaire de l'un quelconque des États membres de l'UE auquel l'offrant adresse son offre.

À cet égard, il convient de rappeler que l'article 6 du règlement ROME I stipule que; si l'une des parties au contrat est un consommateur, le contrat « est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle ». Lorsque « la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle » est la loi nationale qui a transposé l'article 6 de la CRD, le contrôle de la conformité des Conditions générales avec ledit article pourra être réalisé par un notaire de cet État membre. En tout état de cause, le résultat sera substantiellement le même si le contrôle de conformité est effectué par le notaire de la résidence habituelle de l'offrant,



étant donné que sa loi nationale – qui aura transposé l'article 6 de la CRD – aura le même contenu que « la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle ».

Si l'on considère que l'article 6 de la CRD impose aux offrants le respect d'obligations d'information pré-contractuelle (droits auxquels « les consommateurs ne peuvent pas renoncer »), et que le notaire peut assurer le contrôle selon lequel les Conditions générales des offrants satisfont à l'article 6 de la CRD, il peut être conclu que la responsabilité du notaire est réduite : le notaire devrait uniquement contrôler que les offrants respectent leurs obligations conformément à l'article 6 de la CRD. Le notaire contrôlera uniquement le respect de ces obligations et, par conséquent, il ne contrôlera donc pas le respect des obligations établies par la Directive 93/13 ni par d'autres directives concernant les droits des consommateurs.

Il convient de rappeler que l'article 4 de la CRD établit que : « *Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente Directive , notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente Directive en dispose autrement* ». Il convient également de rappeler que les dispositions établies par l'article 6 de la CRD sont impératives (Article 4 de la CRD) et que, par conséquent, elles sont identiques dans l'ensemble de l'Union européenne, et que l'interprétation de ces dispositions par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE sera applicable dans tous les États membres.

Conformément à cette proposition, le coût de l'intervention notariale qui, en conséquence, impliquerait le contrôle de la conformité des CGC avec les obligations imposées par l'article 6 de la CRD, l'apposition du SNC et l'hébergement des Conditions générales sur le site du Notariat, ainsi que leur téléchargement par les consommateurs, serait à la charge de l'offrant.

En outre, le coût de l'élaboration du Certificat multilingue des Conditions générales accompagnées du SNC, et de son hébergement sur le site Internet du notariat, ainsi que de son téléchargement par les consommateurs moyennant utilisation du CSV, sera à la charge de l'offrant.

Sur la base de ce qui précède, le notariat doit envisager l'opportunité de susciter l'examen, la réflexion et le débat concernant son intervention tant au stade pré-contractuel qu'au stade contractuel des biens meubles et des services, avec une attention particulière pour les transactions réalisées en ligne.

Il s'agit assurément d'une initiative qui serait facile à mettre en œuvre dans les pays qui connaissent la figure du « civil law notary » ou notaire de droit civil. Dans les pays qui n'ont pas de notariat, cette compétence peut être attribuée au fonctionnaire qui serait désigné à cet effet par l'État membre concerné.

En tout état de cause, il convient de tenir compte du fait que le SNC qui est attribué à des Conditions générales homologues ces Conditions pour tous les citoyens de l'UE et que tout citoyen qui achète des produits auprès d'un offrant européen pourra les obtenir par voie électronique,



qu'il soit un citoyen de l'UE ou d'un pays tiers et que le consommateur se trouve dans l'UE ou en dehors de l'UE. Par conséquent, le SNC peut également avoir des effets au-delà de l'UE, étant donné qu'un consommateur non communautaire peut comprendre à quel point il est important pour lui d'acquérir un bien en vertu de Conditions générales bénéficiant du SNC, ce qui pourra l'amener à préférer conclure des transactions avec les offrants qui disposent de ce SNC puisque, de cette façon, il sera protégé par une norme de protection plus stricte établie par l'article 6 de la CRD que s'il acquiert le bien auprès d'une autre offrande.

Enfin, on peut signaler quelques-uns des avantages que le SNC pourrait apporter :

Pour l'offrant : Avec le contrôle notarial et le SNC, il s'acquitte de son obligation singulière vis-à-vis de chaque acheteur en ce qui concerne les obligations que lui impose l'article 6 de la CRD.

Le Notariat, en tant que tiers de confiance, assure que le contenu des clauses est conforme aux obligations qu'impose l'article 6 de la CRD à l'offrant.

L'offrant bénéficiant du SNC :

- a. Donne une plus grande confiance aux acquéreurs potentiels.
- b. Renforce sa marque, son offre et son professionnalisme.
- c. Se distingue comme membre des « bons offrants ».

Pour le marché unique numérique : Le fonctionnement amélioré du marché et de la concurrence est renforcé, en conséquence du contrôle du respect des obligations établies par l'article 6 de la CRD.

Pour le consommateur : Il améliore sa position juridique, étant donné que, dans la réalité, il ne lit pas les Conditions générales et réagit toutefois quand il réalise que ses droits n'ont pas été respectés. Ce qui fait que, dans certains cas, il ne réagit pas par manque de connaissances et, dans d'autres, il prend part à des recours collectifs qui entraînent un recul de la consommation par méfiance.

De ce point de vue, le notariat veille au respect par l'offrant des droits des consommateurs reconnus par l'article 6 de la CRD et favorise le renforcement du Marché unique numérique. Et le consommateur fait confiance au notariat comme garant des droits qui lui sont reconnus dans l'article 6 de la CRD.

Si le consommateur sait que les Conditions d'un offrande ont été évaluées par le notariat et que, de ce fait, elles bénéficient du SNC, il sera plus prédisposé à réaliser des achats et, en outre, il disposera d'un élément lui permettant de distinguer les offrants titulaires du SNC de ceux qui ne bénéficient pas de ce sceau.

Pour le notariat : Cela renforce l'image du notaire en tant que garant du respect des droits que l'article 6 de la CRD reconnaît aux consommateurs, du renforcement du Marché numérique et de la Stratégie qui vise à son établissement.

### **III. Le notariat et les sujets du commerce électronique**

#### **1. La position du notariat par rapport aux sujets du commerce électronique**

L'un des éléments essentiels de toute transaction juridique est l'identification



correcte des sujets qui participent à la transaction, la vérification de leur capacité, de leur légitimité pour conclure ladite transaction et de l'existence de facultés ou de pouvoirs suffisants. Toutes ces tâches relèvent pleinement de l'intervention notariale dans le monde physique et sont exercées par le notariat continental avec beaucoup de succès et avec un taux de litige extrêmement faible.

L'introduction d'une démarche similaire sur le marché numérique est une question de débat complexe, étant donné que l'intervention notariale est fondamentalement et essentiellement physique, directe et personnelle et que l'évaluation de son intervention dans un environnement non physique, indirect et électronique ne peut pas négliger ce concept.

Toutefois, si l'on envisage l'intervention des notaires dans l'environnement numérique, il est logique de réfléchir à l'une ou l'autre forme d'intervention visant à vérifier l'identification et la capacité des sujets qui opèrent dans le commerce numérique, qu'il s'agisse des utilisateurs ou des entreprises.

Pour les utilisateurs, un premier groupe de bénéficiaires de l'intervention notariale comprendrait les mineurs, les personnes dont la capacité est limitée et leurs représentants, afin que les personnes intéressées soient les personnes concernées par ladite intervention, mais aussi leurs représentants légaux, parents ou tuteurs, qui auraient la garantie de surveillance ou de contrôle. De plus, cela permettrait d'accorder une certaine autonomie aux personnes affectées par une modification judiciaire de leur capacité légale, sous réserve, toutefois,

dans tous les cas, du contrôle préventif d'accès à certaines transactions. Par exemple, il existe des restrictions qui empêchent une personne de compromettre son patrimoine sur des sites Internet de paris en ligne, de la même manière qu'il existe des restrictions à l'accès physique à certaines salles de jeux ou à certains casinos.

Même les majeurs d'âge qui ne sont pas soumis à des restrictions de capacité peuvent requérir ou juger opportun un système d'identification préalable des personnes avec lesquelles ils interagissent en ligne. Par exemple, un adulte peut souhaiter avoir l'assurance qu'il établit des relations avec d'autres adultes sur un réseau social, ou que l'origine des commentaires qu'une personne publie sur un média numérique public peut être identifiée de façon à ce que le contrevenant puisse être poursuivi de manière adéquate s'il publie des commentaires délictueux.

Le deuxième groupe est celui des entreprises ou des personnes qui fournissent des services en ligne. Cela pourrait servir à renforcer leur marque et à accroître leur réputation en ligne, tout en garantissant le respect de leur obligation légale éventuelle de vérifier qu'ils fournissent le service demandé aux personnes qui sont en mesure de le solliciter. C'est le cas, par exemple, quand l'entreprise doit vérifier qu'elle vend de l'alcool à un majeur d'âge.

Mais d'un autre côté, les entreprises peuvent aussi susciter cette confiance et cette sécurité en s'identifiant de manière opportune dans leurs communications, sur leurs sites Internet ou les réseaux sociaux. Qui nous dit qu'une entreprise qui situe



son activité sur Google est celle qu'elle prétend être ? Il est vrai qu'il existe des comptes vérifiés, mais nous ne parlons pas ici des grandes compagnies que nous connaissons tous. Nous parlons des PME. Nous parlons de la sécurité juridique. Par conséquent, qui est mieux placé que le Notariat pour offrir cette garantie, de manière sûre et immédiate ?

## **2. Identification et capacité numérique**

### *2.1. Identification de l'entrepreneur numérique*

À l'heure actuelle, dans le domaine du commerce électronique, il n'existe aucune institution publique et aucun tiers impartial officiel qui garantit l'identité de l'entreprise ou du professionnel qui offre des biens et des services, préalablement à la conclusion de la transaction juridique, et toute action de vérification ou de réclamation se fait *ex-post*.

Dès lors, une identification pertinente de l'entrepreneur numérique et des moyens dont il dispose pour réaliser des ventes ou fournir des services en ligne, depuis un site Internet, une application ou un réseau social, pourrait accroître la confiance du consommateur qui aurait la certitude que la personne qui réalise une offre sur Internet est bien celle qu'elle prétend être. En définitive, il s'agirait de garantir que, dans tous les cas, le consommateur puisse identifier le titulaire réel d'un site Internet ou d'une application.

Ces entreprises ou ces professionnels doivent fournir des informations au consommateur afin de respecter toutes les obligations qui leur sont imposées non seulement par la réglementation communautaire, mais également, de manière complémentaire, par leurs

réglementations nationales respectives. De même, ils doivent être en mesure de garantir la restitution du produit ou sa réparation en cas de défaut de conformité. La nécessité de savoir auprès de qui, où et sur la base de quelle réglementation exercer ses droits peut être fondamentale pour le consommateur.

Toutefois, le notaire doit continuer de s'abstenir d'intervenir dans l'activité commerciale même des entreprises auxquelles il fournit le service, de manière à ne pas perdre son statut de tiers impartial. Autrement dit, le notaire peut contribuer au commerce numérique, mais il doit veiller scrupuleusement à ne pas se convertir en un commerçant numérique.

### *2.2. Identification du consommateur numérique*

La question, logique d'ailleurs, qui se pose d'ores et déjà est de savoir si l'identification du consommateur dans l'environnement numérique est souhaitable ou nécessaire. La réponse semble de plus en plus claire : oui, il convient de donner aux personnes qui opèrent comme acquéreurs ou contractants dans le numérique un moyen sans équivoque de s'identifier dans leurs transactions en ligne.

La question suivante est de savoir comment cette identification peut se concrétiser et la réponse est une réponse clairement ouverte. Tout d'abord et dans l'immédiat, il faut penser à la signature électronique, surtout après le règlement (UE) numéro 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 (Règlement eIDAS), qui peut être un moyen d'identification du signataire



valide, tout comme pourrait l'être l'empreinte digitale ou toute forme d'identification biométrique. Ces méthodes d'identification électronique sont progressivement intégrées dans les documents d'identification nationaux dont certains, comme le document d'identité espagnol, comprennent la signature électronique, et dont d'autres sont en train de l'incorporer.

Par exemple, en Espagne, le document national d'identité traditionnel est valable, en soi, non seulement pour prouver l'identité de son titulaire, mais aussi d'autres données à caractère personnel telles que sa nationalité. Ce concept a évolué vers le document national d'identité électronique (Dnie), qui est actuellement l'outil d'identification télématique le plus répandu dans notre pays, du moins potentiellement, étant donné que, selon les données officielles de la Police nationale et du ministère de l'Intérieur, plus de 45 millions de Dnie ont été délivrés, ce qui nous donne une idée du potentiel que possède ce document pour populariser la signature électronique.

Mais le fait que l'on ait délivré autant de documents d'identité électroniques ne signifie pas que leur utilisation est tout aussi répandue : tous ces documents n'ont pas été délivrés simultanément, ils ne sont pas tous opérationnels et il n'y a pas partout des lecteurs de cartes intelligentes. En fait, le pourcentage d'utilisateurs en Espagne qui l'avaient utilisé à l'une ou l'autre occasion en 2016 était inférieur à 15 % pour les relations avec les administrations publiques et inférieur à 5 % pour les relations avec les entreprises privées, comme la banque en ligne.

Par conséquent, le fait d'avoir une carte d'identité électronique, gratuite, officielle et délivrée par les administrations publiques d'un pays, ne semble pas, pour l'instant, garantir que cette identification électronique ait réussi à exécuter sa fonction.

Ensuite, il convient de réfléchir à la nécessité de documents ayant un objet plus étendu, qui fournissent, en plus de la signature, certains types d'attributs permettant une meilleure connaissance et sécurité de l'identité, voire une certaine capacité légale de la personne qui les utilise et qui peuvent être utilisés de manière universelle. En bref, la question est la suivante : Peut-on développer un concept d'identification numérique unique combinant toutes les différentes identités virtuelles ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer l'identification de la personne, physique ou morale, de l'identité ou des identités qui peuvent être utilisées dans l'environnement numérique en général et dans le commerce en ligne et social en particulier, étant donné qu'une même personne peut être s'identifier dans différents services électroniques ou réseaux sociaux avec différents profils, publics ou privés.

Le terme « identité » peut être défini comme l'ensemble des traits propres à un individu qui le distinguent des autres. Nous pouvons extraire ici trois points fondamentaux du concept d'identité : en premier lieu, l'élément objectif (l'ensemble des traits), en deuxième lieu, l'élément subjectif (son lien de connexion est une personne) et, en troisième lieu, l'élément de différenciation ou de cohésion entre le subjectif et l'objectif.



Cet élément de cohésion est toujours une personne physique ou morale. Pour cette raison, même si un utilisateur unique possède plusieurs profils, comptes ou identités virtuelles, s'il y a toujours une personne physique ou morale derrière cet utilisateur, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il convient que cette personne soit identifiée, par exemple dans le cas de l'accès au commerce électronique.

Cette identification peut avoir lieu à deux moments : soit lors de l'accès au Réseau, si l'on envisage d'exiger une identification claire chaque fois qu'un sujet accède à Internet, soit lors de l'accès ponctuel à certains réseaux sociaux, lors de l'acquisition de certains produits ou de la souscription de certains services, y compris tout site Internet ou tout service susceptible de créer une relation significative du point de vue économique ou personnel, comme les sites de jeux en ligne, de vente de produits, les réseaux sociaux, les forums, etc.

Par conséquent, si la réponse est positive, nous devrions songer à l'entité qui pourrait ou devrait délivrer ces documents d'identité ou ces identifiants numériques et, le cas échéant, déterminer si nous, les notaires, pourrions être intéressés et en mesure de délivrer ces documents et identifiants.

### *2.3. Capacité légale numérique*

Une question intrinsèquement liée à la question précédente est de savoir si on pourrait envisager le développement d'un concept de capacité numérique, de sorte que le certificat électronique d'identification comporte, en plus de l'identité du titulaire, d'autres données

objectives permettant d'apprécier un indice de capacité chez le contractant, comme la majorité ou l'absence de restrictions à la souscription libre de contrats.

Pour illustrer cette idée, nous allons nous référer au concept du notarisID développé par le notariat des Pays-Bas. Tout d'abord, nous devons clarifier son champ d'action et les effets qu'il peut produire. L'évaluation de la capacité d'une personne ne peut en aucun cas se faire de manière générale et a priori, indépendamment d'une procédure judiciaire de déclaration d'incapacité sous tutelle judiciaire, ce qui signifie que la délivrance d'un identifiant numérique ne relèverait pas d'un jugement notarial général sur la capacité de la personne, mais simplement de la constatation de l'absence d'une restriction judiciaire de la capacité.

La question logique que les notaires, tout au moins, doivent se poser est la suivante : un tel système pourrait-il mettre fin, indirectement, au jugement notarial de capacité ? La réponse, bien que complexe, doit être négative.

La raison est que si la transaction que l'on souhaite conclure appartient à la sphère des documents publics, c'est le notaire qui constate l'identité de la personne, si elle est majeure ou pas, c'est lui qui réalise le jugement de capacité pour déterminer si la capacité est limitée ou non, pour déterminer que la personne n'est pas contrainte ni enduite en erreur, qu'elle est en mesure de connaître les effets de l'octroi de son consentement, que sa volonté est effectivement exprimée dans le document, etc. Ce jugement notarial de la capacité d'une personne est une question extrêmement délicate et



complexe qui ne peut pas être enregistrée telle une simple donnée dans un jeton ou dans une *smart card* ou carte intelligente.

Toutefois, dans les opérations à caractère exclusivement privé, telles que les opérations dérivées du commerce électronique, le notaire n'est pas présent pour vérifier la capacité de la personne. Ce sont les parties elles-mêmes qui doivent s'en assurer. C'est ici que ces systèmes d'identifiant numérique pourraient trouver leur place, en apportant un complément de diligence à la procédure ordinaire.

### 3. Le projet des Pays-Bas : notarisID

Aux Pays-Bas, on a commencé à développer un système d'identification en ligne de personnes au moyen de certificats notariés, sous le nom de notarisID, qui se présente comme un moyen d'identification qui est entièrement conforme à la réglementation du règlement (UE) numéro 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 (Règlement eIDAS).

Ce projet vise à offrir aux personnes qui sollicitent la prestation de services dans le secteur privé et auprès des administrations publiques un moyen électronique d'identification leur permettant de conclure des transactions sans équivoque par voie numérique.

Il convient de souligner, afin de circonscrire le projet et les implications éventuelles du concept, qu'il ne se substituerait en aucun cas à l'identification notariale traditionnelle pour les transactions qui requièrent une telle identification comme les transactions immobilières ou la constitution de sociétés commerciales.

Cette forme d'identification est l'équivalent d'une attestation d'identité électronique délivrée par le Gouvernement des Pays-Bas (DigID) et est donc une option alternative à cette forme d'identification. Il faut également tenir compte du fait, comme nous l'avons dit, que certains pays comme l'Espagne ont déjà leur carte d'identité électronique.

Elle présente toutefois plusieurs particularités pour la réflexion. Tout d'abord, ces certificats ne sont pas délivrés par l'administration publique, la Sécurité sociale ou la police, mais par le notariat des Pays-Bas. La raison est que les notaires se sont positionnés en tant que garants idéaux de la confiance en matière d'identification des personnes et qu'ils tentent d'étendre cette sécurité à l'identification en ligne : c'est le notaire qui délivre le certificat après une identification physique de l'utilisateur dans son bureau et qui transfère ce certificat dans l'application notarisID que l'utilisateur a installée sur son téléphone mobile et qu'il pourra utiliser par la suite, conjointement à un code PIN qui est choisi par l'utilisateur lui-même.

La deuxième et importante particularité est que les données personnelles des utilisateurs sont protégées dans tous les cas, étant donné que, d'une part, c'est l'utilisateur lui-même qui contrôle les données ou attributs à inclure dans le certificat et, d'autre part, la donnée concrète n'est en aucun cas transférée ou communiquée. La question posée par le prestataire de services recevra une simple réponse sous forme de oui/non. Par exemple, pour connaître la majorité ou la minorité d'âge d'une personne, le système ne restitue pas la date et le lieu de



naissance, mais une réponse oui/non à la question « Est-il majeur ? ».

La troisième particularité est que le certificat n'a aucun coût pour les utilisateurs du service.

#### **IV. La relation entre *blockchain*, les notaires et le commerce électronique**

##### **1. La confiance notariale et la confiance numérique**

Le notariat trouve sa raison d'être dans la confiance, qui est basée à la fois sur la sécurité juridique que transmet le notaire en tant que professionnel compétent pour la résolution de problèmes juridiques complexes, et sur la garantie que les conséquences des transactions juridiques des utilisateurs seront celles qu'ils auront prévues et escomptées.

Le système notarial est fondé sur le concept de la sécurité juridique préventive, en vertu duquel le notaire conseille les personnes intéressées, établit et rédige des actes authentiques qu'il conserve dans les archives ou minutes, garantissant leur existence, leur inaltérabilité et l'intérêt légitime de quiconque accède à ces documents. Le système notarial suscite ainsi une confiance légale et une sécurité juridique qui couvrent les phases antérieure, présente et postérieure de toute transaction juridique.

Aujourd'hui, la confiance des utilisateurs et des administrations publiques dans le service notarial est incontestable. Mais il est tout aussi évident que la situation technologique actuelle permet d'obtenir

services un type de confiance électronique, mathématique ou numérique qui peut interférer ou coïncider avec la confiance notariale.

Cette confiance numérique est basée sur le chiffrement et sur les algorithmes, des concepts qui sont tous deux étroitement liés. Concrètement, le chiffrement est une technique qui permet, par l'utilisation d'algorithmes, de masquer une information et de faire en sorte qu'elle soit uniquement visible pour la personne qui est capable de la déchiffrer, c'est-à-dire la personne qui aura pu accéder à l'algorithme qui a permis de chiffrer ou de crypter l'information. Nous trouvons ici un lien clair entre la confiance analogique et la confiance numérique : la certitude quant à la conséquence, la confiance que nous obtiendrons une réponse concrète à un postulat déterminé.

Ce concept semble en principe relégué à des opérations mathématiques ou scientifiques, mais les nouvelles techniques de cryptage, les applications croissantes des algorithmes et même à l'avenir la combinaison des deux avec l'intelligence artificielle ont pour effet d'intégrer graduellement ce concept de logique ou de confiance mathématique dans le domaine documentaire, lorsque l'information analysée, chiffrée ou transmise est une donnée différente d'un numéro ou d'une solution mathématique.

En d'autres termes, les applications du cryptage, de la chaîne de blocs ou de l'intelligence artificielle dans le domaine juridique commencent à se convertir en une réalité. Cela suscite un débat sur le type de confiance qui est le plus efficace, sur la complémentarité des deux types de confiance, sur l'opportunité d'accorder la



priorité à l'un de ces deux types de confiance par rapport à l'autre, tout en les maintenant tous deux, sur l'opportunité d'éliminer le type de confiance le moins efficace au profit du type le plus efficace. Il s'agit d'un conflit similaire à celui que nous avons connu il n'y a pas si longtemps lorsque l'on a commencé à parler de la signature électronique et des antagonismes possibles avec la fonction notariale.

En effet, le règlement (UE) numéro 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 (Règlement eIDAS) relatif à l'identification électronique et aux services de confiance pour les transactions électroniques sur le marché intérieur intègre pleinement le concept de confiance électronique, même si le règlement n'affecte pas le droit national ni celui de l'Union en ce qui concerne la conclusion et la validité des contrats ou des autres obligations légales ou de procédure relatives à la forme.

Par conséquent, il est clair que, pour l'instant, l'objet du règlement n'est pas de remplacer la confiance traditionnelle par la confiance électronique dans tous ses aspects, y compris l'aspect notarial, étant donné qu'il ne produit aucun changement et aucun effet sur le régime des documents publics et privés. Nous devons donc continuer de veiller à l'établissement des documents publics par devant le fonctionnaire compétent, qui est généralement le notaire. En outre, le considérant 21 précise que le règlement ne doit pas non plus affecter les exigences nationales de format des registres publics, en particulier des registres fonciers et des registres du commerce, ce qui implique clairement que les normes relatives à

l'inscription de documents dans les registres nationaux ne seront pas non plus concernées. Mais il est également clair que cette confiance électronique commence à être acceptée de manière réglementaire et à être dotée d'effets juridiques, en particulier des effets de procédure.

## **2. La confiance électronique est-elle infallible ?**

Si la sécurité juridique que nous offre la confiance numérique est si claire, nous pouvons alors nous poser la question suivante : y a-t-il des erreurs dans les algorithmes ?

La confiance dans la prévisibilité du résultat résulte de la confiance dans l'algorithme utilisé et dans son programmeur, de l'efficacité de sa programmation et de la fiabilité des données qui sont utilisées et traitées, de telle manière que nous pouvons avoir la certitude absolue que, si la donnée est correcte et que l'algorithme a été bien programmé, le résultat sera également correct.

La réponse devrait être affirmative, mais il est indéniable qu'il existe une multitude d'occasions durant lesquelles l'algorithme peut présenter une erreur : des données erronées, des interprétations inappropriées ou des processus incorrects ou des erreurs dans le code source ou dans l'interface, et même une mauvaise connexion entre les dispositifs générateurs de données peuvent aboutir à un résultat différent du résultat logique.

C'est à ce stade que nous devons nous interroger sur la compatibilité entre les deux types de confiance. En effet, il ne s'agit pas seulement d'avoir confiance



dans l'algorithme ou dans la chaîne de blocs, mais aussi dans le sujet qui introduit, traite et interprète les données. Autrement dit, pour que la confiance objective puisse déployer tous ses effets, il est possible que nous devions recourir à une confiance subjective.

### 3. La compatibilité entre les deux types de confiance

À l'instar de l'effet de complémentarité et d'enrichissement pour la fonction notariale de l'introduction de la signature électronique, ces nouvelles formes de confiance numérique peuvent également être compatibles avec l'activité notariale. En fait, non seulement elles peuvent, mais elles doivent être compatibles car la confiance analogique ne peut survivre seule dans un monde de plus en plus numérisé, et inversement, la confiance électronique ne peut pas non plus se passer de personnes ou de systèmes analogiques ou traditionnels de confiance, si on souhaite qu'elle puisse déployer pleinement ses effets, ne fût-ce que d'un point de vue strictement juridique.

La menace à cet égard ne provient peut-être pas tant de la chaîne de blocs que de l'intelligence artificielle, quand, à l'avenir, elle sera à même de se superposer, voire de se substituer au professionnel qualifié. Aujourd'hui, cette affirmation n'est pas encore une menace réelle, car l'état de la technique actuelle permet uniquement son application pour des algorithmes simples, exempts de contradictions, de paradoxes et de décisions interdépendantes.

### 4. La localisation de la *blockchain* dans le système légal

La confiance électronique dans la chaîne de blocs ou *blockchain* est l'un des types de confiance électronique qui semblent les plus prometteurs. Pour les uns, c'est un bond gigantesque et révolutionnaire, quel que soit son domaine d'application. Pour d'autres, cela n'apporte absolument rien aux transactions juridiques. Quoi qu'il en soit, son importance économique et technique est incontestable, sachant que l'on prévoit, en 2017, que 75 % des institutions financières et, selon IBM, 20 % des plus grandes institutions financières, aient une solution basée sur la *blockchain* à des fins d'usage quotidien, même avec des applications contractuelles. Le marché *fintech* a décollé et, avec lui, l'*insurtech* et même le *legaltech*.

La *blockchain* n'est ni plus ni moins qu'une chaîne qui commence par un premier bloc, qui est connecté de manière inaltérable et permanente avec le bloc suivant, et ainsi successivement et sans interruption, sans possibilité d'espaces vides entre les blocs, avec, dans chaque bloc, un registre qui comprend, pour chaque transaction qui a été incorporée dans la chaîne, un hash avec des données relatives à son existence, sa date et son heure exactes.

Ces blocs et la chaîne à laquelle ils appartiennent sont apparus pour enregistrer des transactions en Bitcoin, mais l'idée d'ajouter à la transaction enregistrée dans la chaîne de blocs une référence à un fichier informatique, qui peut être tout type de document, même un texte, s'est rapidement développée. Et si la référence ajoutée peut être un texte, il peut aussi s'agir d'un contrat ou d'une déclaration de volonté qui, après avoir été archivé ou enregistré dans la *blockchain*, peut générer une apparence de



connaissance du contenu, de l'absence de modification et de son existence avec cette teneur concrète à une date et à une heure déterminées.

Le notariat possède à son actif plusieurs aspects essentiels qui font défaut à la chaîne de blocs en soi, tels que le contrôle de la légalité individuelle que réalise chaque notaire, le statut d'autorité ou de fonction publique dans de nombreuses législations et la responsabilité civile et même pénale dans certains cas du notaire en ce qui concerne le document et le minutier. En d'autres termes, dans le système actuel, c'est le notaire qui est responsable. Mais nous ignorons qui répond du fonctionnement de la *blockchain*, même si, théoriquement, nous pourrions identifier des responsables si la chaîne de blocs est privée.

Par ailleurs, la valeur du document enregistré dans la *blockchain* doit être claire : il s'agit en tout état de cause d'un document privé, dont aucune copie n'est conservée dans la *blockchain*. Ce système ne peut donc pas se substituer à la fonction du notaire en tant que depositaire des documents originaux signés par les parties. Une toute autre question est la valeur de l'horodatage qui est généré quand le fichier est incorporé dans la chaîne de blocs et qui peut être assimilée à celle des horodatages non qualifiés de l'article 41 du Règlement 910/2014 (eIDAS), ce qui implique que ses effets juridiques et son admissibilité comme preuve en justice ne pourront être refusés.

Quoi qu'il en soit, il est vrai qu'aucune technologie à elle seule n'est ni bonne ni mauvaise. Concrètement, la *blockchain* admet une pluralité d'usages, qui ont pour

point commun un enregistrement dans une chaîne de blocs, qui peut être publique ou privée, mais qui n'a pas d'impact sur la personne qui effectue l'enregistrement, sur l'objet de l'enregistrement ni sur le mode d'enregistrement. Autrement dit, avec ce moyen technique, nous pouvons assurer l'enregistrement, la traçabilité ou la connaissance notoire, mais nous ne pouvons présupposer la véracité, la légalité ni la validité de ce qui est enregistré, tracé ou relativement notoire.

### 5. La *blockchain* et le notaire

Le problème est que la relation entre la *blockchain* et les professions juridiques se base sur deux idées fausses : premièrement, on confond le moyen technique utilisé pour fournir un service déterminé avec la prestation du service en soi ; et deuxièmement, on part d'une idée d'opposition entre ce moyen technique et le prestataire du service.

En réalité, la chaîne de blocs est uniquement le moyen technique qu'utilisera un professionnel dans l'exercice de sa fonction, par exemple pour garantir l'intégrité d'un document, mais le support (chaîne de blocs) ne remplace pas le professionnel (la personne qui rédige le contrat, par exemple) ni le document lui-même (qui n'est pas intégré dans la chaîne de blocs). Or, ce moyen technique peut être plus efficace que d'autres moyens.

En conséquence de ce qui précède, l'impact du cryptage en général et de la *blockchain* en particulier pour la profession notariale doit être envisagé. Concrètement, une chaîne potentielle de blocs privée notariale pourrait être une



option qui améliorerait la fonction notariale en déterminant en outre à quel moment de la prestation du service.

Le moment préalable est peut-être le moins susceptible d'être amélioré, et l'on peut penser que le fait d'envoyer au notaire des documents enregistrés dans la *blockchain* pour l'élaboration de l'acte authentique peut offrir une plus grande garantie d'authenticité et d'inaltérabilité. Lors de l'octroi du consentement, on pourrait discuter de l'utilisation de moyens d'identification électroniques basés sur la signature électronique ou la *blockchain*, des moyens de paiement si nous utilisons de la monnaie électronique ou des cryptomonnaies comme Bitcoin, ou de l'utilisation de l'enregistrement dans la *blockchain* de documents électroniques dont la copie est conservée par le notaire, le dépôt de fichiers numériques étant un cas typique.

Mais la nature même de la chaîne de blocs fait que le moment qui suit la passation de l'acte est peut-être le plus susceptible d'améliorations grâce à l'application de la technologie *blockchain*, en particulier la distribution de copies électroniques dont l'inaltérabilité et l'intégrité reposent sur l'existence d'une chaîne de blocs notariale privée, qui pourrait même être supranationale et européenne.

## 6. La *blockchain* et les registres de biens

Un des secteurs juridiques dans lesquels la *blockchain* enregistre la pénétration la plus élevée est celui des initiatives de plus en plus nombreuses qui consistent à transférer les registres fonciers vers un système basé sur la chaîne de blocs. Les arguments en faveur de l'utilisation de la *blockchain* reposent sur trois aspects

différents : des motifs économiques, la lutte contre la fraude et la sécurité du titre.

Dans tous les cas, on part de l'idée selon laquelle une propriété qui dispose d'un titre établi correctement et, le cas échéant, dûment enregistré, permet d'accéder plus rapidement et plus facilement au financement, étant donné que les risques du créancier sont supprimés ou réduits de manière substantielle. Mais comme c'est généralement le cas dans les systèmes où le moment de la prestation et la configuration de la transaction juridique se déroule devant le notaire, c'est ce moment et non pas un autre qui détermine la configuration de la transaction, l'inscription étant une deuxième étape protectrice.

Permettre que tout document privé, rédigé par une quelconque personne, accède à la *blockchain* et fasse l'objet de publicité, cela revient à priver l'État d'indices et d'informations, ce qui constituerait une rétrogradation importante. Il convient également de rappeler qu'un registre est aussi sûr, fiable et robuste que le titre qu'il enregistre et que, par conséquent, un Registre inaltérable basé sur la confiance électronique n'a guère d'utilité si les titres qui sont admis au Registre sont déficients, peu rigoureux ou de mauvaise qualité.

Les premiers pays qui ont envisagé un système de ce type étaient le Honduras et la République de Géorgie, mais le projet le plus ambitieux est celui du Ghana, compte tenu de son expansion potentielle à la quasi-totalité du continent africain. Ce projet vise à enregistrer des titres de propriété dans la *blockchain* et soutenir la



*publicité de ces titres et leur caractère exécutoire par le biais de contrats intelligents permettant d'améliorer les garanties immobilières des microcrédits et des contrats d'investissement gouvernementaux. Mais nous trouvons également des initiatives sur le continent européen, puisque la Suède a aussi annoncé son intention de travailler sur un concept d'utilisation de la chaîne de blocs et des contrats intelligents dans les ventes de biens immobiliers et le registre foncier.*

## V. L'héritage numérique

### 1. L'héritage numérique par rapport à l'héritage analogique

L'un des piliers de base du droit des successions est l'idée que le décès d'une personne entraîne l'extinction de sa personnalité juridique et l'ouverture de sa succession en faveur de son héritier. Un autre de ces piliers est l'idée que l'héritage comprend tous les biens, droits et obligations d'une personne qui ne disparaissent pas du fait du décès de cette personne.

Le troisième pilier est l'existence de figures successorales qui ont différents rôles et effets dans la succession : l'héritier est celui qui succède à une personne en tous ses biens et droits, actifs et passifs, une sorte de successeur de la personnalité de la personne décédée. Le légataire est celui qui succède à une personne en un bien ou un droit spécifique par volonté expresse du testateur. L'exécuteur ou exécuteur testamentaire est chargé de réaliser des tâches concrètes lors du décès d'une personne, en veillant à ce que les

dispositions du testament soient correctement respectées.

Ce même schéma successoral, basé sur le système d'origine romaine, pourra aussi être transposé dans les systèmes successoraux anglo-saxons dans lesquels le protagonisme de la procédure est assumé par le *personal representative* ou représentant personnel.

Ce phénomène successoral s'est compliqué à mesure que le patrimoine des personnes s'est diversifié et s'est développé : quand de nouveaux objets juridiques ou de nouveaux types de relations patrimoniales ou personnelles apparaissent qui peuvent être difficilement classés dans les catégories préexistantes, des questions se posent tôt ou tard sur la manière d'aborder leur transmission pour cause de décès.

C'est précisément ce qui se passe actuellement avec les nouveaux objets et les nouvelles relations numériques, étant donné que, non seulement, il n'existe pratiquement pas de législation spécifique, mais, en outre, ces relations ont des propriétés et des caractéristiques tellement singulières que l'on s'interroge même sur l'opportunité de les intégrer ou non dans le droit successoral traditionnel. Dès lors, la question que nous devons nous poser tout d'abord est de savoir s'il s'agit ou non d'un héritage différent de l'héritage ordinaire.

Il est difficile de prétendre que l'héritage numérique est un ensemble de relations unitaires distinctes de l'héritage non numérique, car, même si les principes qui régissent le domaine des relations électroniques et de leurs objets peuvent être très différents, ils n'impliquent pas



une raison concluante de fragmenter la succession d'une personne ou d'assouplir ou de modifier les principes universels successoraux, surtout lorsque nous retrouvons même dans l'héritage numérique un contenu hétérogène de droits personnels et droits de la personnalité, de droits de type patrimonial avec contenu physique et numérique, la succession au niveau des relations juridiques envers les tiers, des droits de propriété intellectuelle, etc.

Néanmoins, il n'en est pas moins vrai qu'il faut également aborder ces spécialités et apporter des solutions dans le cadre du droit des successions qui permettent de traiter l'héritage numérique dans l'héritage général de la personne, comme une composante de plus de ce dernier : le phénomène de l'héritage numérique ne peut pas être géré séparément, et, au lieu de cela, la structure traditionnelle de la succession doit être adaptée à la réalité numérique, et lorsque ces situations ne peuvent s'inscrire dans aucune des catégories traditionnelles, une nouvelle structure doit être trouvée.

En définitive, il faut intégrer la réalité actuelle dans nos concepts connus, une réalité dans laquelle les limites entre les relations personnelles et sociales s'estompent quand on parle des réseaux sociaux, des blogs ou du patrimoine numérique et où l'on ne sait pas avec exactitude où commencent les unes et où terminent les autres.

Ce n'est pas un hasard si un principe fondamental de l'interprétation du droit est d'éviter que le droit ne soit immobile, moyennant une interprétation correctrice basée sur la réalité sociale de l'époque où la norme doit être appliquée, comme

l'exige, par exemple, l'article 3 du Code civil espagnol.

## 2. Le patrimoine numérique

Le patrimoine numérique, comme dans le cas des concepts généraux du patrimoine successoral ou d'héritage, au sens objectif, est complexe en raison de l'hétérogénéité des relations, des biens et des droits composant l'acquis numérique.

Ces biens, droits et relations numériques peuvent appartenir, comme les autres biens, droits et relations analogiques, à des personnes physiques ou morales. Ce chapitre porte sur les situations découlant du décès d'une personne physique, sachant que si le profil sur le réseau social, le courrier électronique ou les archives numériques appartiennent à une personne morale, le régime applicable serait celui de la dissolution, liquidation et extinction de la personnalité de cette dernière.

C'est la raison pour laquelle l'approche à l'héritage numérique doit être nécessairement multiple et résoudre à la fois la transmission de contenu numérique et la légitimation des successeurs à l'égard des prestataires de services avec lesquels le défunt avait établi des relations.

### 2.1. La transmission des fichiers numériques

Les fichiers numériques créés par le défunt, quel qu'en soit le type (photographies, vidéos, fichiers audio, documents, etc.), seraient assujettis à une transmission héréditaire suivant les règles générales de la transmission des biens meubles. Dans certains cas, il serait même nécessaire d'appliquer les spécialités qui pourraient apparaître conformément aux règles de propriété intellectuelle.



Ces archives ne diffèrent pas des mêmes archives sous leur format analogique, si ce n'est par leur support, à l'exception d'une caractéristique importante et particulière : elles peuvent être facilement reproduites sans dégradation de la qualité de l'original, contrairement à la situation que l'on connaît avec les manuscrits ou les photographies déjà développées, où l'on peut effectivement distinguer l'original de la copie. Cela soulève la question non résolue de l'opportunité d'un héritage multiple, au profit de plusieurs personnes, du même objet numérique, étant donné que, dans ce cas, un même objet peut être légué simultanément sans qu'il y ait des différences significatives.

Il serait donc souhaitable que le testateur, lors de l'exécution du legs, précise s'il autorise des reproductions ou des copies multiples afin que l'héritier, qui est celui qui doit remettre le legs à moins que le testateur n'en décide autrement, conserve une copie ou non de ces archives. Cela étant dit, il convient de tenir compte du fait que la reproduction multiple peut être limitée par des droits d'auteur ou peut être assujettie à d'autres limitations en termes d'acquisition qui ne permettent pas, même quand cela est possible, la copie et la distribution des archives, conformément aux réglementations spécifiques en matière de propriété intellectuelle.

Les archives numériques qui ont été acquises par le défunt en pleine propriété sont transmissibles à cause de mort sans autres limitations que celles qui sont inhérentes à l'archive même ou au service auprès duquel l'archive a été acquise, telles que l'établissement d'un nombre limité de reproductions, une période

temporaire d'utilisation, la reproduction sur un support physique déterminé ou dans un domaine spatial déterminé. Il est important de préciser à cet égard que les biens acquis par une personne en tant que consommateur numérique n'appartiennent pas tous en pleine propriété à cette personne, étant donné que certaines conditions générales d'achat prévoient un droit d'usage, d'une durée plus ou moins longue, plutôt qu'une acquisition en propriété.

Il convient de tenir compte d'une question secondaire, mais néanmoins importante, à savoir le fait que ces fichiers et documents acquis, mais également dans certains cas les fichiers et documents créés, peuvent avoir une valeur économique, un coût d'acquisition, voire une valeur de marché et, s'ils sont inclus dans la succession, ils devraient être pris en compte pour le calcul de la masse héréditaire, être déclarés fiscalement et être soumis à taxation conformément aux règles générales. Pensons aux grandes bibliothèques musicales ou aux collections de livres électroniques, qui pourraient avoir, par leur importance, la conception fiscale d'objet non compris dans le mobilier du ménage.

Ainsi, tout comme pour l'héritage d'une collection musicale, d'une vidéothèque ou d'un ensemble d'albums de photographies, on pourrait parfaitement admettre le legs testamentaire d'une bibliothèque musicale, d'une photothèque numérique ou d'une collection de livres électroniques.

## *2.2. La différence entre le contenant et le contenu*



Le support sur lequel ces archives numériques sont stockées, quand il s'agit d'un objet physique tel qu'un disque dur ou un dispositif mobile, fait l'objet d'une propriété ordinaire et est considéré comme un bien meuble dont la propriété sera normalement attestée par la possession publique et pacifique du défunt, sous réserve qu'elle puisse être attestée par d'autres moyens tels que des documents justifiant l'acquisition.

Le support, s'il peut répondre à cette dénomination, peut également être un disque dur virtuel ou le nuage, auquel cas on ne peut parler de propriété ordinaire, mais d'un droit d'accès à ce contenu résultant d'une relation contractuelle avec l'entreprise prestataire du service.

### *2.3. La succession en BitCoin et figures similaires*

Les monnaies virtuelles, cryptomonnaies, cryptodevises, l'argent électronique, le Bitcoin ou tout autre bien ou droit assimilable aux précédents font incontestablement partie intégrante du patrimoine successoral.

Les questions qui découlent de leur inclusion dans la masse héréditaire numérique ne sont pas très différentes de celles qui peuvent se présenter pour les autres biens numériques. Nous pouvons souligner deux d'entre elles : l'éventuelle opacité dans les comptes et la haute valeur intrinsèque de ces biens.

Le premier problème est lié au fait que la propriété des clés d'accès est personnelle et privée, de sorte que leur divulgation dans tout document autre qu'un testament notarié, du fait des garanties de sécurité et de la confidentialité du minutier, pourrait entraîner la perte totale

de l'investissement réalisé. Il est déconseillé de céder les clés permettant de récupérer ou de transmettre les monnaies virtuelles à une autre personne. De même, il n'est pas non plus recommandé de distribuer les clés à différentes personnes, ni de recourir à des systèmes complexes de croisement de données.

En effet, même le testament notarié traditionnel, bénéficiant de la protection du minutier, peut être insuffisant suivant les cas concrets, étant donné qu'il est accessible à tout héritier ayant droit à une copie. Il pourrait donc être intéressant, comme dans le cas des archives numériques ou des codes d'accès aux réseaux sociaux ou au courrier électronique, de nous reporter à un autre acte authentique dont l'accès serait réservé et où seraient consignées les données privées qui donnent accès au portefeuille virtuel. Cet autre acte pourrait être un testament non révocatoire, un acte de manifestation, d'enregistrement ou encore de dépôt notarial.

Dans ces cas, la personne intéressée pourrait configurer l'accès à ces données en précisant qui a droit à une copie ou à la restitution du dépôt. Toutefois, le fait est que l'héritier aura toujours intérêt à connaître et à examiner le véritable patrimoine du défunt, par exemple pour surveiller sa réserve légitime ou payer les créanciers héréditaires. C'est pourquoi il est difficile de restreindre l'accès ou de cacher à l'héritier une partie des biens héréditaires par la limitation du droit à la copie.

Quoi qu'il en soit, qu'il y ait ou non un testament, la première chose à faire est de localiser l'investissement. Il faut que



quelqu'un connaisse l'existence, par exemple, des Bitcoin et remette à l'héritier, s'il ne l'a pas encore, la clé d'accès.

L'héritier prend la position juridique qui était celle du titulaire des monnaies virtuelles et, par conséquent, peut maintenir l'argent virtuel en tant que tel ou procéder à sa conversion en monnaie conventionnelle, en utilisant la procédure opportune suivant les cas (vente, conversion, etc.) de la même manière que le ferait le titulaire. S'il y a plusieurs héritiers, il faudra procéder d'un commun accord.

La deuxième difficulté successorale découle de la fluctuation de la valeur des monnaies virtuelles. Il peut arriver que, dans un avenir proche, la part d'argent ou de moyens de paiement virtuels faisant partie de l'héritage d'une personne soit importante, et qu'il soit nécessaire d'évaluer, de calculer, de déclarer et de payer des impôts conformément aux règles générales. Le problème, comme dans le cas d'autres biens dont la valeur peut augmenter ou diminuer considérablement, est de déterminer la valeur à prendre en compte.

#### *2.4. La situation des relations de la personne*

Ce phénomène successoral numérique doit exclure les droits de la personnalité, à l'exception des actions visant à obtenir compensation de dommages matériels ou moraux causés au droit à l'honneur, à la vie privée ou à l'image, par exemple.

Il convient également d'exclure les droits viagers et les relations numériques liées à la personnalité. En effet, un contrat ou service dont la souscription ou le maintien

a été déterminé par la personnalité du défunt ne semble pas être transmissible, pas plus qu'un contrat dans lequel la personnalité du défunt est manifestée publiquement et est identifiable. Ce point est très important lorsqu'il s'agit de décider ce que l'on inclut et de quelle façon dans l'héritage numérique.

Nous pouvons citer ici l'exemple de la succession dans le compte de courrier électronique d'une personne : d'une part, il peut y avoir des données dans le courrier électronique du défunt qui sont nécessaires à l'exercice de droits vis-à-vis de tiers, ainsi que des documents importants et des fichiers numériques envoyés ou reçus par le défunt. D'autre part, la protection des données et le secret des communications empêcheraient de fournir l'accès à ces informations, étant donné qu'il serait possible d'accéder à des informations de tiers qui ont été révélées au défunt, mais non pas à ses héritiers.

Mais le courrier électronique qui nous sert ici d'exemple n'est pas le seul à être inclus dans cette catégorie : la relation établie par l'utilisateur, par exemple, avec un réseau social commence par un contrat d'adhésion et par le téléchargement de l'application ou l'utilisation du compte de cette dernière depuis un navigateur. Toutefois, dès le moment où l'utilisateur commence à utiliser le service, la relation avec le prestataire de services sur lequel repose le réseau social (qui est une relation personnelle, mais vraisemblablement pas une relation liée à la personnalité) se distingue de la relation avec les autres utilisateurs (qui est une relation liée à la personnalité). Par exemple, sur Twitter, la relation, selon les conditions d'utilisation qui sont acceptées



par l'utilisateur lors de son inscription, est « personnelle, mondiale, gratuite et non transférable ».

C'est pourquoi la question ne doit peut-être pas se concentrer sur l'exclusion directe de ces relations du contenu de l'héritage numérique, mais plutôt les intégrer dans un régime spécial de gestion post-mortem dudit contenu, en attribuant aux personnes qui ont le statut d'héritiers un titre de légitimation suffisant leur permettant d'agir face aux prestataires de services qui contrôlent l'accès à ce contenu.

Ce titre de légitimation impliquerait la possibilité d'accéder au contenu, mais les héritiers ne pourraient en aucun cas publier de nouveaux contenus en se faisant passer pour le défunt, et ce, non seulement pour des questions relatives à l'usurpation de la personnalité, mais aussi et précisément parce que les relations avec d'autres utilisateurs qui interagissent sur les réseaux peuvent être considérées comme des relations de personnalité.

### **3. La légitimation vis-à-vis des prestataires de services**

La réalité actuelle est que l'héritage numérique, à cet égard, est fragmenté pour trois raisons : la première étant que ces prestataires de services peuvent avoir leurs centres d'action normalement dans des pays différents appliquant des systèmes et des schémas successoraux et de légitimation différents.

Ce premier problème devrait être résolu par une réglementation, au moins européenne et au moins de dispositions minimales, qui intégrerait expressément l'héritage numérique dans l'héritage ordinaire et permettrait aux héritiers ou

légataires de connaître avec certitude la procédure à suivre.

À cet effet, le projet RODAIS (*Regulation Of Digital Assets within Inheritance and Succession scenarios*) est actuellement en cours de développement sous l'égide du notariat de Malte. Ce projet a commencé par une étude comparative des entreprises qui fournissent des services en ligne pour couvrir la lacune de l'héritage numérique et des législations nationales. Son objectif est la création d'un guide et d'un document de bonnes pratiques qui devraient être transmis aux prestataires de services internationaux opérant en Europe, tels que Facebook, Google, Apple ou Spotify.

La deuxième raison est que chaque prestataire de services a une politique concrète d'action en cas de décès du titulaire, qui est acceptée, qu'elle soit connue ou non, par l'utilisateur lui-même lorsqu'il approuve les conditions contractuelles et les conditions générales lors de la création de son compte en ligne.

À cet égard, il conviendrait d'offrir des informations claires sur les implications en termes de succession que peut avoir la désignation d'une personne de manière privée comme successeur, mandataire ou fondé de pouvoir pour agir après le décès du titulaire, en fournissant des informations claires sur les conflits et les problèmes potentiels qui peuvent surgir avec la figure de l'héritier.

La troisième raison est liée au fait que ces prestataires de services omettent généralement d'appliquer les concepts successoraux traditionnels d'héritier ou de légataire, en assouplissant les conditions d'accès au contenu et au compte de la



personne décédée et en autorisant une personne qui n'est pas nécessairement un héritier à accéder à des contenus qui peuvent être étroitement liés à la personnalité.

Toutefois, cela ne signifie pas que l'accès à ces contenus soit autorisé sans discernement. Par exemple, sur Google Mail, ils reconnaissent être : « *conscients que de nombreuses personnes décèdent sans laisser des instructions claires concernant la gestion de leurs comptes sur Internet* » et ils acceptent, après examen spécial et individuel de chaque cas, des demandes sollicitant l'autorisation d'accès pour un représentant autorisé de l'utilisateur, notamment avec des mesures de sécurité supplémentaires comme l'exigence que la personne en question ait reçu au moins un courrier électronique depuis ce compte.

Cette solution, comme d'autres solutions spécifiques que présentent d'autres services, peut être correcte en tant que mesure de sécurité pour vérifier l'existence d'un indice de relation avec le défunt, mais le fait est que les personnes envoient habituellement des centaines de courriels à des dizaines de personnes différentes... parmi lesquelles notre héritier pourrait ne pas se trouver.

Il en va de même pour les conditions des réseaux sociaux. Par exemple, sur Twitter, il existe des règles spécifiques sur la manière de communiquer le décès d'un utilisateur pour désactiver le compte. Les critères établis à cet effet n'ont guère de relation, voire aucune relation, avec la réglementation successorale, étant donné que l'on permet à une personne autorisée d'agir en représentation du patrimoine du défunt ou à un parent direct du défunt,

sans autres formalités ni justifications suffisantes de leur statut d'héritier. Toutefois, il est précisé que l'accès au compte ne peut être accordé à aucune personne, indépendamment de la relation avec le défunt.

De la même manière, Facebook a également prévu des dispositions en cas de décès. Concrètement, le réseau social offre la possibilité de fermer complètement le compte et d'éliminer le profil. Pour ce faire, il suffit de présenter une attestation du décès, mais il faut aussi prouver que la personne qui intervient est un membre de la famille proche du défunt et qu'elle a accès à certaines données personnelles du défunt, telles que l'adresse de courrier électronique utilisée par le défunt pour se connecter au réseau social. Une autre option consiste à maintenir le compte en tant que compte commémoratif pour que les amis et les proches puissent y laisser des messages après le décès.

Sur ce point, il faudrait veiller à ce que ces termes et conditions respectent la législation successorale interne propre à chaque pays, ainsi que la législation européenne minimale que nous mentionnions précédemment, moyennant une harmonisation de ces conditions générales qui apporte des solutions unitaires et sans ambiguïté fondées sur les schémas de droit successoral.

Naturellement, le document de légitimation devrait être un document notarié, tout comme le testament ordinaire. Une question bien distincte se présente: doit-il s'agir du testament traditionnel ou doit-on admettre d'autres formes de succession ?



#### **4. Le testament notarié et le testament en ligne**

Comme cela a été souligné, le testament notarié traditionnel analogique ne peut pas être adapté facilement : il peut ne pas être opportun de le modifier chaque fois que les données de contact électronique, les mots de passe, les numéros de compte changent ou chaque fois qu'un utilisateur s'inscrit sur un réseau social.

Mais ici encore, le fait que le testament notarié puisse requérir une solution appropriée à cette réalité sociale n'implique pas que le régime des titres successoraux doive être complètement modifié. Il conviendrait peut-être de commencer à parler d'un document mixte, de deux documents complémentaires ou de toute autre voie permettant la coexistence du testament traditionnel avec l'adaptabilité nécessaire de la partie du document qui porte sur les questions numériques.

Cependant, il faut reconnaître qu'il existe aujourd'hui certaines questions numériques sur lesquelles le notariat n'a aucune influence. Pour certaines de ces situations, nous nous pouvons trouver des services numériques fournis par des entreprises privées qui se préparent à occuper cette position. La question qu'il faut se poser ici est de savoir si cet espace doit continuer à être occupé par le document notarié et, si c'est le cas, de quelle manière.

En définitive, il s'agit du débat sur l'existence ou non du testament numérique ou testament en ligne, sur la question de savoir si un tel testament doit exister et avec quelles caractéristiques.





## COORDINATION SCIENTIFIQUE:



### CESARE LICINI

**Cesare Licini** est notaire à Pesaro (Italie). Il est diplômé en droit à l'Université catholique du Sacré-Cœur de Milan (1977). Il a exercé de nombreuses responsabilités au niveau européen et international. Notamment, Cesare Licini est membre du Conseil de Direction de l'Union International du Notariat (UINL). Il a été Vice-président de la Commission des Affaires Européennes (CAE) de l'UINL de 2004 à 2007 et président du groupe de travail « Lutte contre le blanchiment » du CNUe de 2011 à 2017. Il est également le délégué de l'UINL et du CNUe auprès du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). Me Licini compte de nombreuses publications et participations à des congrès et conférences nationales et internationales.

## MODÉRATION:



### CATALINA GUERRERO

**Catalina Guerrero** est responsable du Service International de l'Agence EFE, la première agence de presse d'Espagne et la quatrième au monde. Son exercice professionnel se centre désormais sur le projet [Euroefe.euractiv.es](http://Euroefe.euractiv.es) qu'elle a rejoint en janvier 2016 afin de suivre l'actualité de l'Union européenne (UE) du point de vue espagnol et multimédia.

Auparavant, elle a exercé pendant neuf ans en tant qu'éditrice au Service Culture Intégrée (Nationale et Internationale) de l'agence EFE, où elle a suivi de près les tendances intellectuelles d'Europe et du reste du monde. Elle est arrivée au département Culture après un séjour enrichissant de huit ans à Paris, où elle fut correspondante d'EFE de 1999 à 2007.

Ses premiers pas professionnels ont été liés à la radio. Licenciée en Journalisme à l'Universidad Complutense de Madrid en 1992, elle est également titulaire de diplômes d'Experte Professionnelle en Culture, Civilisation et Religion Islamiques à l'Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (2007) et en Union Européenne (2016) à l'École de la Diplomatie de Madrid.

## INTERVENANTS:



### PILAR DEL CASTILLO

Ancienne ministre de l'Éducation et de la Culture de 2000 à 2004, **Pilar del Castillo** a été élue au Parlement européen la première fois en 2004.

Elle appartient au Partido Popular (Parti populaire), qui est lui-même membre du Parti populaire européen. Elle est rapporteur au Parlement européen sur le Code des communications



électroniques européen. Entre autres, elle a également été rapporteur sur le règlement sur le marché unique des télécommunications; la directive sur la sécurité des réseaux et systèmes d'information pour la Commission ITRE; le règlement sur l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (BEREC), le rapport sur la stratégie sur « l'informatique en nuage » et le rapport « Un Agenda numérique pour l'Europe: 2015.eu », pour n'en citer que quelques exemples.

Del Castillo est présidente du Forum européen sur l'internet (EIF), vice-présidente du Forum européen de l'énergie, membre du Conseil de Knowledge4Innovation (K4I) et membre du réseau politique transatlantique. Del Castillo est professeur en sciences politiques et administration. Elle a obtenu un doctorat en droit de l'université Complutense. Avant, elle a fréquenté l'université de l'État de l'Ohio avec une bourse Fullbright, obtenant un Master's en sciences politiques. Elle a été présidente exécutive du Centro de Investigaciones Sociológicas (Centre de recherches sociologiques) de 1996 à 2000.



## ÖRJAN BRINKMAN

**Örjan Brinkman** est né en 1956. Il a obtenu un diplôme d'enseignement en 1978 et a travaillé en tant que directeur de municipalité et de pré-primaire jusqu'en 1988, puis a travaillé comme responsable du développement et directeur au niveau du comté dans l'éducation des adultes TBV (jusqu'en 1996), directeur du marketing et expert sur le marché du travail et de l'éducation dans la Fondation du Forum des femmes (jusqu'en 2002), directeur de l'administration de la culture et de l'éducation dans la commune de Södertälje, principal dans l'enseignement primaire et secondaire à Vittra jusqu'en 2006 et secrétaire général de la Fédération suédoise des personnes handicapées jusqu'en 2012 .

Il a également été membre du Comité de suivi et du Comité de travail du Fonds social européen I Suède jusqu'en 2011 et de la délégation des personnes handicapées du gouvernement suédois en 2011.

Aujourd'hui, il est actif dans un certain nombre de missions confidentielles relatives à sa position actuelle. Il est membre du Groupe consultatif auprès des consommateurs du Conseil d'administration de l'agriculture, du Conseil consultatif de l'Agence des produits chimiques, président à Vaddö Södertörn – College Foundation, membre du Forum de dialogue – Agence de soins dentaires et pharmaceutiques, président de l'Association des consommateurs suédois et consommateurs et Råd & Rön Magazine des consommateurs, Président de BEUC – L'Organisation européenne des consommateurs.



## PETER BISCHOFF-EVERDING

**Peter Bischoff-Everding** est avocat de formation et il détient un doctorat de la faculté de droit de Hambourg en droit de la concurrence. Il a commencé sa carrière professionnelle comme avocat associé dans un cabinet à Berlin avant de rejoindre le département juridique du ministère de l'Economie allemand.

Depuis 2004, Peter est fonctionnaire à la Commission européenne, travaillant d'abord pour la Direction générale pour l'entreprise et l'industrie dans le domaine de la libre circulation des biens et sous les règles de l'OMC concernant les barrières techniques au commerce.

Il a ensuite été responsable des questions juridiques et réglementaires dans l'unité chargée de la politique et de la législation européenne dans les secteurs des appareils médicaux



et des cosmétiques. D'octobre 2012 à septembre 2016, Peter a été chef d'unité adjoint à la Direction générale pour la santé et les consommateurs, responsable de la sécurité des produits et des services consommateurs.

Depuis octobre 2016, Peter est chef d'unité adjoint dans le domaine du droit du marketing et des consommateurs, qui fait partie de la Direction générale pour la Justice et les consommateurs. Son unité gère l'organe transversal UE du droit du consommateur et il prépare actuellement une éventuelle proposition législative pour moderniser encore les règles du droit des consommateurs européens.



### **ANTONIO GHIO**

**Dr. Antonio Ghio** est partenaire chez Fenech & Fenech Advocates et dirige les départements de droit des TIC et de la PI. Durant les douze dernières années, son travail s'est centré uniquement autour des questions du droit des TIC, tentant de trouver des solutions dans la lutte perpétuelle qui existe entre le droit et la technologie, à l'intérieur et à l'extérieur des tribunaux.

Ghio enseigne également le droit des TIC et la cybercriminalité à l'université de Malte et il a été président de la Malta Communications Authority après avoir servi en tant que membre du Conseil d'administration ces cinq dernières années.

Il détient un LL.D de l'université de Malte, où il a fait une spécialisation dans les aspects juridiques de la sécurité de l'internet et la confidentialité en ligne ainsi qu'un LL.M de l'université de Strathclyde où il a fait une spécialisation dans le commerce électronique extraterritorial.

Ghio est membre fondateur et président actuel de la Malta Information Technology Law Association – MITLA. Il intervient régulièrement sur les questions de droit des TIC au niveau local et à l'étranger et il a une rubrique régulière sur des questions de droit des TIC dans le Sunday Times of Malta ainsi qu'un blog personnel sur les questions de droit des TIC à [ictlawmalta.blogspot.com](http://ictlawmalta.blogspot.com).



### **TAMÁS PARTI**

**Dr Tamás PARTI** est notaire à Budapest, président de la Chambre des notaires de Budapest, membre du Conseil général de l'UINL (Union internationale du notariat), président du Forum de futurologie du CNUE et président du Comité pour l'adaptation technologique de la Chambre hongroise des notaires. Par ailleurs, il est conférencier dans le département de procédure civile à la faculté de droit et de sciences politiques de l'Université Eötvös Loránd à Budapest (ELTE) et examinateur pour les examens des professions juridiques (examens du barreau) en Hongrie. Son domaine de recherche doctorale est l'étude des effets des processus sociaux et technologiques contemporains sur les droits fondamentaux – un aspect de ces recherches est l'étude des effets des progrès technologiques sur la profession notariale.



### **LORENZO PRATS ALBENTOSA**

**Lorenzo Prats Albentosa**. Chaire de droit civil, Université Autonome de Barcelone, depuis 2008 (précédemment, Université Complutense-Madrid, 2007, Université de Cantabrie, 2002, Université de Valence, 1984). Médiateur depuis 2007. Il était membre du cabinet



du Ministère de la Justice, gouvernement espagnol (2004-2007). Praticien juridique (depuis 1986).  
Éducation : Université de Valence (Espagne) : Licence et Doctorat; Université de Bologne (IT) :  
Chercheur doctorant; professeur invité : Université de Cambridge (Royaume-Uni), Université de  
Chicago (Etats-Unis), London School of Economics (Royaume-Uni).



### **ALEXANDRE LIBORIO DIAS PEREIRA**

**Alexandre Liborio Dias Pereira** (LL.B, LL.M, LL.D Coimbra), né en juillet 1970, est professeur à plein temps à l'université de Coimbra. Il enseigne le droit des contrats, le droit de l'informatique, le droit de la propriété intellectuelle et le droit commercial, et il supervise la recherche de troisième cycle. Il est également professeur adjoint à temps partiel à l'École de commerce de Coimbra et conférencier invité à l'École d'été sur le droit privé européen à l'université de Salzbourg (Autriche). Il a aussi travaillé en tant que professeur invité à plein temps à l'université de Macau (Chine), et il a été « FCT sabbatical fellow » à l'Institut Max-Planck, Munich (Allemagne). Il a présenté des communications dans le monde entier et publié plus de 100 publications scientifiques au Portugal et à l'étranger. Ses recherches portent sur l'environnement juridique du marché unique numérique de l'UE.



### **JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH**

**José Carmelo Llopis Benlloch** est né à Valence (Espagne) en 1978. Diplômé de la faculté de droit de l'université de Valence en 2001, il est devenu notaire dans la promotion 2005-2008.

En 2013, il est devenu médiateur à la Fondation Solutio Litis du Collège notarial de Valence. Depuis 2014, il écrit chaque semaine sur des questions technologiques et notariales sur son blog et il participe à des commissions et des groupes de travail au niveau local (Commission IT), national (Groupe de jurisprudence) et international (groupe de travail « Nouvelles technologies » du CNUE).

En 2016, il a été co-auteur de deux livres électroniques sur la Succession numérique et les Evidences électroniques, et il a parlé des nouvelles technologies lors de conférences en Espagne, comme NotarTIC, et à l'étranger, comme le 5ème Université du Notariat Mondial à Rome organisée par l'UINL.

Par ailleurs, en 2016 il a eu l'honneur d'être le rapporteur national espagnol pour le Thème II concernant l'acte notarié électronique et la dématérialisation des procédures lors du 28ème Congrès International du Notariat à Paris..



### **REMCO VAN DER KUIJP**

**Remco van der Kuijp** est un notaire néerlandais (2006) et membre du Conseil d'administration de la Société royale néerlandaise des notaires (KNB). Il est trésorier et en tant que membre du Conseil d'administration il est responsable des projets TIC et des droits de retraite. Il est impliqué dans le développement de Notary-ID, un nouveau projet du notariat néerlandais. Par ailleurs, il a un vif intérêt pour le blockchain et le développement d'affaires en ligne pour les notaires.



## CRISTIAN BUȘOI



M. **Cristian Bușoi** est membre du Parlement européen depuis 2007 et est actuellement actif au sein de la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, de la délégation à la commission d'association UE-Ukraine et de la délégation à l'Assemblée parlementaire EURONEST. En 2016, il a été le seul eurodéputé ayant reçu le MEP Award for Healthcare et a été distingué par l'organisation européenne « Eurordis » avec un trophée reconnaissant son soutien aux patients souffrant de maladies rares.

Auparavant, Cristian Busoi était président de la Maison nationale d'assurance maladie de Roumanie (2013-2014) et membre du Parlement roumain (2004-2007), où il faisait partie du Comité de la santé et de la famille.

M. Bușoi est membre du Parti libéral national depuis 20 ans et occupe actuellement le poste de président du PNL Bucarest. Dans le PNL, il a également été secrétaire général, premier vice-président et membre du Bureau politique permanent.

Cristian Bușoi est diplômé de l'Université de médecine et de pharmacie de Carol Davila à Bucarest, du collège de la Défense nationale Carol I et de l'école de droit de l'Université Titu Maiorescu. En 2010, il a obtenu son doctorat en santé publique et gestion de la santé de l'Université de médecine et de la pharmacie Victor Babes Timisoara.