

Preuve et sécurité juridique en cause dans l'immatériel

Jérôme HUET

Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Directeur du Centre d'études juridiques et économiques du multimédia (CEJEM)

RÉSUMÉ. — La sécurité juridique, dans les contrats conclus par des moyens électroniques, dépend de l'admission par le droit de dispositifs techniques comme la cryptologie. Les règles de preuves sont aussi déterminantes : elles doivent exiger des garanties pour contrebalancer les risques engendrés par l'immatérialité du support utilisé pour conclure la transaction.

I. — L'IMMATÉRIEL ET LE CONTRAT

L'utilisation de systèmes de traitement de l'information et des réseaux de communication pour la conclusion d'opérations commerciales a, de longue date, soulevé des questions de preuve et de sécurité juridique en raison de l'immatérialité du support utilisé pour constater l'accord passé. Les premières manifestations de ces difficultés ont été, dans les années soixante-dix et quatre-vingt, les litiges portés devant les tribunaux au sujet de retraits d'espèces effectués par des particuliers à des guichets automatiques de banque, puis à propos de paiement à des terminaux points de vente.

L'ère du Minitel allait favoriser en France, dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, la conclusion de contrats « en ligne » avec des fournisseurs de biens ou de services (professionnels de la vente à distance, transporteurs et hôteliers...), généralisant la problématique à l'ensemble des opérations juridiques : elle ne concernait plus seulement les retraits d'argent ou les paiements, mais les contrats eux-mêmes.

Et l'avènement d'Internet redonne aujourd'hui, à l'échelle internationale, toute son acuité à ces questions, avec l'énorme potentiel commercial qu'il représente.

II. — LA SÉCURITÉ ET LE DROIT

La préoccupation de la sécurité est d'une portée plus large que celle de la preuve. Pour faire, avec des moyens juridiques, en sorte que les intervenants opèrent avec le moins de risques possibles on recherchera des solutions dans divers secteurs du droit :

responsabilité civile et pénale, assurance des systèmes d'information, régime de la cryptologie...¹

La technique, maître en la matière, joue sous l'impulsion du droit, et dans la mesure où ce dernier l'autorise. En ce début de l'année 1999, le Premier ministre vient d'en donner une illustration, dans une conférence de presse consacrée au développement de la société de l'information, en mettant les « enjeux juridiques » au premier plan des préoccupations du gouvernement en ce domaine et en déclarant que « la cryptologie apparaît comme un moyen essentiel pour protéger la confidentialité des échanges », si bien qu'il y a lieu d'« offrir une liberté complète dans l'utilisation » de celle-ci².

III. — LA PREUVE ET LA SÉCURITÉ

Il n'en reste pas moins qu'aux yeux du juriste, apporter des solutions convenables aux problèmes de preuve qu'engendre l'immatérialité des transactions passées par voie électronique constitue l'une des priorités dans cette recherche de la sécurité. De fait, pour ceux qui concluent des opérations par le biais des réseaux de communication, il est essentiel de savoir que, s'ils en conservent la trace dans des mémoires d'ordinateur, ils pourront en faire état, en cas de litige, devant un tribunal.

On comprend, dans cette perspective, que le Premier ministre ait, également, promis de réaliser « une modification rapide de notre cadre législatif [...] qui permette d'assurer, avec toutes les garanties nécessaires, la valeur probante du document sous forme numérique et des signatures électroniques »³.

On pourrait s'étonner que pareille réforme n'ait pas, en France, été déjà effectuée et que la loi du 12 juillet 1980, ayant rajeuni notre système de preuve, n'ait pas à l'époque fait le nécessaire à cet égard. Il est vrai que, notre droit étant assez libéral, la recevabilité des documents électroniques à titre de preuve pouvait être largement admise : jusqu'à cinq mille francs dans les rapports avec un particulier, sans aucune limite dans les relations entre professionnels. Et, bien entendu, sous réserve que les conditions d'établissement et de conservation de l'acte en cause donnent assez de certitude quant à l'identité de celui qui le passe et quant à son contenu.

Dans un tel contexte, les tribunaux ont donc pu reconnaître sans grande peine la force probatoire des documents électroniques, tout comme la valeur juridique des clauses contractuelles déclarant que les enregistrements stockés par un professionnel en mémoire d'ordinateur vaudraient preuve des opérations passées avec ses clients⁴. Récemment d'ailleurs, la Cour de cassation devait affirmer, certes à propos de photocopies mais en des termes ayant une portée plus générale, qu'un acte juridique peut être conservé sur

¹ V. J. Huet, *La sécurité et l'authentification des opérations, Sixièmes rencontres juridiques de la BNP*, Collection juridique BNP, Les entretiens, 1996, p. 30 et s.

² Et sur cette conférence de presse du 19 janvier 1999, V. *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998-4, « En bref France ».

³ V. ce texte dans *Droit de l'informatique et des télécoms*, précité.

⁴ V. en particulier Civ. 1re, 8 nov. 1989, affaire Crédicas, D. 1990.369, note Ch. Gavalda ; *JCP*. 1989.II.21576, obs. G. Virassamy, D. 1990. som. 327, obs. J. Huet.

tout support « dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées »⁵.

IV. — INITIATIVES INTERNATIONALES ET EUROPÉENNES

Dans le même temps, au niveau international, une pression constante s'est fait sentir en faveur de l'admission de la valeur juridique des documents électronique : elle s'est manifestée, par exemple, dans une recommandation du Conseil de l'Europe du 11 décembre 1981 (mais qu'allait-il donc faire dans cette galère ?) relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit, ou dans une décision de la CNUDCI de juin 1985 sur la valeur juridique des enregistrements informatiques⁶. Il faut, néanmoins, attendre 1996 pour que, toujours dans le cadre de la CNUDCI, soit adoptée une loi-type présentée comme « portant sur le commerce électronique » et dont l'objet principal est d'écartier les obstacles que le droit pourrait opposer, par l'exigence d'écrits ou de signatures, à la conclusion de contrats par ordinateurs interposés⁷. Sous l'expression un peu maladroite de « messages de données », le texte envisage avant tout les documents électroniques établis à l'occasion d'une transaction et dispose de manière liminaire que « l'effet juridique, ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniées au seul motif que cette information est sous forme de message de données »⁸.

Le maître mot, dans cette optique, devenait l'admissibilité : en clair, il convient de ne pas refuser force probatoire, ou valeur juridique tout simplement, à une opération pour la seule raison qu'elle a été réalisée par voie électronique. On retrouve cette approche dans le tout récent projet de directive européenne sur le commerce électronique⁹.

V. — LA RECEVABILITÉ ET LES CONDITIONS

Toutefois, même en s'en tenant aux seules questions de preuve, force est de constater que la recevabilité n'est pas tout ou, du moins, qu'elle ne saurait être admise sans conditions. Et c'est à cet égard que les textes internationaux, en particulier la loi-type de la CNUDCI, pèchent le plus : par laconisme. Or, si la valeur probante des documents élec-

⁵ Com. 2 déc. 1997, D.1998, 192, note R. Martin ; *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998-1, p. 56 et s., note P. Leclercq.

⁶ V. J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989, n° 633 et s.

⁷ V. ce texte reproduit dans *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1996-3, en fin de numéro, et la présentation par E. Caprioli, p. 88.

⁸ Art. 5 ; et V. J. Huet, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Les petites affiches*, 1997, n° 116, p. 6 et s.

⁹ Article 9-1 : « Les États membres veillent à ce que leur législation rende possible les contrats par voie électronique » et « s'assurent, notamment, que le régime juridique applicable au processus contractuel n'empêche pas l'utilisation effective des contrats par voie électronique ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont faits par voie électronique » ; et V. ce texte reproduit dans *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998-4, en fin de numéro.

tronique doit être reconnue, encore faut-il que les risques tenant à leur caractère immatériel, et au fait qu'il est le plus souvent possible de les modifier, soient contrebalancés par des garanties techniques d'où l'on tire la conviction, à propos de tel ou tel acte particulier, qu'il émane bien de celui auquel on l'oppose et qu'il a été conservé dans son contenu original.

Ces exigences sont celles que l'on voit formulées dans un avant-projet de loi, émanant de la Chancellerie et mis au point à sa demande par un groupe d'universitaires, qui est en voie d'être soumis au Parlement¹⁰. Ce texte, qui est destiné « à l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies et à la signature électronique » prévoit, en effet, qu'un « écrit électronique est considéré comme ayant une valeur probante sous réserve qu'il soit signé par la personne dont il émane, que celle-ci soit dûment identifiée et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir la fiabilité » (article 1316-1 à introduire dans le code civil). Il réserve, par ailleurs, la possibilité de rapporter la preuve contraire en présence d'un écrit électronique (article 1316-1, précité, alinéa 2).

VI. — LA SIGNATURE ET LE LIEN

En ce qui concerne la signature électronique, une difficulté supplémentaire surgit qui tient au fait que, contrairement à la signature manuscrite apposée sur un écrit-papier, qui fait corps avec ce dernier, le signe numérique identifiant l'auteur d'un acte établi par ordinateur n'est pas, par nature, associé à cet acte : pour qu'il montre le consentement exprimé au sujet de ce dernier, il faut donc faire en sorte que le procédé technique utilisé permette de l'associer à son contenu, pour l'en rendre indissociable.

D'où l'exigence contenue dans l'avant-projet de loi qui déclare que la signature « consiste en l'apposition manuscrite d'un nom ou d'un autre signe personnel incorporé à l'acte sur lequel elle porte ou, lorsqu'elle est électronique, en l'usage d'un processus fiable d'identification garantissant le lien avec l'acte auquel elle s'attache » (article 1322-1, à introduire dans le code civil, alinéa 2).

VII

Ainsi encadrée par des exigences précises qui en justifient la recevabilité, la preuve en matière électronique peut être consacrée. Et, de cette façon, le droit contribuera à renforcer la sécurité dans les échanges immatériels que le développement des technologies de l'information va multiplier.

22 rue des Quatre-Fils
75003 Paris

¹⁰ V. sur ce sujet P. Leclercq, *Droit de l'informatique et des télécoms*, note précitée, avec le texte du projet en annexe.