

# L'acte dématérialisé

Maître Christian PISANI

*Notaire*

RÉSUMÉ. — Le droit de la preuve de l'acte dématérialisé entre prédétermination et liberté. La solution contractuelle peut-elle résoudre ce dilemme ?

Le droit de la preuve s'organise autour de deux conceptions :

- l'une qui confie à la loi le soin de déterminer les moyens de preuve admissibles, la force probante de chaque moyen, le système généralement complexe, de hiérarchie entre ces moyens ;

- l'autre qui consiste à admettre que la preuve peut être apportée par tous les moyens : la loi confie alors au juge le soin de déterminer d'après sa propre conviction le crédit qui doit être apporté aux moyens de preuve librement débattus devant lui.

Il existe donc une sorte de dilemme de la preuve juridique qui se caractérise par une tension entre prédétermination et liberté :

- ou bien le droit de la preuve est l'ensemble des lois qui régissent une stricte causalité entre les moyens de preuve et l'événement qu'il s'agit de prouver ;

- ou bien le droit de la preuve investit le juge du soin d'établir la vérité, sans prévoir ni décrire en termes généraux les règles de fond de la preuve mais en imposant seulement au juge le respect de règles de procédure.

Cette opposition est certes moins radicale qu'il y paraît :

- d'abord parce qu'un même système juridique peut faire appel à l'une et à l'autre de ces deux conceptions. Tel est le cas du droit français qui exige la preuve écrite – prédéterminée – des actes juridiques et consacre la liberté de preuve des faits juridiques ;

- ensuite parce que ni l'une ni l'autre des branches de l'alternative ne sont absolues :

- la preuve légale n'est pas exclusive d'une appréciation du juge qui interprète souverainement la volonté des parties ;
- la preuve morale peut rencontrer un obstacle dans des règles extérieures au droit probatoire comme, par exemple, celles relatives au secret professionnel.

Ces nuances confirment, au fond, le caractère irréductible de l'opposition des deux conceptions.

- La preuve morale est celle des faits juridiques : en matière délictuelle il n'y a pas de préconstitution possible de la preuve. La victime n'a pas les moyens de se ménager à l'avance la preuve de son droit qui est donc librement débattue devant le juge.

- La preuve légale est celle des actes juridiques : en matière contractuelle, la preuve peut être constituée en même temps que le contrat. Le droit est prévisible.

Cette résistance des deux conceptions de la preuve juridique résulte de la manière singulière dont chacune d'elle intègre la durée à cette « représentation » d'un événement que constitue toute preuve juridique. En effet, le temps ne joue pas le même rôle dans le domaine des faits et dans celui des actes juridiques.

Dans le domaine des faits juridiques, c'est d'instabilité qu'il s'agit : le temps érode, altère ou détruit la matérialité des faits qu'il s'agit de prouver. La preuve morale ne postule pas l'équivalence du présent et du passé mais l'irréversibilité de l'un à l'autre, qui décrit les événements de manière univoque.

Dans le domaine des actes juridiques c'est, au contraire, de stabilité qu'il s'agit. La préconstitution de la preuve est une simplification qui postule l'équivalence du présent et du futur, sans rupture dans la durée ni évolution perturbante. L'écrit transcende le temps et aspire à l'immuable.

Le temps n'a donc pas la même signification en matière de preuve des faits et en matière de preuve des actes juridiques. La preuve écrite prédéterminée n'autorise pas de distinction entre le présent et le futur : le choix est prévisible. La preuve libre consiste, au contraire, à établir l'irréversibilité entre les moyens de preuve et les faits qu'il s'agit de prouver : le juge choisit entre des possibilités diverses ou opposées.

De nos jours, l'irruption de l'immatériel et son expansion considérable perturbe quelque peu notre perception de la preuve des actes juridiques. L'enregistrement électronique ou électromagnétique des données – en tant qu'elles sont l'expression de la volonté humaine – prétend sur le plan de la preuve à l'efficacité de l'acte écrit. Pourtant le support électronique n'est pas « *instrumentum* » de nos actes écrits.

À l'évidence le support électronique n'est pas comme l'écrit cette trace directe et visible de la pensée mais un visible virtuel insusceptible de naître à la lecture sans manipulation. Il n'opère donc pas comme l'écrit, cette restitution sensible de la pensée qui lui permet de se reconnaître immédiatement. Nulle réflexivité du sensible, nulle métamorphose comparable du voyant au visible entre l'écrit et l'enregistrement électronique.

Mais, à l'évidence, aussi, l'enregistrement électronique peut contenir l'expression de la volonté et, en ce sens, on doit lui appliquer les règles de la preuve des actes juridiques.

La question est alors de savoir si et à quelles conditions la preuve de l'acte dématérialisé peut être préconstituée. Cette question à une importance pratique d'autant plus grande que la sécurité juridique repose sur l'efficacité de la preuve produite. Pour un droit ne pas être prouvé ou ne pas exister est, dit-on, la même chose.

Or, en matière d'actes juridiques, la durée est doublement au cœur de la preuve : un acte juridique n'est probant que s'il est fidèle et durable. Fidèle, cela signifie qu'il doit traduire la volonté exacte sans changement ni transformation. Durable, cela signifie que la vérité dont il est porteur doit pouvoir être rapportée à tout moment.

## I. — LA SÉCURITÉ JURIDIQUE FONDÉE SUR LA FIDÉLITÉ DE LA PREUVE.

Si la loi retient l'écrit comme mode de preuve fiable, c'est parce que l'écrit en tant qu'« *instrumentum* » est considéré comme l'expression fidèle de la volonté des parties, établie avant tout litige. Fidélité ne signifie pas certitude puisqu'aussi bien l'écrit peut être contesté : l'acte sous seing privé par dénégation et l'acte authentique, expression suprême de l'écrit, par l'inscription de faux.

En constatant que l'acte dématérialisé n'est pas réductible à l'écrit, on est conduit à chercher à le « sauver » en tant que moyen de preuve préconstitué. Ce ne sont pas tant des considérations d'altérations ou de falsifications qui incitent à refuser l'assimilation (puisque'on a vu que ces mêmes considérations n'empêchent pas de retenir l'écrit comme moyen de preuve) que celles tirées de sa fidélité à la volonté des parties : l'enregistrement informatique ne peut être lu sans décodage, il n'est pas intelligible immédiatement...

L'acte dématérialisé ne peut-il pour autant accéder à la « dignité » de l'écrit en tant que moyen de preuve ? Sa preuve peut-elle, autrement dit, faire l'objet d'une préconstitution ? Ou bien doit-on considérer l'enregistrement informatique comme un simple fait juridique soumis pour la preuve aux aléas du procès ?

À la vérité il existe deux moyens de préconstituer la preuve d'un acte juridique ; il faut :

- ou bien se conformer aux prescriptions de la loi (A)
- ou bien se conformer à l'aménagement organisé par la convention des parties (B)

A. — *La preuve légale des actes juridiques*

La preuve légale des actes juridiques reste fortement attachée à l'écrit (1) Si ce principe comporte des exceptions, ces dernières n'ont pas, généralement, pour effet d'aboutir sur le plan de l'efficacité de la preuve à une équivalence de l'acte dématérialisé avec l'écrit. Cette dernière affirmation mérite d'être nuancée à la lumière d'une récente décision de la Cour de cassation (non publiée à la date de la rédaction de ces lignes) et dont la portée laisse perplexe son commentateur (Cass. com. 2 déc 1997 D.II.1998 192 note Martin).

1. *Principe de l'exigence de l'écrit.*

L'exigence de l'écrit affirmée par l'article 1341 du code civil pour la preuve des obligations supérieures à un certain montant déterminé par décret, conduit, en pratique, à exclure pour les actes juridiques, tout autre moyen de preuve et notamment la preuve immatérielle.

Certes l'écrit de l'article 1341 c. civ. est une exigence de preuve et non une condition de validité de l'acte. En principe l'aveu ou le serment pourrait restituer sa force à l'acte qui ne serait pas constaté par écrit, mais ces moyens restent, en pratique peu opérationnels et la loi elle-même renforce parfois cette exigence de l'écrit :

- soit en supprimant toute référence à un autre moyen : comme dans le cas du bail qui n'a pas reçu un commencement d'exécution (art. 1715 c. civ.) ;
- soit en imposant une intervention humaine spécifique :
  - tel est le cas des actes solennels comme le contrat de mariage qui doit être conclu par acte devant notaire à peine de nullité,
  - tel est le cas des diverses mentions manuscrites de protection de celui qui s'engage, exigées par le code civil ou plus encore par des lois postérieures.

Il n'est pas étonnant, que, dans ces conditions, on se tourne pour tenter d'échapper à cette exigence de l'écrit vers les exceptions au principe posé par l'article 1341 c. civ.

## 2. Les exceptions.

Ces exceptions sont de plusieurs sortes. Elles ont pourtant ceci en commun qu'en faisant échapper les plaideurs au régime de la preuve légale, elles les contraignent à débattre d'une vérité parfois difficile à démontrer.

La liberté de preuve existe d'abord pour les obligations inférieures à 5 000 francs, ce qui englobe naturellement un nombre considérable d'opérations. Encore faut-il entendre ce montant non comme un plafond fixé par opération mais comme le montant de la demande en justice. M. Lucas de Leyssac observe que « cela restreint le champ de la liberté car s'il est rare que le consommateur se livre à des opérations d'un montant unitaire qui excède ce plafond, il est plus fréquent que la demande dirigée contre lui soit supérieure » (*Petites Affiches* 29 mai 1996 n° 65). Aussi, il n'est pas étonnant que parmi les adaptations jugées nécessaires à l'évolution des nouveaux marchés, le rapport Lorentz envisage une réévaluation du seuil de l'article 1341.

La liberté existe ensuite pour les actes entre commerçants. L'article 109 c. com. dispose « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens. » Les commerçants sont donc confrontés à exigence probatoire de l'article 1341 c. civ. lorsqu'ils entendent dans un acte mixte faire preuve contre un non commerçant, lequel peut se prévaloir contre le commerçant de la liberté de preuve de l'article 109 c. com.

- On a alors pensé résoudre la question de la preuve immatérielle par le recours aux articles 1347 et 1348 du code civil.

- L'article 1348, d'abord. Certains auteurs ont soutenu que le support informatique constitue « l'impossibilité de se procurer l'écrit » prévue par cet article. (Chamoux, « Loi du 12 juillet 1980 », *J.C.P.g* 1980 II n° 13491). On ne peut sans forcer ce texte souscrire à cette opinion et la majorité des auteurs la rejette (J Huet, *Droit de l'informatique*, n° 608 ; E. Caprioli, *Preuve et signature dans le commerce électronique – Droit et Patrimoine*, déc. 1997 ; Lucas de Leyssac, « Droit fondamental de la preuve. L'informatique et la télématique ». *Petites affiches* 29 mai 1996). Ce dernier auteur fournit le motif pertinent de ce rejet : « on ne saurait admettre que l'exploitant d'un système informatique se prévale de l'impossibilité dans laquelle il s'est lui-même placé de se procurer un écrit en mettant en exploitation un système dont la conception crée cette impossibilité ».

- L'article 1347 du code civil est une autre exception à l'exigence de l'écrit. Le commencement de preuve par écrit ne fait pas complètement preuve : il rend vraisemblable le fait allégué et rend admissible la preuve par témoin ou présomption. Mais surtout l'écrit a cessé d'être considéré par la jurisprudence comme un élément constitutif du commencement de preuve par écrit. Si bien qu'on a vu dans l'article 1347 c. civ. le moyen d'opposer l'enregistrement informatique à celui qui l'utilise. Me Caprioli fait observer à cet égard que le document informatique n'est jamais unique ni original. L'utilisation de ce moyen de preuve nécessite alors un document papier rédigé en langage intelligible.

Toutes les exceptions au principe de l'exigence de l'écrit – à supposer d'ailleurs qu'elles soient toutes admissibles, ce qui est peu probable – ont pour effet de faire bénéficier l'acte dématérialisé d'un régime de liberté de preuve. Mais est-ce efficace ? Le risque est grand d'imposer au plaideur une recherche de la preuve qui s'enlise dans des contestations sans fin.

C'est pour cette raison qu'on a cherché à ériger en preuve légale certains documents informatiques :

- Tel a été l'objet de l'article 47 de la loi de finances pour 1990 qui prévoit pour la déduction de la TVA la possibilité pour les entreprises de transmettre à leurs clients leurs factures par télématique « Les factures transmises par voie télématique constituent des documents tenant lieu de factures d'origine ».

- Tel est aussi le cas de l'article 4 de la loi du 11 février 1994 (dite loi Madelin) qui reconnaît que « la réception d'un message transmis conformément aux dispositions du présent article tient lieu de la production d'une déclaration écrite ayant le même objet ».

- Tel est encore le cas en matière douanière de l'arrêté du 26 janvier 1993 qui dématérialise les déclarations statistiques douanières ou encore du décret du 7 février 1994 concernant les déclarations et versements de cotisations de sécurité sociale.

Pourtant, on constate que lorsqu'un dispositif réglementaire reconnaît indiscutablement l'équivalence des messages électroniques avec l'écrit, c'est le plus souvent par l'intermédiaire de la mise en œuvre de la technique contractuelle qui organise la fidélité de la transmission.

Ainsi, l'arrêté du 26 janvier 1993 indique que les déclarations d'échanges de biens peuvent être transmises par voie informatique « sur autorisation de l'administration et dans le cadre d'une convention particulière et révocable à tout moment ». Le décret du 7 février 1994 prévoit également que l'employeur peut utiliser un procédé informatique de transmission des données dans le cadre d'une convention qu'il passe avec l'organisme de recouvrement dont il relève. L'article 4 de la loi Madelin énonce que les déclarations par les entreprises à l'administration peuvent être transmises par voie électronique dans les conditions fixées par voie contractuelle (sur ce sujet cf. Breban et Pottier, « Sécurité, authentification et dématérialisation » *in Gaz. Pal.* 1996.863)

Ainsi lorsque la loi affirme l'équivalence de l'acte dématérialisé avec l'écrit elle ne parvient à ce résultat que par le moyen d'une organisation conventionnelle des rapports

des intéressés qui respecte l'exigence de fidélité. C'est cette organisation conventionnelle de la preuve de l'acte dématérialisé qui va maintenant retenir notre attention.

### B — *La convention source de sécurité de la preuve*

La convention est, en effet, le moyen d'assurer la préconstitution de la preuve et de retrouver le bénéfice des effets de la preuve légale, c'est-à-dire le moyen d'emporter la conviction du juge sans risque de discussions infinies.

La question de la licéité des conventions sur la preuve a été discutée. La doctrine contemporaine en admet la validité de principe parce que les conventions sur la preuve qui concernent des intérêts privés ne sont pas d'ordre public (cf. L. Aynes, *Les obligations* n° 464 ; Lucas de Leyssac, « Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique », *Cahiers du Barreau de Paris*, oct. 1987 p. 53). La jurisprudence en fait aussi application dans le domaine informatique à l'occasion du paiement effectué par carte de crédit (Cass. civ Ière 8 nov. 1989, *Credicas Bull.* I 342) : « La société Credicas (émetteur de la carte) invoquait l'existence dans le contrat d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites » La licéité des conventions sur la preuve doit donc être admise spécialement lorsque la convention modifie les règles légales de preuve pour en atténuer les effets.

Les conventions sur la preuve de l'acte dématérialisé portent principalement sur l'objet et la charge de la preuve.

#### 1.- *L'objet de la preuve*

L'acte dématérialisé doit faire la preuve de son auteur et la preuve du contenu de la transaction.

*Preuve de l'identité de l'auteur* : Sur ce point les conventions sur la preuve s'efforcent d'établir un substitut à la signature manuscrite. Or, si aucune disposition légale ne définit en droit français la signature (bien que de nombreuses dispositions y fassent référence) on ne peut sur le plan de la preuve juridique assimiler signature manuscrite et signature électronique pour cette raison évidente que la signature manuscrite exige la présence de la personne à laquelle on l'impute.

On fait valoir cependant que la signature manuscrite ou électronique se définit par une double fonction : l'identification de son auteur et son adhésion au contenu de l'acte.

Parmi les différents systèmes de signature électronique existants ou envisagés, on en retiendra deux qui trouvent tous deux le fondement de leur force probante dans la convention des parties.

Il s'agit en premier lieu du code électronique qui est le système utilisé par les cartes bancaires de paiement. Il s'agit d'une combinaison de chiffres affectée personnellement au titulaire de la carte. La validité juridique du code repose ici sur une convention de preuve comme l'indique la jurisprudence *Credicas* : « les conventions relatives à la

preuve sont licites pour les droits dont les parties ont la libre disposition ». On peut penser cependant que si une telle convention est licite, c'est parce que le système technique utilisé présente un certain degré de fiabilité. On a relevé que dans le cas d'un code à quatre chiffres dans un système ne permettant que trois essais, un fraudeur n'a que 0,03 % de chances de découvrir le code secret. (Cf Amory et Themis). On peut donc penser que la preuve fondée ici sur la convention n'a de valeur juridique qu'en raison de considérations statistiques. Cette solution est, d'ailleurs à rapprocher de la jurisprudence qui retient une vérité probabiliste à propos du cinémomètre (Cas. crim. 11 dec. 1985 *Gaz Pal.* 1986 II 627) ou à l'occasion des litiges relatifs aux consommations d'eau, ou encore d'autres affaires de cartes bancaires (Pau 17 oct. 1984 ; Paris 29 mars 1985 ; Montpellier 9 avril 1987)

Dans toutes ces hypothèses la vérité statistique ne peut être exclue de la force attachée aux conventions.

L'autre manière d'aborder la question de la signature électronique est celle du tiers certificateur dont la fonction est d'établir formellement le lien entre le signataire et les clés qu'il utilise. Le certificat d'identification qu'il délivre permet de s'assurer de l'identité du contractant.

La création et la gestion des certificats exigent la mise en place de toute une organisation et, comme le suggère Me E. Caprioli, la mise en place d'un système de garantie propre à assurer les conséquences de la responsabilité civile du tiers certificateur.

*Preuve du contenu de l'acte.* C'est au moyen d'une extension de la mission du tiers certificateur que l'on a songé à garantir la transmission du contenu de l'acte. Le tiers de confiance n'est pas seulement certificateur de l'identité des signataires mais aussi du contenu du message et de l'accusé de réception.

La création d'un système de certification de l'identité des parties et du contenu de l'acte passe par la mise en place d'une organisation complexe qui détermine les personnes susceptibles d'émettre les certificats, contrôle la fiabilité des systèmes de transmissions utilisés. M. J. Huet remarque qu'une telle organisation est concevable dans les relations suivies entre professionnels et que la difficulté est plus grande lorsque les relations à organiser présentent un caractère occasionnel sauf à recourir à un tiers institutionnel. (« Formalisme et preuve en informatique et télématique » *J.C.P.g.* 1989 I 3406). Le notariat a certainement un rôle à jouer dans ce domaine, et d'ailleurs il y songe.

## 2.- La charge de la preuve.

On comprend aisément que devant la difficulté pour le créancier d'apporter la preuve de l'acte dématérialisé, la tentation soit grande de rechercher conventionnellement à en reporter la charge sur le débiteur : la difficulté de la preuve pèse alors sur celui qui a décidé d'en assumer la charge !

Pourtant si les règles de preuve sont supplétives, il est inconcevable de denier au débiteur toute possibilité de contester l'obligation mise à sa charge. C'est pour cette

raison que les conventions sur la preuve se placent souvent sur un autre terrain qui est celui de la responsabilité civile.

La convention « carte bleue » prévoit que les enregistrements comportant utilisation du code secret réalisés avant opposition entraînent la responsabilité du titulaire de la carte et M. Gavalda observe à leur propos, que ces clauses constitueraient des clauses abusives (note sous Cass. com. 1er mars 1994 *J.C.P.* E 1994 II 581).

C'est d'ailleurs sur le terrain de la responsabilité du dommage causé par le retrait illégal que se place la jurisprudence Camuel (Cass. com. 8 oct 1991 *J.C.P.* E 1992 II 254 note Gavalda) en décidant que la banque qui avait reçu une opposition n'avait pas utilisé tous les moyens mis à sa disposition pour éviter que des retraits soient effectués, sans rechercher si le débiteur avait violé son obligation de conserver le secret du code.

## II. — LA SÉCURITÉ JURIDIQUE FONDÉE SUR LE CARACTÈRE DURABLE DE LA PREUVE

Pour remplir son rôle de preuve préconstituée l'« *instrumentum* » doit pouvoir être produit à tout moment. Le caractère durable de l'« *instrumentum* » est donc un élément essentiel de la preuve des actes juridiques. On examinera brièvement deux questions, moins d'ailleurs pour leur intérêt juridique, que pour illustrer la complexité des problèmes matériels que paradoxalement la dématérialisation des actes juridiques pose à la vie quotidienne des entreprises. Il s'agit du problème des copies (A) et de celui de l'archivage (B).

### A. — *Les copies*

Ici, la question est de savoir si la copie réalisée par un procédé informatique est la reproduction d'un original papier ou s'il s'agit d'un document ayant pour origine exclusive un enregistrement informatique.

On a suggéré de considérer que si un enregistrement informatique ne constitue pas un écrit au sens du droit de la preuve, on pourrait au moins le considérer comme une copie au sens de l'art. 1348 al. 2 c. civ. afin d'en admettre la production par la partie qui n'a pas conservé l'original. Mais, cette tentative pour ériger l'enregistrement informatique au rang de l'écrit a avorté dans la mesure où dans l'enregistrement informatique il n'y a pas d'original.

Si bien que même en ayant recours à la notion d'« originaire » dont parle Me Bensoussan (« Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique », *Gaz. Pal.* 18 juillet 1991) la forme dématérialisée d'un document s'oppose à ce qu'on en établisse des copies.

Au contraire, lorsqu'il existe un original écrit, la copie obtenue par un procédé informatique doit retrouver toute sa valeur, à la condition d'être à la fois fidèle et durable et sous réserve de l'observation de certains textes comme par exemple le décret du 2 décembre 1952 concernant les procédés de reproduction des actes des notaires.

B. — *L'archivage*

La question de la conservation des documents se pose dans les mêmes termes que celle des copies. Ce sont les documents originaux qu'il s'agit de conserver, c'est-à-dire les documents papiers chaque fois que la loi n'en décide pas autrement et pour des durées variables en fonction des prescriptions légales.

Dans ce domaine le législateur est intervenu pour consacrer la valeur juridique de certains documents dématérialisés. On a cité l'exemple des factures de TVA et des documents comptables. La loi prévoit dans ce cas des normes d'identification et de conservation des documents (numérotage des documents, etc.) afin de faciliter leur consultation.

Les notaires pour des problèmes d'espace s'intéressent aussi à l'archivage électronique des documents qui facilite leur consultation. Mais il ne peut s'agir que d'instruments de travail et non de preuve.

En tout état de cause l'archivage électronique des documents pose un problème pratique semble-t-il : celui d'être en mesure de disposer du lecteur adéquat au moment où le document devra être consulté.

L'irruption de l'immatériel met en évidence toute la complexité du réel et souligne que le temps est au centre du problème de la preuve juridique. Dans l'instabilité actuelle de l'environnement informationnel, la tension entre un droit de la preuve régi strictement par des lois et un droit de la preuve où rien ne peut être établi à l'avance, laisse place à l'émergence d'un droit dans lequel la prévision des hommes c'est-à-dire leurs conventions créatrices est appelée à jouer le rôle essentiel. Mais on peut constater, aussi, que ces conventions supposent la création de vastes ensembles organisés en fonction de solidarités particulières (comme Swift) ou peut-être demain à compétence générale comme le « tiers de confiance ».

À cet égard, c'est un peu un paradoxe de l'histoire que le développement de nouvelles technologies ressuscite le vieil adage « témoins passent lettres »... Mais c'est aussi la preuve de la vigueur des concepts du code civil.

10 rue du Cirque  
75008 Paris