

La preuve électronique :

[...]

7. La notion de « document électronique » doit être identifiée, puisqu'un document est, selon le Littré (1881) une chose qui renseigne et que, précisément, la preuve repose sur l'existence d'un support, c'est-à-dire d'une chose. La loi offre désormais une définition de la preuve littérale, à partir de laquelle est construite la preuve littérale électronique.

a) La définition de la preuve littérale - que la loi assimile à un écrit - est proposée à l'article 1316 qui dispose : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Ce texte appelle deux observations.

8. La première observation est que si ces dispositions se présentent comme une définition de la preuve écrite, il s'agit en réalité d'une définition de l'écrit. En effet, de la généralité des termes employés, il résulte que toute trace devient une preuve littérale, indépendamment de la durabilité de son support et sans préciser pour qui l'inscription doit être intelligible. C'est en fait l'article 1316-1 qui, en énonçant les conditions auxquelles l'écrit électronique est admis en preuve, définit la preuve électronique opératoire (1).

La seconde observation est que l'écrit défini au texte suppose deux éléments: un élément matériel en ce qu'il faut des signes et un élément intellectuel en ce que ces signes doivent être chargés de signification, que cette intelligibilité soit immédiate (support analogique), ou seulement médiata (support numérique).

Ces éléments sont toutefois insuffisants pour identifier une preuve: il faut y ajouter le support. Cet élément, juste évoqué négativement par la loi, est essentiel puisque c'est sur lui que repose l'efficacité de la preuve préconstituée. Le support fixe les signes, il les fige dans un état donné, il permet alors leur (re)production, il permet donc de préconstituer la preuve. L'idée n'est pas nouvelle: verba volant, scripta manent.

Voilà ainsi identifiée l'unité profonde de l'écrit (électronique ou sur papier) : c'est le support d'une volonté formalisée. La différence importante qui sépare l'écrit électronique de l'écrit sur papier tient à la matière du support et des signes employés. D'où, en conséquence, l'exigence de conditions spécifiques pour que du document électronique jaillisse une preuve électronique.

b) 9. La définition de la preuve littérale électronique permet ensuite à la loi de faire - implicitement - revenir au premier plan le support. En effet, ce qui sépare le support papier du support électronique ce sont :

- l'intégrité, l'inaltérabilité du document (les signes électroniques sont modifiables à l'infini sans que cela ne se voie) ;

- et le lien entre le contenu d'un acte et sa signature (qui est naturel avec du papier dont le contenu rédactionnel est enfermé dans la « limite des 4 coins », mais inexistant avec l'électronique).

L'article 1316-1 énonce alors que « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

Ce texte, qui s'applique indifféremment à l'acte authentique et à l'acte sous seing privé, pose donc deux conditions.

Première condition : il faut pouvoir identifier la personne dont le document électronique émane. Ce terme est énigmatique du fait de sa possible ambivalence car le document électronique n'émane pas nécessairement et seulement de la personne qui s'engage : il émane tout aussi bien de l'organisme chargé du routage technique ou de la machine (2). Sans doute cela signifie-t-il simplement que le document électronique doit être signé. Il sera alors signé par les parties s'agissant d'un acte sous seing privé et par un officier public (le notaire principalement) s'agissant d'un acte authentique. La signature en question est alors la signature électronique envisagée à l'article 1316-4 du Code civil.

La seconde condition légale est que l'établissement et la conservation du document électronique soient faits dans des conditions aptes à en garantir l'intégrité. Autrement dit, le support ne doit pas s'altérer, il ne doit pas, non plus, être manipulé. Indirectement, c'est la question de l'archivage qui est abordée, mais de loin. A juste titre, car c'est affaire de technique. La loi ne pouvait pas, même elle ne devait pas, entrer dans le détail.

Cela étant, parmi les solutions envisageables, on peut imaginer:

- que le texte, après avoir été signé, soit techniquement inaltérable; le terme de « boîte noire » a été évoqué à cet égard (3) ;
- que le texte soit détenu par un tiers: c'est le « cybernotary » à l'américaine : c'est également le lettré du temple, gardien du support.

Ce qui montre clairement que le notaire, en sa qualité traditionnelle de depositaire des instruments de preuve, pourrait être amené à jouer un rôle important dans le domaine ... des actes sous seing privé !!

10. L'utilité de l'article 1316-1 est néanmoins contestable. Ce texte se borne à déterminer la recevabilité d'un document électronique (« admis en preuve »), alors qu'aux termes même de l'article 1316 du Code civil, la loi dit déjà, et sans exiger de conditions particulières, que le document électronique constitue une preuve littérale. Seulement voilà, un écrit ne constitue pas, en lui-même, une preuve opératoire au sens de l'article 1341 du Code civil. L'écrit doit devenir valablement un acte authentique ou un acte sous seing privé; à défaut, il constitue simplement un indice. Or, l'efficacité d'un indice, qui par ailleurs constitue une preuve littérale, résulte toujours et seulement de l'intime conviction du juge: il y a donc nécessairement une incertitude. Ce résultat est précisément celui que le système de la preuve légale cherche à éviter le plus possible et au moindre coût.

En définitive, seule la signature électronique, des parties pour l'acte sous seing privé, d'un officier public pour l'acte authentique, permet de détenir une preuve littérale opératoire dans le système légal français. [...]

A. Raynouard, Droit de la preuve, nouvelles technologies et signature électronique, Defrénois, 2000, art. 37174, p. 593 (extrait) n° 7 à 10

(1) Ce sont les anciennes N.T.I.C., lorsqu'il s'agissait des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

(2) A. Raynouard, La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, observations critiques, Rép. Defrénois 2000, article 37174, p. 593.

(3) Sur ce point, v. A. Raynouard, article précité, n° 16.