

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique

Amory, Bernard; Pouillet, Yves

Published in:

Revue internationale de Droit comparé

Publication date:

1985

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Amory, B & Pouillet, Y 1985, 'Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique', *Revue internationale de Droit comparé*, numéro 2, pp. 331-352.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE DROIT DE LA PREUVE FACE A L'INFORMATIQUE ET A LA TÉLÉMATIQUE

par

Bernard AMORY

Conseiller juridique au Cabinet Dechert,
Price and Rhoads (Bruxelles)
et Assistant au Centre de recherches Informatique
et Droit des Facultés universitaires de Namur

et

Yves POULLET

Chargé de Cours à la Faculté de droit de Namur
et Directeur du Centre de recherches Informatique
et Droit des Facultés universitaires de Namur

L'informatique et la télématique ont permis le développement de nouvelles techniques de traitement des informations et de conclusion des transactions. Ces techniques soulèvent des questions juridiques parfois difficiles, notamment en matière de droit de la preuve.

En droit anglo-saxon, les règles de l'ouï-dire et de l'original s'opposent, en principe, à la recevabilité des documents d'origine informatique devant les cours et tribunaux. En droit civil, les problèmes se posent en termes de validité de ces documents à titre de preuve des actes et faits juridiques qu'ils constatent.

Le présent article a pour objet d'examiner les réponses juridiques qui peuvent être apportées aux problèmes évoqués dans leurs systèmes de droit respectifs tout en tenant compte des aspects techniques particuliers de la problématique.

New techniques of data processing and conclusion of agreements have been brought about by computers and telecommunications. These technolo-

gies rise some difficult legal questions, notably with regard to the law of evidence.

The hearsay rule and the best evidence rule theoretically prevent the admissibility of computer-kept records before the courts of the anglo-saxon legal system. In civil law, the validity of such records as evidence of the acts and facts contained therein is questionable.

This article purposes to examine legal answers to these problems in both the anglo-saxon and the civil legal systems in the light of the specific aspects of the technologies involved.

Le nombre d'informations qu'en vertu de la loi ou, simplement par prudence, les entreprises sont tenues de conserver pendant des délais parfois assez longs, leur pose dans certains cas de réels problèmes de place qui se répercutent sur les frais généraux (1).

L'un des avantages qu'a apporté l'usage de l'ordinateur dans la vie des affaires est de permettre la réduction du volume des documents conservés dans les archives et d'en faciliter le traitement. La nécessité pour les entreprises de pouvoir procéder à des enregistrements informatiques n'est d'ailleurs plus contestée (2).

L'usage combiné de l'informatique et des télécommunications (technique dénommée « télématic ») offre encore d'autres possibilités comme la réalisation à distance de certaines opérations telles que les transferts électroniques de fonds, les commandes de biens de consommation, les consultations de banques de données et divers autres types d'échanges d'informations.

Ces nouvelles techniques dont on découvre seulement les premières possibilités d'applications soulèvent dès à présent des questions juridiques parfois difficiles, notamment en matière de droit de la preuve.

Le traitement et la conservation d'informations sous forme de documents informatiques (listings d'ordinateurs, bandes magnétiques, disques, microfilms de sortie d'ordinateur) constituent-ils la préconstitution valable d'une preuve à faire valoir en cas de litige ? Ces procédés sont-ils conformes aux exigences du droit comptable, fiscal et social, relatives à la préparation et à la conservation de certains documents ?

Les transactions qui peuvent aujourd'hui se réaliser par le biais d'ordinateurs (dites « transactions télématiques ») répondent-elles aux exigences légales de preuve des actes juridiques ?

Les réponses à ces questions seront envisagées successivement dans deux systèmes juridiques : le droit anglo-saxon d'une part (plus particulièrement les droits anglais et américain) et le droit civil d'autre part (plus particulièrement les droits français et belge).

Cette approche juridique sera précédée par un aperçu général de la crédibilité des documents d'origine informatique et suivie de quelques

(1) Cf. à cet égard les chiffres impressionnants cités par F. CHAMOIX, *La preuve dans les affaires*, Paris, Litec, 1980, p. 103 et s.

(2) *Ibidem*.

réflexions sur des solutions techniques aux problèmes juridiques en suspens.

I. LA CRÉDIBILITÉ DES DOCUMENTS D'ORIGINE INFORMATIQUE OU TÉLÉMATIQUE

Dans quelle mesure les documents soumis à un traitement informatique et/ou obtenus par voie télématique reflètent-ils fidèlement l'information qu'ils sont supposés contenir ? Ces documents sont exposés à deux types de risques : les erreurs et les fraudes.

A. — Les risques d'erreurs

Les erreurs ont différentes origines : humaine, technique ou externe.

Les erreurs qui semblent de loin les plus fréquentes sont les erreurs d'origine humaine (3). Elles risquent surtout de se produire lors de l'introduction et de la manipulation des données. Ainsi, dans les transferts électroniques de fonds l'absence d'une structure normalisée universelle des messages provoque des risques d'erreurs humaines au niveau de l'interprétation et de l'encodage par les différents intermédiaires intervenant dans la transmission d'un ordre bancaire (4).

Les erreurs d'origine externe sont celles qui sont imputables à l'environnement. Des mauvaises conditions de température ou d'humidité, la présence de poussières, de vibrations, d'électrostaticité ou d'électromagnétisme, des irrégularités dans l'alimentation électrique, etc..., sont autant de facteurs qui peuvent être la cause d'une panne, laquelle peut entraîner la déformation ou la suppression des données.

Enfin, on qualifiera l'erreur comme étant d'origine technique, lorsque l'erreur résulte d'un mauvais fonctionnement du logiciel, du matériel ou du système de transmission de données reliant différentes entités informatiques. Grâce aux progrès techniques, les erreurs dues à des défauts du matériel et du logiciel sont devenues très rares (5), alors que les défaillances dans les systèmes de communications sont encore fréquentes. Par contre, les premières sont susceptibles d'entraîner des conséquences graves car elles ont souvent un caractère répétitif.

De façon générale, on peut estimer que l'informatique et la télématique ont diminué le risque d'erreurs susceptibles de se produire dans la préparation, la conservation et la transmission des données, mais que les

(3) J.-D. DEHETRE, « Data Processing Evidence, is it Different ? », *Chic Kent Law Rev.*, 1975, 570 ; W. A. FENWICK et G. K. DAVIDSON, « Use of Computerized Records as Evidence », *Jurimetrics Journal*, 1975, 21 ; R. REESE, « Admissibility of Computer Kept Business Records », *Cornell Law Review*, 1969-1970 ; J. A. SPROWL, « Evaluating the Credibility of Computer Generated Evidence », *Chic Kent Law Rev.*, 1975, 543.

(4) V. à ce sujet l'effort réalisé par l'Organisation Internationale de Normalisation (I.S.O.). Cf. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. A/CN.9/250/Add. 4, 11 et s.

(5) V. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. A/CN.9/250/Add. 4, 10.

conséquences d'une erreur, toujours statistiquement possible, peuvent être plus graves que dans les systèmes traditionnels, vu le grand nombre d'opérations qui peuvent être traitées par une seule machine et dans un temps réduit (6).

B. — Les risques de fraude

La fraude se différencie de l'erreur par son caractère intentionnel (7). Elle a donc nécessairement une origine humaine.

Contrairement à l'erreur, elle représente un risque très important et est actuellement considérée par le monde informatique comme un problème majeur (8). En effet, bien que les estimations soient très difficiles (peu de fraudes sont déclarées), la fraude a été chiffrée à 100 millions de dollars par an aux U.S.A. et à 30 millions au Japon (9).

La fraude peut être le fait des membres du personnel d'une entreprise ou d'une banque qui, connaissant le fonctionnement et les clés d'accès au service informatique, s'en servent à des fins personnelles. L'exemple classique est le détournement de fonds par un employé de banque qui programme un ordinateur à cet effet.

Des tiers peuvent également être auteurs de fraudes s'ils réussissent à accéder à un système et à le manipuler, notamment dans les réseaux télématiques où l'emploi de systèmes de télécommunications facilite ces accès frauduleux. Lorsque gratuitement, le fraudeur s'emploie à porter atteinte à des systèmes, par exemple en les paralysant par un encombrement volontaire des lignes, on parlera de sabotage informatique ou télématique.

Une autre forme de fraude est l'utilisation abusive par un titulaire de ses moyens d'accès à un système informatique, ainsi l'utilisation d'un système de transfert électronique de fonds au delà des limites de crédit permises par la banque.

C. — Conclusion

Qu'il s'agisse d'erreur ou de fraude, le risque augmente en fonction de la complexité du système que le traitement ou la communication d'une donnée nécessite. Cette complexité résulte aussi bien du nombre d'ordinateurs et logiciels utilisés que du type d'opérations effectuées.

Ainsi, les réseaux télématiques sont davantage exposés à ces risques que les systèmes isolés du fait de l'intervention d'un plus grand nombre de personnes et d'ordinateurs et surtout du fait de la vulnérabilité des liaisons entre ces ordinateurs. De même, une donnée simplement stockée en ordinateur sera moins exposée qu'une donnée à haute valeur ajoutée soumise de ce fait à un traitement plus complexe (exemple : *credit scoring*).

(6) *Ibidem*, p. 11.

(7) Pour une typologie de la fraude informatique, V. U. SIEBER, « Gefahr und Abwarh der Computer Kriminalität », *Betriebsberater*, 30 août 1982.

(8) D. B. PARKER, *Combattre la criminalité informatique*, Paris, OROS (à paraître), et M. COMER, « How to prevent computer fraud », *Asian Banking*, 1982, 35-37.

(9) M. BRIAT, « La fraude informatique », *L'observateur de l'O.C.D.E.*, mars 1984, 36 à 38.

De ce bref tour d'horizon des risques qui menacent la crédibilité des documents soumis à un traitement informatique ou obtenus par voie télématique, il ne faudrait pas conclure qu'ils sont peu fiables. Au contraire, des mécanismes efficaces de prévention, de détection et de correction des erreurs et de la fraude en diminuent fortement les effets. Enfin, il faut garder à l'esprit que la valeur d'un document de sortie d'ordinateur sera toujours dépendante de la valeur des données introduites au départ, c'est ce qu'exprime la formule anglaise « *Gigo* » (« *Garbage in, Garbage out* »).

II. L'APPROCHE JURIDIQUE ANGLO-SAXONNE

Le droit anglo-saxon de la preuve qui se caractérise par la richesse, la précision et la technicité de ses règles connaît deux principes fondamentaux qui semblent constituer des obstacles majeurs à l'admissibilité des documents d'origine informatique et télématique à titre de preuve des informations qu'ils contiennent. Il s'agit d'une part, de la règle de l'ouï-dire (« *Hearsay Rule* ») et, d'autre part, de la règle de l'original (« *Best Evidence Rule* »).

En vertu de la règle de l'ouï-dire, le témoignage, mode de preuve privilégié en droit anglo-saxon, n'est recevable que s'il émane de celui qui a eu personnellement connaissance des faits qu'il expose. C'est en effet la seule personne qui peut être valablement soumise à l'examen contradictoire (« *Cross-examination* »). Appliquée aux écrits, cette règle signifie qu'un document est irrecevable si son auteur n'est pas présent pour témoigner de son contenu devant le tribunal. Or, lorsque des données (par exemple, des factures) sont introduites dans un ordinateur, puis présentées sous forme de documents de sortie d'ordinateur, l'information originaire est passée dans plusieurs « mains » : celles de l'auteur du document original (dans notre exemple : la facture), et celles de l'encodeur qui n'est pas nécessairement la même personne ni même dépendant de ce dernier (cas du service-bureau), et enfin, celles de l'ordinateur puisque celui-ci en traitant et/ou conservant l'information, est susceptible de la transformer. L'ordinateur ne pouvant, par sa nature, être soumis à l'examen contradictoire, la doctrine (10) et la jurisprudence (11) ont toujours considéré les documents de sortie d'ordinateur comme preuve par ouï-dire.

(10) D. BENDER, *Computer Law : Evidence and Procedure*, M. Bender, Ed., 1978 ; W. A. FENWICK et G. K. DAVIDSON, *op. cit. supra* note (3) ; F. B. LACEY, « Scientific Evidence », *Jurimetrics Journal*, 1984, 254 à 272 ; L. E. MILLS, K. J. LINCOLN et C. E. LAUGHEAD, « Computer Output, its Admissibility into Evidence », *Law and Computer Technology*, 1970, 14 à 21 ; R. REESE, *op. cit. supra* note (3) ; J. J. ROBERTS, « A Practitioner's Primer on Computer Generated Evidence », *University of Chic law Rev.*, 1974, 254 à 280 ; N. E. SMITH, « Evidence Admissibility of Computer Business Records, an Exception to the Hearsay Rule », *North Carolina Law Rev.*, 1969-1970, 687 à 697 ; C. TAPPER, « Evidence from Computers », *Georgia Law Review*, 1974, 562 à 613 ; R. P. WALLACE, « Computer Printouts of Business Records and their Admissibility in New-York », *Albany Law Rev.*, 1967, 61 à 73 ; NOTE, « Appropriate Foundation Requirements for Admitting Computer Printouts into Evidence », *Wash. Univ. Law Quart.*, 1977, 59 à 93.

(11) Cf. en droit américain notamment, *Transport Indemnity Co v. Seib.*, 178 Neb. 253, 132, N.W. 2d 871 (1965) ; *United States v. De Georgia*, 420 F. 2d 889 (9th Cir. 1969) ; *King*

En vertu de la règle de l'original, un document n'est, en principe, recevable que s'il est produit dans sa version originale. Or, les documents de sortie d'ordinateur ne sont souvent que la transcription d'un écrit traditionnel (facture, bon de commande, ...) lequel constitue l'original qui est souvent détruit peu après son enregistrement informatique. Même lorsqu'il n'existe pas de document écrit à la base du document de sortie de l'ordinateur, par exemple dans la technique de l'enregistrement direct, ne doit-on pas considérer que l'original est la donnée contenue dans l'ordinateur sous forme magnétique ou électronique et que l'imprimé produit par la machine sur laquelle elle apparaît de façon lisible n'en est qu'une transcription et, comme telle, irrecevable devant un tribunal ?

Il existe heureusement tant en droit américain qu'en droit anglais, de nombreuses exceptions aux règles de l'original et de l'ouï-dire dont nous allons examiner l'applicabilité aux documents de sortie d'ordinateur (12).

A. — La règle de l'ouï-dire

1. En droit anglais

En l'absence d'exception jurisprudentielle à la règle de l'ouï-dire permettant la recevabilité de documents de sortie d'ordinateur à titre de preuve des informations qu'ils contiennent, et vu l'impossibilité pour les tribunaux de créer de nouvelles exceptions à cette règle (13), le législateur est intervenu en 1968 (14) et a introduit, en plus de nouvelles dispositions générales relatives à la preuve par ouï-dire, des dispositions spécifiques aux documents de sortie d'ordinateur.

Dans ses dispositions d'application générale, le *Civil Evidence Act 1968* permet la recevabilité de l'ouï-dire « de première main » (15). Appliquée à l'informatique, cette règle signifie qu'un document de sortie d'ordi-

v. *State ex rel. Murdock Acceptance Corp.* 222, So 2d, 393 (Miss 1969) ; et en droit anglais : *Meyers v. Director of Public Prosecutions* (1965), A.C., 1001 ; *Regina v. Pittigrew* (1980) 71 G. App. R., 39 et *Regina v. Ewing* (1983), The Weekly Law Report, vol. 3, 1.

(12) Nous n'examinerons pas ici la situation dans les autres pays de droit anglo-saxon. Nous mentionnons seulement qu'en Australie, le *South Australian Evidence Act 1972* s'est inspiré du *Civil Evidence Act anglais* de 1968 (cf. *infra*) tout en s'en départant pour rencontrer certaines objections formulées à l'égard de la loi anglaise. Cette loi a cependant déjà fait l'objet de propositions de réformes (v. *The Australian Law Journal*, vol. 56, 1982, p. 153). C. TAPPER a commenté les dispositions australiennes dans l'article cité *supra* note (10) aux pp. 604 à 612. En Afrique du Sud, des dispositions adoptées en 1983 permettent la production de documents d'origine informatique à condition que leur auteur puisse être interrogé et moyennant production d'un *affidavit*, obligation dont, cependant, les banques, sociétés d'assurances et ministères sont exemptés. Le Canada a également envisagé une réforme du *Canadian Evidence Act 1982* (S. 33) cf. *Transnational Data Report*, vol. VI, n° 5, p. 245. Enfin, en matière d'arbitrage, la *State Arbitration Commission* de l'U.R.S.S. a formulé la proposition que les tribunaux arbitraux acceptent les documents informatiques qui leur sont présentés (*Transnational Data Report*, vol. VI, n° 2, p. 75).

(13) En effet, dans l'affaire *Myers v. Director of Public Prosecutions* (1965) A.C. 1001, la Chambre des Lords a décidé que de nouvelles exceptions jurisprudentielles à la règle de l'ouï-dire ne pouvaient plus être créées.

(14) *Civil Evidence Act 1968*, *Halsbury's Statutes of England*, Annual Volume 1968, 1211.

(15) *Civil Evidence Act 1968*, Section 2.

nateur est recevable si celui qui a introduit les données en avait une connaissance personnelle ou bien, agissant dans l'exercice de ses fonctions (« duty »), les tenait d'une personne ayant une telle connaissance (16). Ces dispositions sont inapplicables lorsque le document de sortie d'ordinateur ne trouve pas son origine dans un document dont une personne a une connaissance directe et personnelle. Tel est le cas d'une opération réalisée à un guichet automatique de banque ou d'un enregistrement par lecture optique. Dans ces circonstances, les conditions spécifiques prévues par la Section 5 du *Civil Evidence Act 1968* se rapportant exclusivement à la recevabilité de la preuve par document informatique sont d'application.

En vertu de ces conditions, un document de sortie d'ordinateur sera admissible à titre de preuve si :

- il émane d'un ordinateur utilisé régulièrement pour les activités normales de son utilisateur ;
- l'ordinateur est régulièrement alimenté avec des données du même genre que celles qui sont contenues dans le document présenté ;
- l'ordinateur fonctionnait convenablement au moment de l'enregistrement des données ;
- les informations contenues dans le document reproduisent ou dérivent des données fournies à l'ordinateur.

En vertu du paragraphe 4 de la Section 5 du *Civil Evidence Act 1968*, un certificat identifiant le document, décrivant la manière et le matériel avec lesquels il a été produit ainsi que toute autre information utile au regard des conditions figurant à l'alinéa 2, doit être déposé auprès du tribunal après avoir été signé par une personne responsable. On entend par personne responsable, une personne occupant un poste de responsabilités en rapport soit avec le fonctionnement du procédé en cause, soit avec la direction des activités en cause.

Si le document répond à ces conditions, il est déclaré recevable et il appartient alors au tribunal d'en apprécier la force probante en tenant compte de toutes circonstances utiles et notamment le degré de simultanéité entre le moment de la survenance d'un fait et celui de son enregistrement informatique ainsi que l'intérêt éventuel des personnes impliquées à modifier les données (17).

Ces dispositions ont fait l'objet de vives critiques (18) portant sur les définitions qu'elles contiennent et les conditions de recevabilité qu'elles établissent. Ainsi la définition donnée de l'ordinateur se limite à ses aspects

(16) ... Ou même d'autres personnes agissant elles aussi dans l'exercice de leurs fonctions pourvu qu'au bout de la chaîne se trouve quelqu'un ayant une connaissance personnelle des données (v. Section 4 du *Civil Evidence Act 1968*).

(17) Il ressort de la jurisprudence américaine que les parties contestent rarement la valeur probante des documents informatiques une fois ceux-ci déclarés recevables par le Tribunal (v. D. BENDER, *op. cit. supra* note (10), p. 8-2). La jurisprudence anglaise est trop rare pour permettre le dégagement d'une tendance à ce sujet.

(18) A. KELMAN et R. SIZER, *The Computer in Court*, Alder shot, Gower, 1982, 21 ; C. TAPPER, *op. cit. supra* note (10) 604 à 612 ; R. SIZER, « Computer Generated Output as Admissible Evidence in Civil and Criminal Cases », *A Report by the Professional Advisory Committee of the British Computer Society*, 1982, 831.

matériels et il n'est nulle part fait mention du logiciel. Il en résulte que l'exigence du bon fonctionnement ne porte pas sur les programmes qui peuvent pourtant être source d'erreurs.

On reproche également au *Civil Evidence Act 1968* de ne prévoir aucune condition visant à vérifier l'authenticité des données de base qui ont fait l'objet d'un traitement informatique. Or, si celles-ci sont fausses, le document de sortie d'ordinateur le sera aussi comme l'indique la formule « *Garbage in, Garbage out* ».

Parallèlement à cette adaptation des dispositions législatives relatives à la preuve réalisée par l'adoption du *Civil Evidence Act 1968*, le législateur anglais a aussi reconnu, de façon spécifique, la valeur des documents informatiques dans certaines matières particulières. Ainsi, dans le domaine bancaire, le *Banking Act 1979* modifiant le *Bankers Books Evidence Act* de 1982 reconnaît explicitement que les *Bankers Books* comprennent les données « conservées sur microfilms, bandes magnétiques ou autres formes mécaniques ou électroniques de conservation des données ». Dans le même sens, le *Stock Exchange Act 1976* permet aux sociétés commerciales de tenir les livres qu'elles doivent conserver en vertu des *Companies Acts* autrement que sous une forme directement intelligible pour autant qu'ils puissent être reproduits dans une forme lisible.

2. En droit américain

La règle interdisant la preuve par ouï-dire connaît aux États-Unis une exception d'origine jurisprudentielle connue sous le nom de « *Business Records Exception* » qui a été introduite dans la législation fédérale (19) et adoptée sans modification substantielle par une majorité des États américains. Cette exception prévoit que les données commerciales (20) (*Business Records*) sont recevables à titre de preuve sans témoignage de leur auteur si les opérations qu'elles révèlent ont été réalisées dans le cours normal et régulier des affaires et enregistrées dans les mêmes circonstances au moment de, ou peu après, leur réalisation (21).

Ces conditions de recevabilité étant basées sur les circonstances qui entourent l'enregistrement des données et non sur leur forme, la jurisprudence a pu recourir à la *Business Records Exception* pour admettre la recevabilité des documents de sortie d'ordinateur.

Des objections pouvaient cependant être soulevées : les données sont souvent conservées uniquement sous forme magnétique ou électronique et ne sont imprimées sur un document lisible par l'homme que si cela s'avère nécessaire (par exemple, à l'occasion d'une contestation) et ce souvent longtemps après leur enregistrement. Il en résulte que l'on pourrait prétendre que ni la condition de régularité, ni celle de simultanéité ne sont remplies, au sens strict de la loi. Ces arguments ont été rejetés dans une

(19) *Uniform Business Records as Evidence Act* et *Uniform Rules of Evidence*, 9 A.U.L.A. (1965).

(20) On entend par là toutes les données se rapportant à des entreprises, professions libérales, occupations ou institutions diverses avec ou sans but de lucre.

(21) V., notamment, art. 63 (13) des *Uniform Rules of Evidence*.

importante décision de la Cour Suprême du Nebraska (22), à l'origine d'une abondante jurisprudence (23) dans le même sens. L'arrêt de la Cour Suprême affirme que la *Business Records Exception* doit être interprétée de façon extensive car elle est destinée « à faire entrer dans les salles d'audiences les réalités du monde des affaires et des pratiques professionnelles ». Elle ajoute que les conditions de régularité et de simultanéité ne doivent pas être appréciées au moment de l'impression des documents de sortie d'ordinateur, mais au moment de l'introduction des données dans l'ordinateur.

Conformément à la *Business Records Exception*, les documents seront recevables sans le témoignage personnel de leur auteur. Ils pourront être présentés par la personne responsable du service informatique ou par tout autre employé de l'entreprise qui est au courant des systèmes d'enregistrement, de traitement et de conservation des données (24). Celui-ci exposera devant le tribunal les procédures de détection et de correction des erreurs, la fiabilité du système, la régularité de fonctionnement, etc... Jadis, il était exigé que l'ordinateur utilisé soit un équipement standard. Cette condition a été supprimée. Elle constituait un frein au développement technologique.

La grande souplesse de la *Business Records Exception* ne nécessitait donc pas d'intervention législative pour autoriser la recevabilité des documents de sortie d'ordinateur. Le législateur fédéral a néanmoins adopté une nouvelle formulation des « *Federal Rules of Evidence* » (25) et stipulé que l'exception s'applique aux données « quel que soit leur mode de conservation », ce qui inclut, d'après les commentaires officiels (26), les données conservées par ordinateur.

En ce qu'elle confirme une jurisprudence déjà solidement établie, la disposition n'était pas vraiment nécessaire. Elle pourrait cependant trouver son utilité lorsque de nouvelles techniques de traitement et de conservation des données seront découvertes.

B. — La règle de l'original

1. En droit anglais

La production d'une copie comme preuve du contenu de son original est permise si la partie qui s'en prévaut établit qu'elle n'a pu se procurer l'original (27). Grâce à ses termes très généraux, cette exception permet

(22) *Transport Indemnity Co v. Seib*, 178, Neb. 253, 132 N.W. 2d 871, 11 ALR 3d, 1368 (1965) avec note de J. EVANS.

(23) V. Notamment, *King v. ex. rel Murdock Acceptance Corp.* 222 So 2d 393 (1969) ; *Merrick v. U.S. Rubber Co.*, 7 Ariz. App. 433, 440 P 2d 314 (1968) et *United States v. De Georgia*, 420 F. 2d 889 (1969).

(24) V. notamment *United States v. Jones* 554 F. 2d 251, 7 C.L.S.R. 322 (5th Cir 1977) et *United States v. Verlin* 466 F. supp. 155, 7 C.L.S.R. 323 (N.D. Tex 1979).

(25) *Federal Rules of Evidence*, Pub. L. N° 93.595.88 Stat. 1926 (1975) Rule 803 (6) et (7).

(26) V. « A Reconsideration of the Admissibility of Computer Generated Evidence », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 126, 1977, 432.

(27) *Lucas v. William and Sons* (1892) 2 Q.B. 113, p. 116, C.A. per Lord Esher, M.R.

de lever les obstacles créés par la *Best Evidence Rule* à la recevabilité par les tribunaux des documents de sortie d'ordinateur. Il suffit en effet d'établir que les originaux à la base de ceux-ci ont été détruits dans le cours normal des affaires ou n'ont jamais existé (cas de l'enregistrement direct) pour que leur indisponibilité soit établie (28). L'argument selon lequel l'original est le document sous sa forme magnétique ou électronique tel qu'il figure dans l'ordinateur et non l'imprimé de sortie d'ordinateur nous paraît insoutenable. En effet, seule cette dernière forme est lisible par l'homme et donc présentable devant un tribunal.

L'exigence de la preuve de l'indisponibilité a été supprimée en 1982 pour les copies de films et enregistrements par une décision qui a considéré que ceux-ci sont fiables par nature (29). Selon certains auteurs, cette jurisprudence pourrait être appliquée aux documents informatiques (30). Une telle interprétation devrait, selon nous, être nuancée : une extension de cette jurisprudence aux documents informatiques reprenant des données qui ont fait l'objet d'un traitement informatique plus ou moins complexe ne nous semble pas fondée puisque dans ces circonstances les données originales ont été modifiées. Il ne s'agit donc plus d'une simple copie.

Il existe également des exceptions légales à la règle de l'original. Ainsi, le *Civil Evidence Act* de 1968 (Section 5) prévoyant que la copie d'un document de sortie d'ordinateur (par exemple sur microfilm) est admissible si sa conformité est suffisamment établie aux yeux du tribunal. Les critères de conformité ne sont pas définis dans la loi et la jurisprudence, à notre connaissance, n'a pas encore précisé cette disposition.

2. En droit américain

Comme en droit anglais, la preuve de l'indisponibilité de l'original permet la recevabilité de sa copie. Cette notion d'indisponibilité a été interprétée très largement en matière informatique (31).

Une autre exception peut être utilisée, la « *Voluminous Writing Exception* » en vertu de laquelle un résumé (éventuellement sous forme de document informatique (32)) est recevable en lieu et place des originaux lorsque ceux-ci sont trop complexes ou volumineux pour être utilement présentés au juge et dans la mesure où la partie adverse a pu examiner ces originaux, ce qui suppose qu'ils n'aient pas été détruits.

III. L'APPROCHE JURIDIQUE FRANÇAISE ET BELGE

En droit français et belge, le problème ne se pose pas, comme en droit anglo-saxon, en termes de recevabilité devant les Cours et Tribunaux,

(28) V. dans ce sens en droit américain *King v. State ex. rel. Murdock Acceptance Corp.*, SO 2d, 393 (1969) et *infra*.

(29) *Kajala v. Noble* (1982).

(30) A. KELMAN et R. SIZER, *The Computer in Court*, Gower, 1982, p. 20 (a contrario).

(31) J. J. ROBERTS, *op. cit. supra* note (10) et *King v. ex. rel Murdock Acceptance Corp.* cité *supra* note (28).

(32) *V. Harned v. Credit Bureau*, 513, P. 2d, 650 (Wyo 1973).

mais en termes de respect des exigences légales relatives, d'une part, à la conservation de documents et, d'autre part, à la conclusion des transactions. Les techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur avec destruction des originaux sont-elles valables du point de vue du droit de la preuve et, si oui, à quelles conditions ? Les transactions qui peuvent aujourd'hui se réaliser par le biais d'ordinateurs (dites transactions « télématiques ») répondent-elles aux exigences légales de la preuve des actes juridiques ?

A. — Les exigences relatives à la conservation des documents

1. Dispositions générales

Des bandes magnétiques d'enregistrement direct (c'est-à-dire contenant des données directement saisies par l'ordinateur et ne trouvant donc pas leur origine dans un écrit traditionnel) constituent probablement des originaux au sens du Code civil.

Nous n'étudierons cependant pas cette hypothèse pour deux raisons ; d'une part, le peu de sécurité offert par la conservation de longue durée sur bandes magnétiques en fait actuellement une pratique relativement rare et, d'autre part, la production de ces informations en justice nécessite, en principe, leur transcription sur des documents de sortie d'ordinateur qui doivent, à priori, être considérés comme des copies.

L'enregistrement sur support informatique de données provenant d'écrits traditionnels et la transcription de ces impulsions magnétiques ou électroniques sur des documents de sortie d'ordinateur (imprimés ou microfilms COM (33)) constituent incontestablement des copies.

L'article 1334 du Code civil prescrit que les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée. Leur valeur légale est donc, en principe extrêmement précaire (34), encore qu'en matière commerciale, les juges ont tendance à leur reconnaître presque la même valeur qu'à l'original. Toutefois, vu leur caractère nouveau, les copies sur document de sortie d'ordinateur pourraient ne pas inspirer la même confiance que les copies réalisées au moyen de procédés traditionnels (photocopies, par exemple).

Telle est encore la situation en droit belge alors que le législateur français a modifié en 1980 plusieurs dispositions du Code civil relatives à la preuve. Le nouvel article 1348, alinéa 2 du Code civil français accorde en effet à certaines copies une valeur probante supérieure à celle prévue à son article 1334 : lorsque l'original n'existe plus, une copie « fidèle et durable » le remplace valablement. Il est précisé qu'« est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification

(33) « Le microfilm de sortie d'ordinateur ou microfilm COM (*Computer Output Microfilm*) traduit sous une forme visible et lisible les informations qui figuraient sur une bande magnétique d'ordinateur » F. CHAMOUX, *op. cit. supra* note (1) p. 138.

(34) F. CHAMOUX, « La loi du 12 juillet 1980 : Une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », *J.C.P.* 1980, II, 13491.

irréversible du support ». Le critère de la fidélité est plus difficile à remplir : « en effet, comment peut-on juger de la fidélité d'une copie par rapport à l'original, lorsque cet original a lui-même disparu ? » (35). Les documents d'origine informatique sont particulièrement exposés à des manipulations qui ne laissent pas de trace ... Ils risquent donc souvent de ne pas répondre au critère de la fidélité énoncé par le nouvel article 1348 du Code civil français. Pour satisfaire à cette condition légale, la norme A.F.N.O.R. Z 43061 établit des conditions de réalisation des microfilms destinés à être substitués aux documents originaux. Le respect de ce genre de dispositions exige malheureusement à l'heure actuelle l'usage d'appareillages sophistiqués (36) et coûteux, dont peu d'entreprises peuvent se permettre l'acquisition.

Le Grand-Duché de Luxembourg envisage également une révision des dispositions du Code civil relatives à la preuve en prévoyant notamment d'accorder aux reproductions micrographiques et enregistrements informatiques la même valeur probante qu'aux écrits sous seing privé. Ils bénéficieraient d'une présomption réfragable de fidélité à l'original lorsque celui-ci a été détruit dans le cours normal des affaires. Il s'agirait là de la reprise, en droit civil, d'une notion de droit américain.

2. Dispositions particulières

En plus des exigences du Code civil, il existe dans certaines matières, notamment en droit fiscal, comptable et social, des exigences particulières quant à la tenue et à la conservation de certains documents.

a) Le droit belge

Du point de vue du *droit comptable* (37), la législation belge n'empêche pas la tenue des livres comptables sous forme de documents d'origine informatique, pour autant que ceux-ci répondent aux différentes exigences de la loi comptable (38), notamment celle de l'intelligibilité directe et de l'inaltérabilité. La première sera respectée si les documents d'origine informatique sont imprimés sous une forme directement lisible par l'homme (par exemple, des listings), la seconde en apposant une signature qui chevauche la page du livre servant de support et le document de sortie d'ordinateur collé sur celui-ci (39).

Les pièces justificatives de la comptabilité qui doivent en principe être conservées pendant dix ans (40) peuvent l'être en original ou en copie, notamment sous forme de microfilm ou tout autre support analogue (41).

(35) *Ibidem*.

(36) Pour une description technique, v. M. BOUGON, « Naissance d'une méthode et d'une technique nouvelle en micrographie », *C.I.M.A.B. Encyclopédie*, septembre 1980.

(37) V. C. VAN WYMEERSCH, J. AUTENNE et J. de LAME, « Le statut comptable et fiscal de l'informatique », *Actes du cycle de cours et conférences sur les contrats informatiques*, Namur 1984.

(38) V. la loi du 17 juillet 1975, notamment art. 8 § 2 et 9 § 1 et l'arrêt royal du 12 septembre 1983, notamment l'art. 8.

(39) P. LURKIN, *Le nouveau droit comptable belge*, Bruxelles, F.E.B., 1979, p. 191.

(40) Loi du 17 juillet 1975, art. 9 § 2 et A.R. du 12 septembre 1983, art. 9.

(41) P. LURKIN, *op. cit.*, p. 22.

En *droit fiscal*, la tenue d'une comptabilité au moyen d'un ordinateur pourra servir de base à la décision de l'administration fiscale même si les exigences du droit comptable (voir ci-dessus) n'ont pas été observées (42). La conservation des pièces justificatives vis-à-vis des autorités fiscales pendant cinq ans porte, en principe, sur les documents originaux, bien qu'une tolérance administrative permette à certaines conditions une conservation sous forme de microfilms, y compris microfilms COM (43).

Enfin, sur le plan du *droit social*, il a été précisé (44) que l'article 24 de l'Arrêté Royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, permet à l'employeur de conserver les documents sociaux sous une autre forme que l'original pour autant qu'ils soient bien lisibles et que la forme de reproduction utilisée permette un contrôle efficace.

b) Le droit français

L'arrêté du 27 avril 1982 fixant le plan *comptable* normalisé et le projet de loi comptable organisent les modalités de la comptabilité sur support informatisé (45). Le nouveau droit comptable a aboli le concept de livre et parle de « documents et d'enregistrements comptables », et du coup, valide « tous supports de l'information fiables » (46).

Les « Dispositions générales relatives à l'utilisation des traitements automatisés du Nouveau Plan Comptable » précisent d'ailleurs que « le système de traitement doit établir sur papier ou éventuellement sur tout support offrant les conditions de garantie et de conservation définies en matière de preuve, des états périodiques ... » (47). Cela signifie que dans l'état actuel de la pratique, seuls les listings ou microfilms répondant à la norme A.F.N.O.R. Z 43061 (48) sont utilisables.

En ce qui concerne les pièces justificatives de la comptabilité, leurs modalités de conservation n'ont pas été précisées. Il convient donc de se rapporter aux dispositions du droit commun figurant dans le Code civil et étudiées ci-avant à propos de l'exigence de conservation sous forme soit d'original, soit de copie « fidèle et durable ».

Sur le plan *fiscal*, il n'existe en principe aucune règle quant à la présentation et à la tenue de la comptabilité. Toutefois, une comptabilité ne respectant pas les normes de la loi comptable risquerait d'être rejetée par

(42) Gent, 3 juin 1980, *J.C.B.*, 1982, 405 sur la tenue de la comptabilité des avocats et des autres professions libérales, v. *Questions Parlementaires* n° 252 du 15 mars 1984, Q.R. Chambre, 17 avril 1984 et n° 224 du 18 avril 1984, Q.R. Sénat, 5 juin 1984.

(43) Pour plus de détails, v. C. VAN WYMEERSCH, J. AUTENNE et J. de LAME, *op. cit.*, supra note (37) p. 9 et 10.

(44) *Question Parlementaire* n° 212 du 26 septembre 1980, Q.R. Chambre, 4 novembre 1980.

(45) Pour un commentaire plus détaillé de ces textes, nous renvoyons à l'excellent article de A. BENSOUSSAN, « Droit et comptabilité informatique », 01 *Informatique*, n° 168, avril 1983, 110 et 111, n° 169, mai 1983, 102 et 103 et n° 170, juin-juillet 1983, 140 et 141.

(46) A. BENSOUSSAN, *article cité* note (45), 01 *Informatique*, n° 168, avril 1983, 111.

(47) *Ibidem*.

(48) *Cfr. supra*.

les autorités fiscales (49). Quant à la conservation des pièces justificatives, n'importe quelle forme de copie, y compris électronique ou magnétique est permise en ce qui concerne les documents émis par l'entreprise ; à l'inverse, la conservation doit se faire sous la forme originale pour les pièces reçues (50).

Enfin, la réglementation *sociale* permet l'usage de microfilms pour la conservation des renseignements relatifs aux bulletins de paie, moyennant certaines conditions permettant notamment de faciliter leur consultation par les services de contrôle (51).

B. — Les exigences relatives à la preuve des transactions (52)

1. Le problème

La combinaison des ordinateurs et des télécommunications (combinaison connue sous le nom de « télématique ») permet la réalisation à distance de certaines opérations comme des transferts électroniques de fonds, des commandes de biens de consommation ou des consultations de banques de données.

Si l'avantage de la télématique est la rapidité accrue dans la conclusion du contrat, son inconvénient est la fugacité. Les mentions apparaissent et disparaissent à l'écran, rendant problématique la constitution d'une trace de ce qui s'est échangé.

Par ailleurs, même si l'on parvient à établir l'existence et le contenu d'un contrat, l'identité des parties à ce contrat n'est pas certaine pour autant. L'identification du terminal ne permet pas de « remonter » à l'identité de la personne qui opère la transaction. Même un mot de passe ou un code secret n'identifie que l'abonné au réseau, mais pas la personne qui effectue l'opération.

Ainsi, la preuve de la transaction pose trois questions différentes (53) :

1. la preuve de l'existence d'un contrat : l'hypothèse de contestation la plus radicale est en effet celle où le principe même du contrat étant remis en cause, il incombe à la partie qui s'en prévaut de montrer qu'il a bien été conclu ;

2. la preuve du contenu du contrat : l'existence n'en est pas contestée mais seulement certaines de ses dispositions (exemple : délai de livraison, modalités de paiement du prix etc...) ;

3. la preuve de l'identité des parties à ce contrat.

(49) Cf. « La valeur légale des microformes », *C.I.M.A.B. Encyclopédie*, avril 1975, p. 3.

(50) *Ibidem*.

(51) Circulaire n° 38 du 29 juillet 1969 du Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population.

(52) V. à ce sujet Y. POULLET et X. THUNIS, « Introduction aux aspects juridiques de la télématique », in *La Télématique Aspects techniques, juridiques et socio-politiques*, Actes du Colloque de Namur, Gent, Story Scientia, 1984, t. I, n° 60 et s.

(53) F. CHAMOIX, « La force probante des supports modernes d'information », *Informatique et Gestion*, 1981, n° 126, 25 et 26.

Ces questions sont étudiées ci-dessous simultanément en droit belge et en droit français. Les dispositions particulières à l'un des deux droits sont mentionnées.

2. Les exigences légales

a) *Le préalable* : la distinction acte — fait juridique.

Le droit civil distingue nettement la preuve des actes juridiques de celle des faits juridiques. La distinction entre les deux notions n'est pas chose facile (54). « C'est que le fait juridique est un fait social, un fait de l'homme ». Le « je pense donc je suis » conduit à dire que le fait juridique étant lié à l'individu, l'est par lui-même à sa volonté. Toutefois, et c'est là que réside l'opposition à l'acte juridique, les conséquences de droit du fait juridique sont indépendantes de la volonté de l'auteur... « Une caractéristique du fait juridique est de laisser indéterminée la portée exacte de ses effets » (55).

Si la distinction « acte — fait juridique » n'est pas aisée, la conséquence en ce qui concerne le régime de la preuve est importante.

Le fait juridique peut être prouvé par tous les moyens de droit : présomptions, témoignages, aveu, etc. Par contre, en matière d'acte juridique, le code impose, en principe, l'obligation de rédiger un écrit signé à titre probatoire (56).

Cette exigence a été réaffirmée à de nombreuses reprises (57). En particulier, les juges ont refusé de prendre en considération comme écrit les échanges de correspondances par télécopieurs au motif que l'original composé à distance n'est pas signé et ne peut donc être considéré comme un acte sous seing privé (58).

b) *Le principe* :

L'article 1341 du Code civil pose le principe de l'exigence d'un écrit (acte authentique ou sous seing privé) pour tout acte juridique.

L'application de ce principe aux contrats conclus par la télématique amène à s'interroger sur la valeur probante de ces transactions : les conventions passées par les réseaux télématiques se dématérialisent ; la signature

(54) Cf. la thèse de HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris 1970.

(55) J.-L. AUBERT, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat* (Thèse, Paris), 1970, 188.

(56) Notons que les propositions de réforme du droit de la preuve au Grand-Duché du Luxembourg prévoient de donner au concept de signature une interprétation plus large qu'actuellement, en y incluant toute marque individualisant la personne et par laquelle elle manifeste son consentement. Une telle interprétation reconnaîtrait la valeur de la « signature électronique » (par exemple les codes secrets d'identification).

(57) Nonobstant la Recommandation n° R (81) 20 du 11 décembre 1981 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui demande aux gouvernements des États Membres dont la législation impose la preuve par écrit d'« examiner la possibilité de supprimer cette exigence ». Sur cette exigence et la recommandation européenne, v. X. LINANT de BELLE-FONDS, *L'informatique et le droit*, P.U.F., 1981, 43.

(58) Cass. comm. fr. 19 nov. 1973, *Bull. civ.*, 1973, IV, n° 333 ; G. GOUBEUX et D. RIHL, v° *Preuve*, *Dalloz*, *Rép. dr. comm.*

écrite, expression de la personnalité d'un individu et de son adhésion au contenu d'un acte disparaît (59).

Les traces éventuelles de la transaction gardée sur support magnétique ou électronique ne peuvent donc, apparemment du moins, avoir valeur probatoire ni servir à l'établissement de la vérité judiciaire.

Cette conclusion un peu rapide doit être nuancée.

c) *Les exceptions au principe et leur application aux contrats télématiques*

Elles sont nombreuses. Ainsi :

— les transactions relatives à de petits montants (jusqu'à 5 000 FF et 3 000 FB) peuvent être prouvées par tout moyen de droit. Ce sera souvent le cas pour les opérations réalisées à des guichets automatiques de banques et terminaux points de vente (60), ainsi que pour les consultations de banques de données.

— l'article 1341 du Code civil s'applique quand la matière, c'est-à-dire l'acte, relève du droit civil (art. 1341, al. 2). En matière commerciale, la preuve est libre et tous les modes de preuve sont recevables sous le contrôle du juge (61).

L'exigence d'une preuve écrite se fera donc moins sentir dans la télématique professionnelle que dans la télématique grand-public puisque la première met souvent en relation des commerçants tandis que la seconde, dans la plupart des hypothèses, rend possible, à distance, un contrat entre un commerçant et un non-commerçant. L'acte est alors « mixte » et c'est la qualité du défendeur qui est déterminante quant au droit de la preuve.

Ensuite, selon de nombreux auteurs (62), l'article 1341 du Code civil n'est ni une disposition impérative, ni une disposition d'ordre public. Ainsi, il serait possible de déroger à la règle de l'écrit dans une convention relative à la preuve précisant que les opérations juridiques passées sur le réseau peuvent être prouvées par toutes voies de droit.

(59) Cet argument n'est pas décisif car comme le signale F. CHAMOIX (*op. cit.* note (11)), un code secret est un mode d'identification beaucoup plus sûr qu'une signature. On notera dans le même sens que toute une série de projets de conventions internationales (sur les chèques, billets à ordre, lettres de change, documents commerciaux de transport) accepte comme mode d'authentification des moyens mécaniques ou électroniques (cf. *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, Rapport du Secrétaire général, Commission des N.U. pour le commerce international, A/CN.9/254 8 mai 1984, 3 n° 8). Cf. également le concept de signature dans les propositions de réforme luxembourgeoises, *supra* note (56).

(60) V. D. SYX, *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, Bruxelles, Kredietbank, 1982.

(61) A ce propos notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I., 2d éd., 1975, 484, Comp. l'art. 109 du C. commerce français actualisé par la loi du 12 juillet 1980 : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens ».

(62) X. MALENGRAUX, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents », *Annales de droit de Louvain*, 1982, 117 et les références citées à la note 28. Cf. dans la jurisprudence, récemment Cass. française 7 janvier 1982, *Bull. cass.* 1982, III, 4 : « A violé l'art. 202 nouveau C. pr. civ. la cour d'appel qui a écarté des attestations écrites au motif que leurs auteurs n'avaient pas respecté les conditions de forme prévues par le texte, alors que ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité ».

Cette convention pourrait revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations qui seront passées par le service télématique. Ce règlement général, et en particulier la clause relative à la preuve, émanant du serveur lui-même, devront être portés à la connaissance de l'utilisateur.

Une convention relative à la preuve se conçoit facilement en cas de conventions conclues par écrit en dehors de la télématique et exécutées par celle-ci, ainsi un contrat d'abonnement à un serveur d'informations financières. A vrai dire, la qualification de ce type de convention comme contrat de location et non comme une succession de contrats de services d'information, permet de résoudre aisément le problème de la preuve. En effet, la convention écrite par laquelle un serveur-producteur s'engage à transmettre des données financières à l'utilisateur, peut s'analyser de deux façons. S'agit-il d'une convention-cadre suivie, lors de chaque demande particulière, de conventions d'application, ou s'agit-il d'une convention unique, sur laquelle se fondent les demandes d'informations ultérieures, les réponses à celles-ci constituant autant de faits d'exécution de cette unique convention ?

S'il n'y a pas de clause relative à la preuve dans la convention-cadre et que l'on adopte la première conception, des problèmes de preuve risquent de se poser. Par contre, si l'on retient la seconde conception, l'existence d'une clause relative aux modes de preuve ne change guère la solution applicable, puisque l'exécution d'une convention serait de toute façon un fait juridique (63) dont la preuve peut se faire par tous moyens de droit.

Enfin, l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas davantage lorsqu'il n'a pas été possible à celui qui invoque le fait de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (art. 1348 C.C.) ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C.C.).

Selon certains auteurs, l'utilisation des systèmes informatiques ou de réseaux télématiques, du moins dans ses applications grand-public, constituerait l'exception prévue à l'article 1348 et même à l'article 1347 (64). Cette interprétation s'accorde en tous cas avec la conception extensive, en jurisprudence, de l'impossibilité de se réserver une preuve écrite (65).

On sait que la loi française récente du 12 juillet 1980 a entériné cette évolution jurisprudentielle en prévoyant la dispense d'écrit au cas où il y a « impossibilité matérielle » de se procurer un tel écrit. Comme le note F. Chamoux (66), « il sera relativement facile au juge de considérer qu'il

(63) Selon N. CATALA, « La nature juridique du paiement », Paris, L.G.D.J., 1961. C'est en effet la loi qui, *de plano*, attache un effet extinctif à cette situation de fait qui constitue la satisfaction du créancier.

(64) V. D. SYX, *op. cit.*, *supra* note (60) et X. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note (57) p. 122.

(65) Dans ce sens, X. MALENGRAUX, *op. cit. supra* note (62), 116 ; également J. VAN RIJN et J. HEENEN, *Traité de droit commercial*, t. I., 481 ; P. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.* 1972, I, 2468. Dans la jurisprudence belge, Liège, 20 juin 1978, *Jur. Liège*, 21 octobre 1978.

(66) F. CHAMOIX, *art. cité supra* note (34).

y a eu impossibilité de rédiger un écrit, chaque fois qu'il se trouvera en face d'un procédé de transmission de données dématérialisées ».

Il ressort de cette analyse de la portée de l'article 1341 du Code civil que le principe de l'écrit signé (*instrumentum*) requis pour faire preuve d'un acte juridique souffre de larges exceptions qui le rendent finalement très rarement applicable dans les transactions télématiques (67).

IV. VERS DES SOLUTIONS TECHNIQUES

On s'aperçoit que les exceptions légales et jurisprudentielles aux principes séculaires qui régissent en droit anglo-saxon la matière de la preuve, permettent dans la plupart des cas la recevabilité des documents d'origine informatique. On constate aussi que les exigences du droit des pays continentaux étudient très souvent les procédés modernes, informatiques ou télématiques, de conservation de documents et de conclusion de transactions.

Mais les problèmes n'en sont pas pour autant solutionnés. En effet, si un document est déclaré recevable par un tribunal, si un contractant peut se prévaloir d'une transaction télématique sans écrit signé, il n'en reste pas moins qu'il faudra convaincre le juge de la fiabilité de tels documents. Ainsi qu'il ressort des propos d'un juge américain, ce ne sera pas toujours chose facile : « Ayant comme beaucoup d'autres citoyens reçu des factures informatisées pour des montants payés depuis longtemps, je ne suis pas prêt à accepter le produit d'un ordinateur comme la sainte écriture » (68).

C'est à propos des transactions télématiques que ces difficultés se manifesteront avec le plus d'acuité. On ne procédera pas ici à une analyse des modes techniques d'administration de la preuve (69). On citera seulement quelques techniques susceptibles de fournir une solution aux problèmes de la preuve aux trois niveaux où ils se posent (70).

Preuve de l'existence de la convention.

Des terminaux de fac-similé fonctionnent actuellement en réception et en mode local (copie). Il serait possible de les utiliser pour démontrer qu'un appel a été reçu à une date et à une heure déterminées. On pourrait

(67) En matière d'arbitrage, la *State Arbitration Commission* de l'U.R.S.S. a recommandé aux tribunaux arbitraux d'accorder aux transactions conclues par ordinateurs le même statut qu'à celles qui sont conclues par écrit. V. *Transnational Data Report*, vol. VI, n° 2, p. 75.

(68) *Perma Research and Development v. Singer Co.* 452, F. 2d. 11 2d Cir 1976 — Dissenting Opinion du juge Van Graafeiland.

(69) Pour une analyse de ces modes techniques, on consultera H. GRISSONNANCHE, « *Data Protection and Data Security Technology* », Document dactylographié A.D.I., G.M.D., N.C.C., 1983, 24 et s. et J.-P. CHAMOIX et H. GRISSONNANCHE, « Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques », *Rapport de synthèse*, Document dactylographié, septembre 1980, p. 111 et s.

(70) V. les « niveaux » de preuve envisagés par H. DELAHAIE et H. GRISSONNANCHE, « Les nouveaux moyens de paiements ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique ? », *Les Cahiers de Droit*, 1982, vol. 24, 292 à 295.

aussi imaginer que le terminal soit muni d'une imprimante travaillant en caractères différents suivant que le message émane ou non de l'abonné. Mais il s'agit d'une solution coûteuse.

Preuve de l'identité des parties.

Il a déjà été souligné que l'utilisation d'un code secret (ou d'un numéro d'abonnement) ne permet d'identifier que l'abonné ou le titulaire des moyens d'accès mais pas la personne physique qui conclut la transaction. Il faudrait donc imaginer des techniques permettant de reconnaître à distance une caractéristique physique de l'individu. Ces techniques seraient particulièrement utiles dans le domaine du vidéotex et des mouvements électroniques de fonds. La reconnaissance dynamique de la signature, des empreintes digitales, ou vocables sont des méthodes envisageables mais encore à l'état de recherche ou de prototype.

On pourrait également songer à l'adoption d'un système cryptographique à clé publique, « il deviendrait techniquement possible de « signer » l'information d'une manière qui soit aussi convaincante pour les parties qu'une signature traditionnelle sur un document de papier » (71). L'intérêt de ce système serait d'établir à la fois une preuve de l'identité des parties et du contenu de la convention.

Preuve du contenu de la convention.

Quel que soit le type de contrat télématique envisagé, il peut être intéressant en cas de contestation d'établir le contenu de la convention (exemple : prix, quantités demandées ...) ou le contenu d'une prestation issue de celle-ci (exemple : information transmise par vidéotex). Deux problèmes se posent (72).

Il s'agit de prouver que le contenu de la transaction n'a pas été modifié par le destinataire et qu'il n'a pas été modifié au cours de la transmission. Il ne semble pas qu'il existe, à part les procédures de chiffrement à clé, de méthode opérationnelle en ce domaine. Peut-être une impression en caractères différenciés du type télex pourrait-elle fournir une trace du message transmis. Mais la fiabilité de cette trace n'est pas absolue. La force de présomption qui s'y attache(ra)it est dès lors relative, d'autant plus qu'on peut difficilement lui reconnaître la qualité de preuve contradictoire.

Le coût et le contenu de la plupart des différentes solutions techniques que nous venons d'évoquer suppose qu'aussi bien le fournisseur de services télématiques que son utilisateur disposent de moyens financiers et techniques leur permettant d'implémenter de telles solutions. Lorsque les services télématiques sont offerts à des utilisateurs ne disposant pas de telles ressources, ainsi en matière de télématique grand public, ne faut-il pas prévoir des solutions législatives, dont l'objectif serait, à la fois, la protection des intérêts des consommateurs face à une technique contractuelle

(71) Aspects juridiques du traitement automatique des données, Document de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international A/CN.9/238, 18 mars 1983.

(72) V. J.-P. CHAMOIX, H. DELAHAIE et A. GRISSONNANCHE, *op. cit.*, supra note (69), p. 36.

aussi séduisante que facile et de poser des exigences quant à la sécurité des procédures d'enregistrement des messages émis par l'utilisateur.

Ainsi il est évident que le procédé de l'écrit confirmatif de la commande a pu être utilement imposé par le code anglais A.V.I.P. en matière de contrats conclus par la télématique mais exécutés au dehors, dans le cadre de l'expérience PRESTEL (73). Il s'agit d'une mesure spécifique de protection des consommateurs, mesure lourde, il faut bien le reconnaître, pour les gestionnaires de systèmes. D'un point de vue juridique, il reste à s'interroger sur la nature de cet écrit, simple écrit probatoire ou condition d'existence du contrat.

Le système américain proposé par l'« Electronic Fund Transfer Act » (74) mérite également d'être cité. En cas de litige entre une banque et un utilisateur, il instaure une procédure caractérisée par le renversement de la charge de la preuve. C'est à la banque de démontrer que la fiabilité et la sécurité de son système garantissent avec une quasi-certitude l'absence d'erreurs lors de l'enregistrement de transactions par voie télématique (75). Ainsi, il faut bien reconnaître qu'après quatre années d'expérience, certains systèmes (en l'occurrence les systèmes belges de guichets automatiques de banque et terminaux point de vente) se sont révélés très fiables et que les supports qu'ils produisent (la bande journal) « présentent des caractéristiques telles qu'ils joueront toujours un rôle déterminant dans l'administration et dans l'appréciation de la preuve par le juge au sein d'un litige » (76).

A cet égard, la carte à mémoire lancée par certains fournisseurs et expérimentée dans différents endroits est-elle la solution ? La carte à mémoire détenue par l'utilisateur d'un système lui offre le moyen de conserver une trace de toutes les transactions qu'il a opérées. « Ces informations restent en sa possession » (77). Bref, ce n'est plus le seul gestionnaire du système qui, unilatéralement, détient également le moyen de preuve. La

carte à mémoire fournirait en effet un moyen de preuve contradictoire conservé par l'utilisateur. Avec Delahaie et Grissonnanche, on notera cependant que rien n'exclut qu'une erreur effectuée au moment de la transaction soit inscrite à l'identique dans la carte « et qu'en définitive, c'est le gestionnaire du réseau qui garde techniquement la maîtrise de toutes les opérations inscrites sur les différents supports, y compris sur les cartes à mémoire » (78).

CONCLUSION

Selon René David (79), ce sont les règles de procédure qui fondamentalement justifient les approches profondément originales suivies, d'une part, par le droit continental, d'autre part, par le droit anglo-saxon. C'est ce fait qui nous a conduit à envisager séparément la recevabilité des documents informatisés comme moyen de preuve, dans l'un puis dans l'autre régime juridique.

Des similitudes nous frappent même si un fossé sépare encore les deux raisonnements. Le droit est bien forcé de reconnaître le fait de l'informatisation. Il le fait dans les deux ordres juridiques d'abord par l'élargissement de certaines exceptions. Dans la *common law*, « le problème fondamental tient à la règle qui interdit la preuve par oui-dire » (80). Dans nos droits civils continentaux, l'obstacle est l'exigence de l'écrit.

A ce travail jurisprudentiel succède l'oeuvre législative. Bien des questions techniques ne peuvent être résolues par les magistrats et exigent la consécration de règles ; ainsi le *Civil Evidence Act* anglais de 1968 mais également la loi française du 12 juillet 1980, sans parler des réglementations fiscales et comptables plus spécialisées, posent certains principes quant à la recevabilité par les tribunaux des « traces informatiques ».

On notera que ces principes législatifs doivent être édictés de façon suffisamment générale et souple de façon à laisser place à l'évolution des techniques. Pour l'application de ces principes, le droit préfère agir par le biais de « recommandations », de « normes » plus facilement modifiables et moins contraignantes. Il s'agit d'éviter le plus possible de lier les définitions et les concepts légaux à un état de la technique, et de laisser à des institutions plus spécialisées largement ouvertes aux praticiens et consciences des nécessités et contraintes de la technique, d'une part, des affaires, d'autre part, le soin de traduire les concepts volontairement flous de la législation.

Au-delà de ces réglementations et « quasi-réglémentations » nationales, se dessine également un mouvement vers une réglementation internationale. C'est que l'économie de l'information est internationale. « Il est donc urgent de prendre des dispositions à l'échelon international en vue

(73) Il s'agit de commandes de biens et services auprès de sociétés de vente par « correspondance ».

(74) L'E.F.T. Act contient d'autres prescrits intéressants, telle l'obligation faite à la banque d'envoyer fréquemment des relevés d'opérations qui permettront au client de suivre l'évolution de son compte, cf. U.S.C. 15 sept. 1963, sec. 1693 et s.

(75) Comp. la position du Conseil économique et social français (« La monnaie électronique », Avis et Rapport du Conseil économique et social, 1982 n° 12, J.O., Paris, 1982, publié à la Documentation française) qui estime d'une part que l'initiateur d'une technique a, par le choix qu'il exerce, la maîtrise et la responsabilité du seuil de fiabilité d'un système et que d'autre part le préjudice subi à l'occasion d'un incident par le banquier est relatif tandis que celui subi par le client prend un caractère exceptionnel et qu'enfin la disproportion des moyens dont dispose le client pour engager et nourrir un contentieux place déjà ce dernier en situation d'infériorité de fait.

(76) D. SYX, « Le transfert électronique de fonds : un droit hésitant face à une réalité galopante », in *La Télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques*, Actes du Colloque de Namur, Gent, Story Scientia, t. II, 1985, 219 et s.

(77) Le Conseil économique et social dans l'avis précité note (75) semble le penser. Le système « carte à mémoire » apporte un élément de réponse au risque d'imputation par erreur du compte du client ainsi qu'à celui de mauvaise foi de l'utilisateur... En cas de difficulté, la confrontation des enregistrements peut constituer un élément de preuve pour les tribunaux et en tous cas un facteur dissuasif pour les fraudeurs (« La monnaie électronique », *op. cit.*, p. 578).

(78) H. DELAHAIE et A. GRISSONNANCHE, *op. cit. supra* note (70).

(79) R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4^e éd., 1971, § 316.

(80) D. KIRBY, « Aspects juridiques de la technologie de l'information », in *Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications*, Paris, O.C.D.E., 1983, 83.

d'établir des règles concernant l'acceptation juridique des données commerciales transmises par télécommunication », note le secrétariat général de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (81). Les règles relatives à la recevabilité des documents informatisés, les règles relatives à la signature, ne peuvent être différentes d'un pays à l'autre dans un domaine où les frontières n'existent plus et où la donnée signée et transmise électroniquement doit pouvoir être reconnue en tous lieux et à tout moment.

Comme le note le secrétaire général de la C.N.U.D.C.I. (82) : « Devant la nécessité de s'adapter à l'emploi généralisé des ordinateurs à des fins commerciales et administratives, nombre de pays ont modifié leur législation pertinente de façon à permettre cet emploi et à accepter comme moyen de preuve les documents enregistrés par ordinateurs ou supports de mémoire, pourvu qu'ils répondent à certains critères. La disparité des critères ainsi utilisés pour décider de leur valeur juridique, de même que le refus d'autres États de leur reconnaître une telle valeur, posent de graves problèmes quand des enregistrements conservés dans un État doivent servir de preuve dans un litige naissant dans un autre ».

Ainsi nous étions partis, juristes classiques, du constat de l'originalité de chaque droit national de la preuve et voilà que l'existence d'une économie internationale fondée sur des flux transfrontières d'informations nous contraint à envisager un droit international de la preuve informatique. A nous, juristes, de relever ce défi, non en nous sacrifiant à une technique toujours changeante, mais en approfondissant nos concepts : Qu'est-ce qu'une signature ? Quelle est la finalité de la preuve en droit ? Quelle est l'essence de la distinction acte — fait juridique ?

(81) C.N.U.D.C.I., *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, A/CN.9/238, p. 2, n° 5.

(82) C.N.U.D.C.I. Rapport du secrétaire général, *Aspects juridiques du traitement*