

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de la preuve face à l'informatique : approche de droit comparé (Grande-Bretagne, Etats-Unis, Belgique, France), Colloque de l'ID.E.F., Bruxelles, septembre 1984

Amory, Bernard; Pouillet, Yves

Publication date:
1984

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Amory, B & Pouillet, Y 1984, 'Le droit de la preuve face à l'informatique : approche de droit comparé (Grande-Bretagne, Etats-Unis, Belgique, France), Colloque de l'ID.E.F., Bruxelles, septembre 1984'.

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.

COLLOQUE DE L' I D E F

BRUXELLES 30 SEPTEMBRE - 4 OCTOBRE 1984

LE DROIT DE LA PREUVE FACE A L'INFORMATIQUE :

APPROCHE DE DROIT COMPARE

(GRANDE-BRETAGNE - ETATS-UNIS

BELGIQUE - FRANCE)

Par Bernard AMORY, Assistant au Centre de Recherches
Informatique et Droit de Namur
Avocat au Barreau de Bruxelles

et Yves POULLET, Chargé de Cours - Directeur du Centre de
Recherche Informatique et Droit de Namur

Les auteurs remercient Mrs C. PRICE, Avocat, X. THUNIS,
Juriste d'entreprise et J. RAMAEKERS, Directeur de l'institut
d'Informatique de Namur pour leurs conseils.

PLAN

INTRODUCTION

SECTION I : Aspects techniques

- I. Définitions
- II. Crédibilité des documents informatisés

SECTION II : L'approche juridique Anglo-Saxonne

- I. Rappel des principes généraux
- II. La règle de l'original
 - A. Droit anglais
 - B. Droit américain
- III. La règle de l'ouï-dire
 - A. Droit anglais
 - a. Les exceptions jurisprudentielles
 - b. Les exceptions légales
 - B. Droit américain
 - a. La jurisprudence
 - b. La législation

SECTION III : Le droit belge et français de la preuve face à l'informatique

- I. Questions envisagées
- II. Les documents informatisés et la conclusion de contrats
 - A. Le problème
 - B. Les exigences légales
 - a. Le préalable
 - b. Le principe
 - c. Les exceptions

C. Les modes techniques d'admission de la preuve

a. Preuve de l'existence de la convention

b. Preuve de l'identité des parties

c. Preuve du contenu de la convention

III. Les documents informatisés et la conservation d'actes
ou de faits juridiques.

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le comparatiste, devant un problème donné, a le choix entre deux méthodes. Soit, sa lecture est transversale; il cherche à travers les réglementations de différents pays à identifier les questions essentielles auxquelles toutes les réglementations répondent. Il s'agit d'emblée de comparer des solutions, de souligner leur variété et d'en préciser l'originalité.

Soit sa lecture est verticale. Le problème analysé n'est pas découpé en multiples questions précises mais envisagé globalement à l'intérieur de différents ordres juridiques chacun pris séparément. La comparaison ne peut venir qu'à posteriori, c'est à dire à partir de ces approches globales.

Dans la matière qui nous occupe : le droit de la preuve face à l'informatique, la seconde approche a été préférée.

Deux raisons contribuaient à ce choix; l'une historique notait que si le droit de la preuve anglo-saxon s'était préoccupé de longue date des questions soulevées par les documents informatisés et en recensait de multiples⁽¹⁾, bien de ces questions n'avaient pas encore été aperçues jusqu'à présent par notre droit de la preuve.

L'autre est juridique : il est rare de trouver dans les matières juridiques civiles, des approches aussi différentes que celles développées en matière de preuve. C'est que les solutions en cette matière dépendent de multiples facteurs, en particulier du droit procédural profondément original de chaque pays (Cf infra à ce sujet l'introduction au droit anglo-saxon de la preuve).

Pour ces deux raisons, il importait, dans un premier temps, de juxtaposer deux démarches. Nous avons conscience que le second temps, celui de la confrontation, est à peine ébauché ici. Vos réactions nous aideront sans doute à conclure cette seconde étape.⁽²⁾

(1) Le lecteur s'apercevra que les premiers écrits doctrinaux en la matière datent, en droit anglo-saxon, de la fin des années soixantes; en droit français, de 1979 (thèse de Mme P. CHAMOUX).

(2) Nous n'avons pas examiné les questions de droit pénal dans la présente étude.

SECTION I : ASPECTS TECHNIQUES

I. Définitions

Qu'entend on par les termes "données informatisées" et "transactions informatisées"?

Dans le présent article, nous entendons par "donnée informatisée" toute information quelle que soit la forme sous laquelle elle est présentée (imprimé, enregistrement, témoignage,...) a fait l'objet d'un traitement informatique quelconque (du simple stockage de la donnée en mémoire à son traitement le plus complexe). Actuellement, de multiples informations font l'objet de traitements par ordinateur tant auprès des organismes publics qu'au sein des entreprises privées et même chez les particuliers. Aussi, à titre exemplatif, nous considérons comme "données informatisées" la situation fiscale d'un contribuable obtenue par traitement automatisé (partiellement ou totalement) par l'administration fiscale⁽¹⁾, la comptabilité informatisée d'une entreprise ou la gestion informatisée d'un patrimoine privé par un particulier sur son "Personal Computer".

Par "transaction informatisée", on entend tout contrat qui est soit conclu par voie informatique soit conclu et exécuté de cette manière⁽²⁾. Ces transactions nécessitent l'intervention d'au moins deux appareils (généralement videotex interactif). Citons à titre d'exemples pour les contrats conclus par l'informatique mais exécutés en dehors, la commande de livres ou de vêtements à distance et pour les contrats conclus et exécutés par la télématique la consultation d'une banque de données sur base d'un contrat d'abonnement conclu par l'intermédiaire de terminaux et certaines transactions financières.

De façon générale, nous appellerons "document informatisé", tout document révélant soit une donnée informatisée soit une transaction informatisée.

-
- (1) Voir à ce sujet P. GLINEUR, La fiscalité et l'informatique...vers la naissance d'un droit fiscal de l'informatique, Revue Générale de Fiscalité, 4 avril 1984, p. 75 et s.
- (2) Voir à ce sujet : POULLET Yves et THUNIS Xavier, Introduction aux aspects juridiques de la télématique, in la Télématique, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de Recherches Informatique de Droit des Facultés Notre Dame de Namur, t.I. p. 147 Ed. Story Scientia . 1984.

II. Crédibilité des documents informatisés

Préalablement à une étude juridique de la valeur probante des données et des transactions informatisées, il est utile d'examiner très brièvement, en dehors de toute considération strictement juridique, quelle crédibilité peut être réservée aux documents informatisés. Dans quelle mesure ceux-ci reflètent-ils fidèlement l'information qu'ils sont supposés contenir? Peut-on leur accorder une confiance aveugle ou bien faut-il les suspecter?

Les documents informatisés sont susceptibles de contenir plusieurs types d'erreurs. Celle-ci ont différentes origines : humaine, technique ou extérieure; elles peuvent se produire à différents moments : lors de l'introduction des données dans l'ordinateur, en cours de traitement ou de conservation et enfin lors de leur restitution par l'ordinateur et de leur transport.

La source d'erreur qui semble de loin la plus fréquente est l'erreur d'origine humaine.⁽¹⁾ L'ordinateur n'exclut pas l'intervention de l'homme; au contraire, celle-ci se manifeste directement ou indirectement à plusieurs niveaux.

En premier lieu, lors de l'introduction des données, l'intervention d'un encodeur est très souvent nécessaire et une erreur se glissera facilement lors de cette opération manuelle (par exemple, erreur de recopiage d'un chiffre figurant sur une facture). Même lorsque l'intervention humaine est réduite à son minimum, le risque d'erreur n'est pas inexistant. Ainsi dans les systèmes de "price look-up" (lecteurs automatiques de prix) qui ont récemment fait leur apparition dans nos grands magasins, la caissière peut se tromper dans la procédure qu'elle doit suivre ou bien omettre d'y soumettre un article. La constatation de l'erreur se révèle très difficile lorsque l'original d'où provient la donnée introduite (par exemple, une facture) a été détruit ou si cet original n'a jamais existé (par exemple, dans le système de "price look-up" (lecture optique). A cela, s'ajoute le fait que, contrairement aux systèmes traditionnels de conservation de données, les ordina-

(1) SPROWL, James A., Evaluating the credibility of computer generated evidence, Chic. Kent Law R., vol 52, 1975, P.543.

Anonyme, A reconsideration of the admissibility of computer generated evidence, Univ. of Pennsylvania Law Rev. , Vol. 126, 1977, 439;

teurs fonctionnent généralement de manière non-cumulative de sorte que lorsqu'une donnée est modifiée ou mise à jour, sa version précédente est effacée et donc indisponible pour une vérification éventuelle.

A titre de précaution, on peut conserver les originaux ou opérer des doubles introductions de données, la deuxième opération ayant une fonction de contrôle.

En ce qui concerne leur traitement et leur conservation, les données sont exposées non seulement aux erreurs de manipulation des opérateurs mais également à des erreurs d'origine humaine indirecte. En effet, ces deux opérations (traitement et conservation) sont réalisées par des programmes qui en tant qu'oeuvres humaines sont susceptibles d'être source d'erreurs.⁽¹⁾

Ce risque peut être considérablement diminué voire supprimé, si les programmes sont suffisamment testés avant leur mise en oeuvre définitive. Une autre source d'erreur humaine à ce niveau, est celle qui résulte de l'accès frauduleux à l'ordinateur par des personnes habiles qui en modifient les programmes et les données sans même qu'il reste de trace de leur intervention. La familiarisation croissante du public à l'informatique ne fait qu'augmenter ce risque. D'après une enquête menée en France,⁽²⁾ le risque réside essentiellement dans l'introduction de fausses informations plutôt que dans la manipulation des programmes, car celle-ci nécessite la complicité de tout le service informatique en cause. Il existe bien entendu de nombreux moyens visant à assurer la sécurité des ordinateurs dont les plus typiques sont l'utilisation de codes secrets d'accès⁽³⁾ et la cryptographie.

J. David DEHETRE, Data processing evidence. Is it different?
Chic.Kent Law R., vol 52, 1975, p. 570

Rigdon REESE, Admissibility of computerkept Business Records, Cornell
Law Review, vol 55, 1969 - 1970, p. 1036

William A. FENWICK et Gordon K. DAVIDSON, Use of computerized records
as evidence, Jurimetrics Journal, vol 19, 1975, p. 21.

(1) LE CHARLIER B., L'ordinateur est-il infailible, La Revue Nouvelle,
Juillet - Août 1983.

(2) CHAMOUX Françoise, La preuve dans les affaires, Paris 1979, p. 50

(3) A ce sujet, voir DEHETRE J. David, op cit. in Chic. Kent Law Review.
Voir aussi BRIAT M., La fraude informatique, L'observateur de l'OCDE,
n° 127, mars 1984, p. 36 - 38.

Enfin, l'erreur d'origine humaine peut encore se produire lors de la restitution des données par l'ordinateur. A ce stade, la fraude constitue le risque majeur. Il est en effet extrêmement facile de modifier de façon invisible les imprimés sortant d'un ordinateur. Il est même en principe impossible de distinguer un document sortant d'un ordinateur de sa copie, éventuellement modifiée, réalisée par un autre appareil. La signature par la personne compétente du premier texte imprimé permet d'échapper à ce risque en l'authentifiant et en en faisant ainsi une sorte d'original.

Les documents informatisés peuvent également contenir des erreurs dues à des facteurs d'origine externe. Malgré leur apparence souvent massive et robuste, les ordinateurs sont des engins délicats qui ne peuvent fonctionner convenablement que dans un environnement adéquat⁽¹⁾. Des mauvaises conditions de températures ou d'humidité, la présence de poussière, de vibrations, d'électrostaticité ou d'électromagnétisme, des interruptions ou des variations de puissance dans l'alimentation électrique, etc... sont autant de facteurs qui pourront être à l'origine d'une panne. Une panne peut parfois entraîner des déformations ou la suppression de documents informatisés. Il convient de prendre toutes les précautions pour diminuer au maximum ce risque d'erreur.

Une troisième source d'erreurs est purement technique. Celles-ci peuvent survenir à la suite d'un mauvais fonctionnement du matériel informatique ou du logiciel (d'application ou d'exploitation) ou encore des moyens de télécommunications reliant différents appareils ou enfin au cours des interactions entre ces différents éléments. Ainsi, pour pouvoir être traitées par l'ordinateur, les données introduites sont converties et transposées de nombreuses fois avant d'être restituées de façon lisible et compréhensible à l'utilisateur. Un risque de déformation des données originales introduites existe au niveau de ces diverses transformations. Une erreur peut aussi se produire dans un mauvais fonctionnement de l'imprimante dont, par exemple, une touche resterait bloquée (si le chiffre 0 est bloqué, tous les nombres imprimés peuvent être considérablement réduits).

(1) Anonyme, A reconsideration of the admissibility of computer generated evidence, University of Pennsylvania Law Review, vol 126, 1977, P. 439.

Quelle que soit son origine, le risque d'erreur augmente en fonction de la complexité du système auquel une donnée est soumise. Cette complexité résulte aussi bien du nombre d'appareils utilisés que des opérations effectuées.

De plus en plus, les données sont introduites par l'intermédiaire de terminaux reliés à un ordinateur central par voie de télécommunications et entre autres par satellites. De plus en plus aussi, les ordinateurs sont intégrés dans des réseaux composés d'appareils effectuant chacun une fonction déterminée sur une même donnée.

Il est logique que les différents risques d'erreurs décrits ci-dessus (d'origine humaine, technique ou extérieure), se multiplient puisque le nombre de personnes, de programmes et de matériel impliqués augmente.

La complexité du système auquel est soumise une donnée résulte aussi du type de traitement dont celle-ci fait l'objet. C'est pourquoi on distingue du point de vue du risque d'erreur les informations qui ont été simplement stockées en ordinateur (par exemple, celles provenant d'une banque de données), celles qui ont fait l'objet d'un traitement plus ou moins complexe dont ce résultat est contenu dans les données de base que nous appellerons "données générées" par ordinateur (par exemple, des totaux ou compensations entre factures effectués informatiquement), et les données qui résultent d'un traitement dont le résultat n'est pas contenu dans les données de base que nous appellerons "données créées" par ordinateur (à titre d'exemple, citons les systèmes d'aide à la décision notamment au moyen de systèmes experts ou d'intelligence artificielle).

Du point de vue des erreurs, les données stockées par ordinateur présentent essentiellement un risque au niveau des transmissions. Les données générées informatiquement sont, en plus, exposées à des erreurs au niveau des opérations de traitement notamment les clés d'accès : ainsi une erreur dans le libellé de la personne facturée pourrait entraîner le non enregistrement de la facture. Enfin, les données créées par ordinateur sont exposées à un risque d'erreur supplémentaire au niveau de l'adéquation des programmes aux problèmes qu'ils prétendent solutionner.

De ce bref tour d'horizon des erreurs susceptibles d'affecter les documents informatisés, le lecteur ne devrait conclure qu'aucune foi ne peut leur être accordée. Au contraire, l'expérience a prouvé que le risque d'erreur est extrêmement bas⁽¹⁾ et ce, grâce à l'utilisation de systèmes efficaces de détection et de correction et de prévention des erreurs installés sur la plupart des ordinateurs. Ce n'est que dans les rares cas où ceux-ci ne fonctionnent pas (par exemple, avant le déclenchement du mécanisme ou de double erreur) que les erreurs susmentionnées se produiront.

Il faut toutefois garder à l'esprit que la valeur d'un document sortant d'un ordinateur sera toujours dépendante de la valeur des données introduites au départ, c'est ce qu'exprime la formule américaine "GIGO" (Garbage in, Garbage out).

(1) FENWICK, William A. et DAVIDSON Gordon K., op cit., in, Jurimetrics Journal, 1978, vol 19 p. 21.

SECTION II : L'APPROCHE JURIDIQUE ANGLO-SAXONNE

I. Rappel des principes généraux

Le droit anglo-saxon de la preuve se caractérise par la richesse, la précision et la technicité de ses règles. Celles-ci ont été lentement élaborées au cours des siècles par la jurisprudence et lors de quelques interventions législatives avec un souci constant d'éviter que les jurys, composés de citoyens ordinaires illettrés et souvent trop sensibles, ne soient injustement influencés dans leurs jugements par de faux moyens de preuve.

Bien que les jurys ont pratiquement disparu dans le procès civil, ces règles constituent encore aujourd'hui le fondement du régime juridique de la preuve dans les pays de droit anglo-saxon. Il est utile d'en rappeler très brièvement les principes ⁽¹⁾ avant d'aborder la problématique spécifique aux preuves d'origine informatique.

Contrairement au droit civil, le droit anglais a privilégié la preuve orale et non la preuve écrite. Le principal mode de preuve est le témoignage direct par celui qui a eu personnellement connaissance des faits qu'il expose.

Le témoignage par ouï-dire n'est normalement pas admis ⁽²⁾ car il ne permet pas l'examen contradictoire ⁽³⁾ du témoin, principe fondamental en droit anglo-saxon visant à assurer la véracité du témoignage. La "hearsay rule" connaît cependant des exceptions. L'applicabilité de ces exceptions à la preuve par documents informatisés est examinée ci-après.

La preuve au moyen de documents, contraire au principe de l'interdiction de l'ouï-dire, n'est admissible qu'à condition que celui qui les produit

- 1° établisse que le document émane bien de la personne présentée comme son auteur,

- 2° la produise, en principe, dans sa forme originale.

(1) Pour plus de détails voir Lord Hailsham of St Marylebone, Halsbury's Laws of England, 4th Ed., vol 17, 1976

Walker & Walker, The English Legal System, 5th Ed., 1968

(2) Cette règle est connue sous le nom de "Hearsay Rule"

(3) "Cross examination"

La première condition pourra entre autres, être satisfaite par une vérification d'écriture, ou une attestation d'un témoin qui, en signant le document atteste de son authenticité ou encore par le recours à certaines présomptions (il existe notamment des présomptions réfragables d'authenticité à l'égard des documents émanant des autorités publiques ou ceux conservés pendant plus de 20 ans par des personnes exerçant certaines fonctions ("solicitor", banquier,...)).

La deuxième condition, connue sous le nom de "best evidence rule" souffre de nombreuses exceptions dont la plus importante est sans doute l'admission des copies lorsqu'il est prouvé que l'original a disparu ou est inutilisable.

Une troisième catégorie de preuves est constituée par les "preuves matérielles" ⁽¹⁾ qui consistent à présenter directement au tribunal les éléments à prouver. Ainsi la présentation de fournitures pourrait constituer la preuve matérielle du début d'exécution d'un contrat. Pour être recevable, une preuve doit entrer dans l'une de ces catégories et être "relevante", c'est-à-dire en rapport plus ou moins direct avec l'affaire contestée.

Une fois admise, le juge ou le jury décide du crédit à lui apporter. Toutefois, ces règles n'étant pas impératives, il est fréquent que les parties conviennent avant le procès de la valeur probante à accorder à leurs pièces.

Le droit anglo-saxon ne connaît pas les distinctions fondamentales en droit continental entre la preuve civile et la preuve commerciale et entre la preuve des actes et des faits juridiques. En dehors des cas limités où écrit est exigé ⁽²⁾, un contrat, civil ou commercial, peut être aussi bien conclu et prouvé par écrit que oralement. Toutefois, s'il existe un écrit, un témoignage peut faire foi outre mais pas contre celui-ci ⁽³⁾.

(1) "real evidence"

(2) L'écrit est notamment exigé pour les contrats de transferts de biens immobiliers, les conventions à titre gratuit, les baux de plus de 3 ans, la location-vente et le crédit, et les contrats dont l'exécution est reportée à plus d'un an. Pour plus de détails voir G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, et M.P. FURMSTON, The Law of Contract, 8^e Ed., 1972.

(3) "Parol evidence rule". A comparer avec l'article 1341 du code civil qui prévoit au contraire qu' "il n'est reçu aucune preuve par témoin contre et outre ce contenu aux actes".

II. La règle de l'original

En principe, un document ne peut faire preuve des informations qu'il contient que s'il est présenté dans sa version originale⁽¹⁾. Cette règle semble constituer un obstacle majeur pour celui qui veut prouver au moyen de documents d'origine informatique. En effet, les documents informatisés ne sont souvent que la transcription d'un écrit traditionnel (facture, bon de commande, etc...) lequel constitue l'original qui est généralement détruit peu de temps après son enregistrement informatique. Même lorsqu'il n'existe pas d'écrit traditionnel à la base du document informatisé (par exemple dans les systèmes de lecture optique) 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 lequel elle apparaît de façon lisible n'en est qu'une transcription?

Il existe heureusement, tant en droit américain qu'en droit anglais, de nombreuses exceptions légales et jurisprudentielles à la règle de l'original dont certaines se sont révélées adéquates pour une application aux documents informatisés.

A. Le droit anglais

En droit anglais, la jurisprudence a admis dès 1892 la production d'une copie comme preuve du contenu de son original si la partie qui s'en prévaut établit qu'elle n'a pu se procurer l'original⁽²⁾. Grâce à ses termes très généraux, cette exception permet de rencontrer les objections à l'admissibilité des documents informatisés décrites ci-dessus. Il suffira de prouver que les originaux à la base des documents informatisés ont été détruits ou n'ont jamais existé (cas de la lecture optique) pour que leur indisponibilité soit établie. De même dans leur forme magnétique ou électronique, il semble normal de les considérer comme indisponibles puisqu'ils sont incompréhensibles pour l'homme.

(1) Voir supra

(2) Lucas v. Williams & Sons (1892) 2 Q.B. 113, p. 116, C.A. per Lord Esher, M cité par Lord Hailsham of St Marylebone, op cit., Vol 17, p. 9.

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 celles-ci sont fiables par nature ⁽¹⁾. Selon certains auteurs, cette jurisprudence pourrait être étendue aux documents informatisés ⁽²⁾. Une telle interprétation devrait à notre avis, être nuancée : une extension de cette jurisprudence aux documents informatisés reprenant des données qui ont fait l'objet d'un traitement informatique plus ou moins complexe ne nous semble pas fondée puisque dans ces conditions les données originales ont été modifiées. Il ne s'agit donc plus d'une copie.

Il existe également des exceptions légales à la règle de l'original. Le Civil Evidence Act 1968 dont la Section 5 admet sous des conditions rigoureuses la preuve par documents informatisés ⁽³⁾, reconnaît aussi la valeur probante des copies de ces documents à condition que leur conformité soit suffisamment établie aux yeux du Tribunal ⁽⁴⁾. A notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence définissant les critères de conformité en matière de documents informatisés. Cette disposition permet donc la recevabilité de copie de copie à titre de preuve.

B. Le droit américain

Le droit américain connaît également de nombreuses exceptions à la règle de l'original dont certaines on trouvé à s'appliquer aux documents informatisés.

Il existe une exception qui prévoit que lorsque les originaux sont trop volumineux ou trop complexes ⁽⁵⁾ pour être utilement présentés au juge, un résumé ou un extrait de ceux-ci est admissible à titre de preuve pourvu que la partie adverse ait eu l'occasion d'examiner les originaux.

(1) *Kajala v. Noble* (1982) cité par C. TAPPER, *Computer output and the Law*, vol 6, n° 3, July 1984, p. 131 - 133

(2) Colin Tapper, voir note (1) et, a contrario, Alis Kelman et Richard Sizer, *The Computer in court*, 1982, p. 20

(3) Voir ci-dessous

(4) Civil Evidence Act 1968, Sect. 6 qui dit (une copie) authentifiée d'une manière approuvée par la cour

(5) "Voluminous writing exception".

Cette exception permet le recevabilité des documents informatisés reprenant des informations qui ont fait l'objet d'un traitement informatique plus ou moins complexe à condition que les données originales aient été conservées⁽¹⁾. Toutefois, la partie adverse devrait aussi être autorisée à examiner les programmes.

Comme en droit anglais, une copie est admissible lorsque l'original est indisponible⁽²⁾. Il est notamment recouru à cette exception lorsque les originaux ont été détruits dans le cours normal des affaires. Dans son application aux documents informatisés, l'exception a été interprétée très largement⁽³⁾. Ainsi, des listings d'ordinateur ont été admis pour prouver l'existence de transactions réalisées par une société, et dont les originaux se trouvaient dans ses succursales plus ou moins éloignées⁽⁴⁾. Cette jurisprudence devrait permettre à des entreprises reliées entre elles par réseaux de terminaux de ne conserver à titre de preuve des opérations conclues entre elles que les documents produits par ces terminaux. Dans la même décision, le juge a rejeté l'argument selon lequel un imprimé sortant d'un ordinateur n'est que la copie d'un original existant sous forme magnétique ou électronique au motif que sous cette forme, des données sont incompréhensibles et inutilisables par l'homme. Le juge a considéré que le listing constitue un "original" dans le sens de la "best evidence rule" et a qualifié de "véritable original" le document de base.

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

(2) C. Mc CORMICK, *Law of Evidence*, (1954) §§ 195 -197 cité par Ridgon REESE, *Admissibility of computer-kept business records*, *Cornell Law Review*, vol 55, 1969 - 1970, p. 1042.

(3) Jerome J. ROBERTS, *A practitioner's Primer on Computer Generated Evidence*, *The University of Chicago, Law Review*, vol 41, 1974, p. 254 et s.

(4) *King v. State ex rel. Murdock Acceptance Corp.*, 222 So 2d 393 (Miss. 1969)

Cette tendance jurisprudentielle de traiter les documents informatisés comme des originaux a été confirmée par le législateur dans les Federal Rules of Evidence⁽¹⁾ qui stipulent que lorsque des données sont conservées par ordinateur tout imprimé ou autre moyen lisible reflétant avec précision ces données, est considéré comme un original.

Conclusion

Grâce à l'existence d'exceptions jurisprudentielles exprimées en terme suffisamment souples, le droit anglo-saxon a fait preuve d'une grande adaptabilité aux problèmes nouveaux soulevés par l'évolution des techniques. Ces interprétations jurisprudentielles ont été confirmées et renforcées par le législateur.

(1) Federal Rules of Evidence, Rule 1001 (3)

III. La règle de l'ouï-dire

Le droit anglo-saxon dénie en principe toute valeur à la preuve par ouï-dire : toute déclaration écrite ou orale qui ne peut être soumise à l'examen contraire ("cross-examination") est irrecevable. Le témoignage par lequel A rapporte que B a fait telle déclaration est donc inadmissible comme preuve du contenu de celle-ci si B ne peut être interrogé personnellement devant le Tribunal. Appliquée aux écrits, cette règle signifie qu'un document est irrecevable à titre de preuve si son auteur n'est pas présent pour témoigner de son contenu.

Lorsqu'un document traditionnel est introduit dans un ordinateur par un encodeur puis présenté sous forme de document informatisé devant un Tribunal, l'information originaire qu'il contient est passée dans plusieurs mains : celles de l'auteur de l'original, de l'encodeur et de l'ordinateur lui-même puisque celui-ci traite et/ou conserve l'information et est donc susceptible de la transformer. Celui-ci ne peut, par nature, être soumis à l'examen contradictoire et c'est pour cette raison que la doctrine⁽¹⁾ et la

-
- (1) Voir notamment William A. FENWICK et Gordon K. DAVIDSON, Use of computerized business Records as Evidence, Jurimetrics Journal, Vol 19, 1978 p. 9 à 17, Jerome J. ROBERTS, A practitioner's Primer on Computer Generated Evidence, The University of Chicago Law Review, Vol 41, 1974, p. 254 à 280 Colin TAPPER, Evidence from Computers, Georgia Law Review, Vol 8, 1974 p. 562 à 613
Norman E. SMITH, Evidence-Admissibility of computer Business Records An Exception to the Hearsay Rule, North Carolina Law Review, vol 48, 1969 - 1970, p. 687 à 697.
Rigdon REESE, Admissibility of computer-kept business records, Cornell Law Review, Vol 55, 1969-1970, p. 1033 à 1048.
David BENDER, Computer Law : evidence and procedure, M. Bender, 1978, Larry E. MILLS, Kenneth J. LINCOLN et C.E. LAUGHEAD, Computer output , Its admissibility into evidence, Law and computer Technology, 1970, p. 14 à 21.
Frederick B. LACEY, Scientific Evidence, Jurimetrics Journal, 1984, p. 254 à 272
-

jurisprudence⁽¹⁾ ont toujours unanimement considéré les documents informatisés comme preuve par ouï-dire et non comme preuve matérielle (celle-ci consistant à présenter au juge l'objet même du litige et non un document ou un témoignage s'y rapportant). La règle connaît cependant de nombreuses exceptions légales et jurisprudentielles qui se sont développées dans les pays de droit anglo-saxon parfois de façon un peu différente. Il convient d'examiner leur applicabilité aux documents informatisés et, lorsque celle-ci n'est pas possible, les solutions spécifiques qui ont été trouvées.

A. Le droit anglais

a) Les exceptions jurisprudentielles

En droit anglais, aucune exception jurisprudentielle à la règle de l'ouï-dire ne s'est révélée adéquate pour permettre la recevabilité des documents informatisés comme preuve de leur contenu. La seule exception qui en raison de ses termes généraux aurait pu théoriquement convenir s'est avérée, à l'examen, inadéquate aux spécificités des documents informatisés⁽²⁾. En effet, l'exception développée dans *Price v. Lord Torrington*⁽³⁾ prévoit que les documents tenus régulièrement dans l'exercice de leurs fonctions par des personnes décédées sont recevables à titre de preuve des informations qu'ils contiennent.

(1) Voir, entre autres, en droit américain, *United States v. De Georgia*, 420 F 2d 889 (9th Cir. 1969).
Transport Indemnity Co. v. Seib, 178 Neb 253, 132, N.W. 2d 871 (1965).
King v. State ex rel Murdock Acceptance Corp 222 So 2d 393 (Miss. 1969) et en droit anglais : *Myers v. Director of Public Prosecutions* (1965) A.C. 1001, *Regina v. Ewing* (1983) *The Weekley Law report*, Vol 3,1
Regina v. Pittgew, (1980) 71 G App. R 39.

(2) Colin TAPPER, op cit., p. 568 à 571

(3) 91 Eng. Rep. 252 (1703) cité par Colin TAPPER, *Evidence from Computers*, *Georgia Law Review*, Vol 8, 1974, p. 569

En plus de la condition du décès qui limite considérablement son champ d'application, cette exception requiert que les informations se rapportent à des actes personnellement exécutés par celui qui les a enregistrés et simultanément à leur exécution. Ces exigences ne rencontrent pas les particularités de la conservation moderne des informations : en effet, ce ne sont généralement pas les mêmes personnes qui d'une part effectuent les opérations et d'autre part les enregistrent sur ordinateur.

Des exceptions jurisprudentielles plus adaptées à la preuve informatique n'ont pu être développées car en 1965⁽¹⁾ la Chambre des Lords a décidé que les Cours et Tribunaux ne pouvaient plus créer de nouvelles dérogations à la règle de l'ouï-dire.

b) Les exceptions légales

En l'absence d'exception jurisprudentielle, il convient d'examiner les solutions législatives apportées par le droit anglais aux problèmes posés par les techniques modernes de conservation des documents.

L'ancienne loi régissant la preuve en matière civile et commerciale⁽²⁾ ne permettait pas, elle non plus, la recevabilité des documents d'origine informatique. En effet, elle n'admettait la production de documents que sous des conditions très strictes dont notamment la présentation de l'original, en principe par son auteur qui devait avoir une connaissance directe et personnelle des informations contenues dans ce document⁽³⁾. De plus la définition du document n'inclut pas les documents informatisés.

(1) Myers v. Director of Public Prosecutions (1965) A.C. 1001

(2) Evidence Act 1938. Halsbury's Statutes of England (1969) p. 878

Cette loi est encore applicable dans certains tribunaux inférieurs.

(3) Evidence Act 1938, section I

Cette loi a été modifiée en 1968 par le Civil Evidence Act ⁽¹⁾ qui a introduit, en plus de nouvelles dispositions générales relatives à la preuve par ouï-dire des dispositions spécifiques aux documents d'origine informatique.

Dans sa disposition d'application générale, cette loi permet la recevabilité de l'ouï-dire "de première main"⁽²⁾. Dès lors, si la personne qui a effectué une transaction l'enregistre elle-même sur ordinateur le document informatisé sera recevable. La section 4 de la loi va plus loin en admettant le document informatisé même si celui qui l'a enregistré n'avait pas une connaissance personnelle des faits y relatés à condition qu'elle ait agi dans l'exercice d'une fonction ("duty") ⁽³⁾ et tenait l'information d'une personne qui en avait une connaissance immédiate (ou d'une autre personne agissant dans l'exercice d'une fonction pourvu qu'au bout de la chaîne se trouve quelqu'un ayant une connaissance personnelle). Cette disposition permet donc la recevabilité des documents informatisés pour autant que quelqu'un ait eu une connaissance directe des faits qu'ils contiennent.

Les sections 2 et 4 du Civil Evidence Act 1968 ne peuvent être utilisées lorsqu'il n'existe pas de document originaire dont une personne a eu une connaissance directe. Tel est le cas d'une opération effectuée à un distributeur automatique de billets ou un enregistrement automatique par lecture optique puisqu'il n'existe pas de document. Dans ces circonstances, les conditions de la section 5 de la loi, se rapportent exclusivement à la recevabilité de la preuve par document informatisé seront d'application.

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

(2) Civil Evidence Act 1968, Section 2

(3) Par "fonction" on entend les activités réalisées dans le cadre d'un commerce, d'une profession libérale, etc... voir section 4 (3) du Civil Evidence Act 1968.

"Dans les procédures civiles"⁽¹⁾, une information contenue dans un document⁽²⁾ produit par un ordinateur sera sous réserve des conditions de procédure, recevable à titre de preuve de tout fait qu'elle révèle dont un témoignage oral et direct aurait été recevable s'il est démontré que les conditions énumérées dans l'al. 2 sont satisfaites.

Ces conditions sont :

- a. que le document contenant l'information a été produit par l'ordinateur à un moment où celui-ci était utilisé régulièrement pour conserver ou traiter des données relatives à des activités exercées régulièrement pendant cette période, avec ou sans but de lucre par toute personne physique ou morale;
- b. que pendant cette même période, l'ordinateur était régulièrement alimenté dans le cours normal de ces activités avec des données de la même nature que celles figurant dans le document ou à l'origine de celles-ci;
- c. que durant cette période l'ordinateur fonctionnait correctement ou si tel n'était pas le cas, la défectuosité n'était pas de nature à affecter la production de document ou la précision de son contenu; et
- d. que les informations contenues dans le document reproduisent ou trouvent leur origine dans des données introduites dans l'ordinateur dans le cours normal de ces activités.

(1) La procédure civile s'oppose à la procédure pénale et comprend les affaires à caractère commercial.

(2) Le terme "document" est défini à l'article 10 comme comprenant "tout disque bande, enregistrement sonore ou autre procédé contenant des sons ou autres données (à l'exclusion des images visuelles) susceptibles d'être reproduits (avec ou sans l'aide d'autres appareils)..." Civil Evidence Act 1968 Section

(1) (c)

L'alinéa 3 précise que lorsque plusieurs ordinateurs sont intervenus ensemble ou successivement dans les opérations de traitement ou de conservation des données, ceux-ci sont considérés comme un seul appareil.

En vertu de l'alinéa 4, 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 dans l'alinéa 2 sera déposé auprès du Tribunal après avoir été signé par une personne responsable⁽¹⁾. L'alinéa 5 précise, entre autres, qu'on entend par données introduites dans l'ordinateur, celles qui sont introduites avec ou sans intervention humaine.

La force probante à accorder à un document déclaré recevable est laissée à l'appréciation du Tribunal. Celui-ci devra tenir compte de toutes circonstances utiles et notamment le degré de simultanéité entre le moment où le fait s'est produit et son introduction dans l'ordinateur ainsi que l'intérêt éventuel des personnes impliquées à modifier les données.

Ces dispositions ont fait l'objet de vives critiques⁽²⁾ sur la plan des définitions qu'elles contiennent et des conditions de recevabilité qu'elles établissent.

Nulle part il n'est fait mention du logiciel et la définition donnée de l'ordinateur se limite à ses aspects matériels⁽³⁾.

Il en résulte que l'exigence du bon fonctionnement⁽⁴⁾ ne porte pas sur les programmes qui sont pourtant souvent la cause d'erreur⁽⁵⁾.

(1) Une personne occupant un poste de responsabilités en rapport soit avec la fonctionnement du procédé en cause, soit avec la direction des activités en cause

(2) Aliston KELMAN et Richard ISER - op cit., 21
Colin TAPPER, op cit in Georgia Law Review, Vol 8, 1974, p. 604 à 612
T.R.H. 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, p. 10 et 11
The Law Society's Gazette - Wednesday 21 march 1984, p. 831.

(3) Civil Evidence Act 1968 S 5 (6) : " tout appareil de conservation et de traitement de l'information". Cette définition est aussi critiquée pour ses termes trop vagues. Voir TAPPER, op cit, in Georgia Law Review, p. 606.

(4) Ibid. S 5 (2) (c)

(5) Cfr supra

Les conditions de régularité dans le fonctionnement de l'ordinateur ⁽¹⁾ et dans l'introduction des données ⁽²⁾ ne semblent pas justifiées : pourquoi des données introduites occasionnellement ou un ordinateur fonctionnant sans régularité sont-ils moins fiables ?

En mentionnant simplement que les informations contenues dans le document informatisé reproduisent les données introduites, les auteurs de la loi ont abordé, mais de manière tout à fait insatisfaisante, un problème crucial ⁽³⁾ : celui de la valeur des données à l'origine du document informatisé. La valeur de celui-ci dépend d'abord de la valeur de celles-là. Or, la loi n'exige pas le témoignage de celui qui a introduit les données et qui connaît donc les documents ou faits à l'origine du document informatique et ne prévoit aucune condition permettant au Tribunal de vérifier si des erreurs ou des modifications ont pu se produire lors de l'opération de transcription des données ⁽⁴⁾.

A notre connaissance, il n'existe pas encore de décisions jurisprudentielles significatives quant à l'interprétation donnée par les juges aux dispositions du Civil Evidence Act 1968 relatives aux documents d'origine informatique et particulièrement aux circonstances retenues en vertu de la section 6 3c, pour décider de la force probante à réserver aux documents admis.

(1) Civil Evidence Act 1968 S 5 (2) (a)

(2) Ibid S 5 (2) (b)

(3) Ibid S 5 (2) (d)

(4) En Australie, le South Australian Evidence Act Amendment Act de 1972 s'est inspiré de la loi anglaise mais s'en est considérablement départi afin de rencontrer les objections formulées à l'encontre du Civil Evidence Act 1968. Il prévoit notamment dans son article 59 B.(c) que le document informatisé sera irrecevable s'il y a une raison de suspecter une erreur dans la préparation des données. Pour des commentaires sur les dispositions australiennes voir C. TAPPER, op. cit. in Georgia Law Review, p. 604 à 612. Ces dispositions ont pourtant déjà fait l'objet de projets de réforme par la Law Reform Commission - voir The Australian Law Journal vol 56, 1982, p. 153. En Afrique du Sud, les 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 les Ministères sont exemptés. Le Canada a également envisagé une réforme du Canadian Evidence Act 1982 (S. 33) cfr Transnational Data Report, vol VI, n° 5, p. 245. En droit anglais, il faut encore mentionner des dispositions relatives aux documents d'origine informatique figurant dans des textes particuliers : l'art.6 du Banking Act 1979 définit les "livres des banquiers" comme comprenant toute forme de procédé mécanique ou électronique de conservation de données et l'art. 3 du Stock Exchange Act de 1976 autorise les sociétés à tenir les registres exigés par les Companies Acts "autrement que dans une forme lisible à condition qu'ils puissent être reproduit dans une telle forme".

Enfin, il faut encore mentionner que le Civil Evidence Act 1972 qui établit des exceptions à l'irrecevabilité des opinions personnelles en prévoyant notamment l'admissibilité des témoignages d'experts, exclut explicitement ⁽¹⁾ la recevabilité des avis rendus par des ordinateurs écartant ainsi la possibilité d'utiliser en justice les "systèmes experts" (appelés aussi "intelligence artificielle") qui connaissent actuellement un développement considérable.

B. Le droit américain

a. La jurisprudence

En droit américain, l'exception à la règle de l'ouï-dire développée dans Price v. Lord Torrington ⁽²⁾ a connu une évolution différente, par moins restrictive, de celle du droit anglais. En effet, les conditions d'application de cette exception, connue aux Etats-Unis sous le nom de "business records exception" sont beaucoup moins strictes qu'en Angleterre: un document est en principe recevable comme preuve des faits qu'il révèle dès que le témoin direct de l'évènement est indisponible (il n'est donc plus exigé qu'il soit mort) et que les données qu'il contient ont été enregistrées de façon régulière (et pas nécessairement dans l'exercice d'une fonction) à un moment proche de la survenance des faits. Le critère de l'indisponibilité a fait l'objet d'une interprétation très large : celle-ci peut être justifiée par la simple difficulté d'identifier l'employé qui a réalisé la transaction et/ou son enregistrement (ce qui sera souvent le cas dans les grandes entreprises) ou la probabilité que, même s'il était identifié, il serait incapable de se souvenir de ses actes ⁽³⁾.

Cette exception d'origine jurisprudentielle a été introduite dans des dispositions législatives fédérales qui ont été adoptées, sans modifications substantielles, par une majorité des Etats Américains ⁽⁴⁾ prévoyant que les données commerciales ⁽⁵⁾ sont recevables à titre de preuve à condition que les transactions qu'elles révèlent aient été réalisées dans le cours normal et régulier des affaires et enregistrés dans les mêmes circonstances

(1) Civil Evidence Act 1972, Section I (1)

(2) 91 Eng. Rep. 252 (1703)

(3) Massachusetts Bonding & Insurance Co v. Norwich Pharmacal Co, 18 F 2d 934 (2d cir. 1927). contra : Rathborne v. Hatch 80 App. 115, 80, N.Y.S. 347 (1903). Voir C. TAPPER, op. cit., 574

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

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

au moment ou peu après leur réalisation⁽¹⁾.

Les conditions de recevabilité des données commerciales étant basées sur les circonstances dans lesquelles elles ont été enregistrées et non sur leur forme, la jurisprudence a pu recourir à la "business records exception" pour admettre la recevabilité des documents informatisés. Deux objections pouvaient cependant être soulevées à l'encontre de leur recevabilité. Premièrement, les données informatisées sont souvent conservées uniquement sous forme magnétique ou électronique et ne sont imprimées sur un document lisible 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 les documents informatisés ne remplissent ni la condition de régularité, ni la condition de simultanéité. Dans une jurisprudence relativement abondante partiellement examinée ci-après, les juges américains⁽²⁾ ont réfuté ces deux objections et ont précisé les spécificités des conditions d'application de la "business records exception" aux documents informatisés

La première décision importante concernant l'admissibilité des documents informatisés a été rendue en 1965 dans l'affaire Transport Indemnity Co. v. Seib⁽³⁾ dans laquelle un assureur se prévalait de documents d'origine informatique établissant le montant de primes dues par une entreprise de transport calculé rétroactivement par ordinateur sur base des sinistres déclarés pendant le trimestre précédent. Le défendeur a prétendu que ces documents informatisés étaient irrecevables car ils avaient été spécialement imprimés pour le jugement et n'avaient donc pas le caractère régulier exigé par la "business records exception".

(1) Voir notamment Article 63 (13) des Uniform Rules of Evidence

(2) Selon que l'Etat dans lequel elles ont été rendues a adopté ou non des dispositions législatives en cette matière ou pas, les décisions sont basées sur des textes légaux ou sur l'exception dans sa forme jurisprudentielle. Ses conditions d'application étant substantiellement identiques dans les deux cas, il n'est pas nécessaire de faire la distinction ci-après.

(3) 178. Neb 253, 132 NW 2d 871 11 ALR 3d 1368 avec note de J. EVANS.

Il argumentait aussi qu'ils n'avaient pas été imprimés au moment ou peu après la survenance des faits et ne remplissaient donc pas non plus la seconde condition, celle de la simultanéité.

La Cour a rejeté ces arguments considérant que les conditions de régularité et de simultanéité ne devaient pas être remplies au niveau de l'impression des données mais au moment de leur enregistrement et de leur traitement sous forme magnétique ou électronique.

Dans son jugement, la Cour a dit que la "business records exception" ne devait pas être interprétée restrictivement au risque d'annihiler son utilité car elle est destinée "à faire entrer dans les salles d'audiences les réalités du monde des affaires et des pratiques professionnelles".

Cette décision a été suivie par une jurisprudence relativement abondante qui a précisé les spécificités de l'application de la "business records exception" aux documents informatisés.

Conformément à la "business records exception" le témoignage personnel de la (ou des) personne(s) ayant effectué l'enregistrement des données n'est pas nécessaire. "dès le moment où les inconvénients de l'appeler dépassent les avantages d'un témoignage personnel⁽¹⁾". Les documents pourront être présenté par la personne responsable du service informatique⁽²⁾ ou même par tout employé de la société qui est au courant des systèmes d'enregistrement, de traitement et de conservation des données⁽³⁾.

-
- (1) King v. ex rel. Murdock Acceptance Corp. 222 SO 2d 393 (1969)
Tel n'est pas le cas au Texas où le témoignage direct est souvent exigé y compris pour les documents informatisés, cfr Railroad Commission v. Southern Pacific Railroad, 468 SW 2d 125 (Ct. Civ. App. Tex. 1971) et Karmen & Co v. Young 446, SW 2d 381, 4 CLSR 444 (Tex. Civ. App. 1971)
- (2) Cfr Transport Indemnity co v. Seib 178 Neb 253, 132 NW 2d 871 11 ALR 3d 1368. et King v. ex rel. Murdock Acceptance Corp. 222 SO 2d 393 (1969)
- (3) Merrick v. U.S. Rubber Co 7 Ariz. App. 433, 440 P 2d 314 (1968)

Les points sur lesquels le témoignage doit porter pour que les documents informatisés soient considérés comme fiables par le juge, ont également été précisés ⁽¹⁾. Ils concernent :

- la fiabilité du système auquel les données ont été soumises (programme et matériel)
- la manière avec laquelle les données ont été introduites
- les procédés de détection et de correction des erreurs
- le mode de préparation des imprimés
- et bien entendu, des informations montrant la régularité et la simultanéité (Cfr supra).

Au début, la jurisprudence exigeait que l'ordinateur utilisé soit un équipement standard ⁽²⁾. Cette exigence a été abandonnée. Elle avait d'ailleurs été vivement critiquée par TAPPER ⁽³⁾ qui l'a considérée comme injustifiée dans la mesure où il était prouvé que l'équipement fonctionnait convenablement. Ajoutons qu'une telle exigence risquait de constituer un frein au développement technologique, les entreprises n'ayant pas intérêt, dans ces circonstances, à utiliser des équipements expérimentaux ou sur mesure.

Sans le témoignage d'une personne plus ou moins qualifiée sur les aspects énumérés ci-dessus, ⁽⁴⁾ le document est irrecevable.

(1) Cfr Monarch Savings and Loan Association v. Genser, 156 N.J. Super. 107 (Ch. Div. 1977) où ils sont récapitulés et William A. FENWICK et Gordon K. DAVIDSON, Use of Computerized business records as evidence, Jurimetrics Journal, Vol 19, 1978, p. 19.

(2) King v. ec. rél. State Murdock Acceptance 222 SO 2d 393 (1969)

(3) Colin TAPPER op. cit. in Georgia Law Review, p. 577-578

(4) Cfr North Carolina v. Springer, Jr, 283 N.C. 627 197 S.E. 2d 530, 5, CLSR 432 (1973) où un document informatisé établissant le compte du montant dû à la suite de l'utilisation d'une carte de crédit a été refusé car il n'y avait pas de témoignage sur les méthodes utilisées pour établir ce compte.

Moyennant satisfaction de ces conditions, un document informatisé est admissible à titre de preuve des informations qu'il contient. Sa force probante sera déterminée par le juge en fonction de l'ensemble des éléments qui lui sont présentés par les parties. Dans Olympic Insurance Co v. Harrison Inc.⁽¹⁾, le juge leur a accordé une présomption réfragable de fiabilité. La partie adverse doit cependant avoir la possibilité d'examiner le système (programme, matériel) et les données originales si elles existent pour pouvoir renverser cette présomption⁽²⁾.

Pour terminer, il est intéressant de mentionner l'attitude des tribunaux devant un phénomène très récent, celui des données créées par ordinateur (systèmes experts, intelligence artificielle...)⁽³⁾. Leur admissibilité ne peut être justifiée par la "business records exception" mais bien sur base de la recevabilité des témoignages d'experts⁽⁴⁾.

Dans l'affaire Perma Research and Development v. Singer Co.⁽⁵⁾, le demandeur Perma Research and Development prétendait que le défendeur Singer Co avait violé leur contrat par lequel il s'engageait à faire tous les efforts possibles pour perfectionner un procédé d'antidérapage. A titre de preuve de ce défaut d'exécution, Perma Research and Development présentait une démonstration réalisée par un ordinateur et établissant que le procédé était encore perceptible.

(1) 418 F 2d 669 (5th Cir. 1969)

(2) Cfr United States v. De Georgia, 420 F 2d 889 (1969)

(3) Cfr supra

(4) Voir William A. FENWICK et Gordon K. DAVIDSON, Use of Computerized business records as evidence, Jurimetrics Journal, Vol 19, p. 23.

(5) 542 F 2d 111 (1976)

Bien que la partie adverse n'ait pas eu la possibilité d'examiner les programmes dont les raisonnements avaient abouti à la démonstration de la perfectibilité du procédé, le tribunal a admis la recevabilité du document. Par contre, dans un autre cas⁽¹⁾, le défendeur a été autorisé à examiner les programmes ainsi que leur documentation explicative et à interroger leurs auteurs. Dans cette affaire, le demandeur estimait les dommages qui lui étaient dus pour concurrence déloyale en démontrant par des calculs compliqués, effectués par ordinateur, quelle aurait été la situation du marché en l'absence d'une concurrence déloyale⁽²⁾.

b. La législation

Contrairement au droit anglais, la grande souplesse de la "business records exception" ne nécessitait pas d'intervention du législateur américain pour permettre l'admissibilité des documents informatisés. Toutefois, le législateur fédéral a proposé une nouvelle formulation dans les Federal Rules of Evidence⁽³⁾ stipulant que l'exception s'applique aux données "quelque soit leur mode de conservation". Les commentaires officiels de cette disposition précisent qu'elle inclut les données conservées par ordinateur⁽⁴⁾.

En ce qu'elle ne fait que confirmer une jurisprudence déjà solidement établie, cette disposition n'était pas vraiment nécessaire. Par contre, elle trouvera toute son utilité lorsque des nouvelles techniques de conservation des données seront découvertes.

(1) Pearl Brewing Co v. Jos Schlitz Co 415-F. supp. 1122 (S.D. Tex. 1976)

(2) Voir aussi Alan L. TEUBNER, The computer as an Expert Witness : toward a Unified theory of computer evidence, Jurimetrics Journal, 1979, Vol 19 p. 274 à 289

(3) Federal Rules of Evidence, Pub. L N° 93.595. 88Stat 1926 (1975) Rule 803 - (6) et (7). Ces règles n'ont toutefois été jusqu'à présent adoptées que par une minorité des Etats - Voir J.C. LAUTSCH. Digest and Analysis of State legislation relating to computer technology, Jurimetrics Journal , Vol 20, p. 209.

(4) Voir "A reconsideration of the admissibility of computer-generated evidence", university of Pennsylvania Law Review, Vol 126 1977, 432

Conclusion

Bien qu'ils trouvent tous les deux leur origine dans la Common Law, le droit anglais et le droit américain ont évolué de façon différente.

Il en résulte que face à des problèmes nouveaux tels que la production de documents informatisés comme preuve des informations qu'ils contiennent, ces deux systèmes juridiques frères ont dû réagir différemment.

Dans la matière qui nous concerne, cela est surtout frappant dans l'application de la règle de l'ouï-dire. Alors que celle-ci a pu être étendue par la jurisprudence américaine aux documents informatisés, le droit anglais a été amené à prévoir des dispositions législatives spécifiques adoptées aux documents informatisés. Cette grande souplesse du droit américain de la preuve face aux techniques nouvelles a encore été démontrée par son attitude à l'égard des systèmes experts.

Section III - Le droit belge et français (1) de la preuve face à l'informatique

I. Questions envisagées

Deux questions sont à évoquer :

- 1°) Certaines transactions s'opèrent par le biais d'ordinateurs. Dans quelle mesure, ces transactions dites télématiques peuvent-elles se prouver par les seuls documents informatisés qui en conservent la trace ?
- 2°) " Les entreprises ont recours aux procédés de reproduction par micrographie et aux techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur en détruisant les originaux, s'ils existent, afin d'économiser les coûts d'archivage et des locaux "(2). Dans quelle mesure, ces documents comptables et ces archives informatisés sont-elles admissibles à titre de preuve judiciaire ou devant certaines administrations (fiscales, en particulier) ?

Nous évoquerons successivement ces deux questions .

II. Les documents informatisés et la conclusion de contrats (3)

A. Le problème

" Le problème le plus sérieux que posent les transactions effectuées au moyen de la télématique, écrit la commission française du suivi des expériences télématiques, concerne , en l'absence d'un écrit, la preuve même de ces transactions : existence d'un ordre ou d'une acceptation, identité de l'utilisateur et objet du contrat, contenu des clauses applicables"

(1) Le texte fera certaines allusions à la réglementation allemande. Le lecteur se référera en particulier à l'annexe 1.

(2) Recommandation n° R(81) 20 du Comité des Ministres du 11 décembre 1981 relative à l'harmonisation des législations en matière.

(3) Sur tout cela , Y. Pouillet - X. Thunis, Introduction aux aspects juridiques de la télématique, in La Télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du colloque de Namur, Gent, Ed. Story-Scientia, 1984, T. I, n°60 et s. La présente contribution reprend de larges passages du rapport cité.
Cf. également, Fr. Chamoux, La preuve dans les affaires, de l'écrit au Microfilm , Litec, 1980.

" Lorsque la loi exige un écrit, un contrat ne peut être conclu (opérations de crédit, loi du 10 janvier 1978) ou prouvé (contrats de plus de 5.000 F.F., loi du 12 juillet 1980) que par un écrit. Dans les autres cas, le risque que l'opération fait peser sur les prestataires ne peut être écarté, ou au moins réduit, que par le recours à des procédés d'identification et de contrôle...".(1).

Si l'avantage de la télématique est la rapidité accrue dans la conclusion de 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.(2).

Ainsi, la preuve de la transaction par trois questions différentes(3) :

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 certaines dispositions (exemple : délai de livraison, modalité de paiement du prix...) le sont ;

(1) Rapport intérimaire de la commission du suivi des expériences télématiques, 19 janvier 1983, 12.

(2) Sur les méthodes d'identification du terminal, la distinction entre l'identification du terminal, qui correspond à la rétribution du transporteur et l'identification du client d'un service, voire de la personne physique, lire Chamoux, J.P., Delahaie, H., Grissonnanche, A., Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques, Rapport de synthèse, doc. dactylographié, septembre 1980.

(3) Chamoux, F., La force probante des supports modernes d'information, Inf. et gestion, 1981, n°126, 25 et 26.

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

Les exigences légales relatives à ces trois niveaux de preuve peuvent s'avérer différentes.

B. 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(1) " 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"(2).

Si la distinction "acte-fait juridique" n'est pas chose 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.

Cette exigence a été réaffirmée à de nombreuses reprises (3). En particulier, les juges (4) ont refusé de prendre en considération comme écrit les échanges de correspondances par téléscripneur au motif que l'original composé à distance n'est pas signé et ne peut donc être considéré comme un acte sous seing privé.

(1) Cfr. à cet égard, la thèse de Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse, Paris, 1970.

(2) Aubert, J.L., Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, Paris, 1970, 188.

(3) Nonobstant la recommandation du comité des Ministres déjà citée qui demande aux gouvernements des Etats membres dont la législation impose la preuve par écrit d'"examiner la possibilité de supprimer cette exigence" (Sur ce point, X. Linant de Bellefonds, L'informatique et le Droit, P.U.F., 1981, 43.

(4) Cass. comm.fr. 19 novembre 1973, Bull.civ., 1973, IV, n°333; G. Goubeaux et D. Rihl, v° Preuve, Dalloz, Rép.dr.comm., 1979, n°944.

b. Le principe : la prééminence de la preuve écrite des actes juridiques
L'article 1341 du Code civil, texte de portée générale constitue une pièce essentielle du régime probatoire :

Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de trois mille francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve contre et outre le contenu aux actes. Le "tout" sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce (1).

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 écrite, l'expression de la personnalité d'un individu et de son adhésion au contenu d'un acte(2) disparaît.

Les traces éventuelles de la transaction ne peuvent donc, apparemment du moins, avoir aucune valeur probatoire ni servir à l'établissement de la vérité judiciaire. "Idem est non esse et non probare". Les contrats conclus par la télématique seraient alors refoulés dans "les ténèbres pré-juridiques".

Cette conclusion un peu rapide doit être nuancée.

c. Les exceptions au principe et leur application aux contrats télématiques
Les exigences de preuve de l'article 1341 du Code civil ne portent que sur l'existence de la convention

Lorsque l'existence de l'acte n'est pas contestée mais bien son contenu, la jurisprudence française admet que la restriction à l'admissibilité des modes de preuve ne joue pas. Selon MM. Ghestin et Goubeaux (3), cette distinction, si elle soulève certaines difficultés, s'explique : "lorsque les parties s'accordent sur l'existence de l'acte, la modification de l'ordre juridique est acquise et il reste seulement à en fixer la mesure...".

(1) Le décret 80.533 du 15 juillet 1980 pris en application de la loi française du 12 juillet 1980 adapte le montant en dessous duquel la preuve non écrite est admise, à savoir 5.000 F.F. (Sur ce point, Linant de Bellefonds L'informatique et le droit, PUF, 1981, 43).

(2) Cet argument n'est pas décisif car comme le signale Mme Chamoux (La preuve dans les affaires LITEC, 1979, 75) un code secret est 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 (cfr 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, p.3, n°8).
.....

Ainsi, la preuve par présomptions et témoins pourrait-elle être admise pour déterminer le contenu.

Les exceptions légales et leur interprétation

1. Les transactions relatives à de petits montants (jusque 5.000 F.F. en France; jusque 3.000 F.B. en Belgique), peuvent être prouvées par tout moyen de droit.

Ce sera souvent le cas en matière de contrats conclus et/ou exécutés par la télématique.

2. L'article 1342 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 (1).

L'exigence d'une preuve écrite se fera donc moins sentir dans la télématique professionnelle que dans le vidéotex grand-public puisque la première met souvent en relation des commerçants tandis que le second, dans la plupart des hypothèses, rend possible, à distance, un contrat entre un commerçant (le serveur) et un non-commerçant.

(1) A ce propos, notamment Van Rijn J., et Heenen, J., Principes de droit commercial, T.I., 2e éd., 1975, 484. Comp. l'article 109 du Code de 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".

Suite Notes de la page précédente

(3) Ghestin, J., et Goubeaux, J. Traité de droit civil, T.I., Les obligations, Paris, 1982, n° 599 et la note (118).

En effet, dans ce cas, l'acte est mixte et l'article 1341 réserve ses rigueurs au commerçant qui peut éprouver quelques difficultés à produire une preuve écrite signée de l'acte juridique passée sur le réseau(1).

Selon de nombreux auteurs (2), 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.

Cette convention pourrait revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations qui seront passées par le service télématique. (Ainsi, le règlement relatif à la remise d'une carte de banque).

Ce règlement général - et en particulier la clause relative à la preuve - émanant du serveur lui-même devra être porté 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 unique et non comme une succession de contrats d'achat-vente, permet de résoudre aisément le problème.

Prenons par exemple une convention écrite par laquelle un serveur-producteur s'engage à transmettre des données financières à l'utilisateur.

(1) Syx, D., Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, avril 1982, édité par la Kredietbank, 62 et 63.

(2) Malengraux, X., Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, Ann. dr. Louvain, 1982, 117 et les références citées à la note 25. Cf. dans la jurisprudence, récemment Cass.fr. 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 ce texte, alors que ses dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité".

En droit allemand, le même principe est défendu (Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm. 35e ed., München, 1977, § 351, p.822.)

S'agit-il d'une convention-cadre suivie, lors de chaque demande particulière, de conventions d'application, soit 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 convention ?

S'il n'y a pas de convention relative à la preuve 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 (la bonne à notre avis), l'existence d'une convention relative aux modes de preuve ne change guère la solution applicable, puisque l'exécution d'une convention est un fait juridique (1) dont la preuve peut se faire par tous moyens de droit.

3. L'article 1341 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 (Code civil art. 1348), ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (Code civil, art. 1347).

Il semble que l'utilisation de systèmes informatiques ou de réseaux télématiques, du moins dans ses applications grand-public, constitue l'exception prévue à l'article 1348 du Code civil. Cette interprétation s'accorde en tout cas, avec la conception extensive, en jurisprudence de l'impossibilité de se réserver une preuve écrite(2).

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(3) "il sera relativement facile au juge de considérer qu'il y a eu impossibilité de rédiger un écrit, chaque fois qu'il se trouvera en face d'un procédé de transmission de données dématérialisées".

(1) Selon Catala, N., 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 que constitue la satisfaction du créancier.

(2) Dans ce sens, Malengreaux, X., o.c., 116; cfr. également Van Rijn, J., et Heenen, J., Traité de droit commercial, T.I., 481; Malinvaud, P., 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.

(3) Chamoux, F., La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P., 1981, II, 3008.

Nous reviendrons amplement sur la nouvelle version de l'article 1348 c.c. L'alinéa 2 en effet nous permettra d'aborder la seconde question que nous posions d'entrée de jeu : le remplacement d'un original par un document informatisé est-il possible ? Avant d'aborder cette seconde question, il reste à conclure l'analyse du premier point.

En effet, une fois que l'on a déterminé l'impossibilité pour les parties contractant par réseau télématique de se réserver une preuve écrite signée, que l'on a montré, en analysant la portée de l'article 1341 du Code civil, que le principe même de l'écrit signé (*instrumentum*) requis pour faire preuve d'un acte juridique (*negotium*) souffre de larges exceptions dérivant de la loi, d'une convention loi des parties ou de la jurisprudence, le problème demeure entier.

Quels sont (in concreto), les éléments que le juge pourrait retenir pour conclure à la passation d'un acte juridique sur le réseau ?

La question fondamentale à résoudre est donc très précisément la suivante : les techniques modernes fournissent-elles des présomptions admissibles dont on puisse induire l'existence d'un acte juridique, le contenu d'un acte et l'identification des parties à cet acte ?

C. Modes techniques d'administration de la preuve

On ne procédera pas à une analyse détaillée des modes techniques d'administration de la preuve (1). On citera seulement quelques techniques susceptibles de fournir une solution aux problèmes de preuve se posant aux 3 niveaux évoqués.

(1) Pour une analyse de ces modes techniques, on consultera Grissonnanche, A., *Data Protection and Data Security Technology*, Document dactylographié ADI, GMD, NCC, 03.15.1983, 24 et s ; Chamoux, J.P., Delahaie H., Grissonnanche, H., Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques. Rapport de synthèse, document dactylographié, septembre 1980, spéc.111 et s

a. 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 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 là d'une solution coûteuse.

b. 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 (1). 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 vocales sont des méthodes envisageables mais encore à l'état de recherche ou de prototype.

On pourrait songer également 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"(2). L'intérêt de ce système serait d'établir à la fois une preuve de l'identité des parties et du contenu de la convention.

(1) Il faudrait que le moyen d'identification soit incorporé dans le moyen d'accès lui-même, une carte en l'occurrence.

(2) Aspects juridiques du traitement automatique des données, Doc. de la Commission des N.U. pour le droit commercial international, A/CN 9/238, 18 mars 1983.

c. 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 (1).

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(2) 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 la présomption qui s'y attache(rait) est dès lors relative d'autant plus qu'on peut difficilement lui reconnaître la qualité de preuve contradictoire.

Enfin, il est évident que le procédé de l'écrit confirmatif de la commande pourrait utilement être imposé en matière de contrats conclus par la télématique mais exécutés au dehors(3). Il s'agirait d'une mesure spécifique de protection des consommateurs. Il resterait à s'interroger sur la nature de cet écrit, simple écrit probatoire ou condition d'existence du contrat.

(1) Sur ce point, Chamoux, J.P., DeLahaie, H., Grissonnanche, A., oc., 36.

(2) Cfr. Chamoux, J.P., o.c., 114.

(3) Ainsi, la commande de biens ou de services par vidéotex. A cet égard, on notera que le code de déontologie de l'AVIP mentionne l'obligation pour les serveurs, d'avoir une preuve écrite de la commande : "Every contract shall be capable of being evidenced in writing by the supplier".

III. Les documents informatisés et la conservation d'actes ou de faits juridiques.

Les faits à l'origine d'une décision de la Cour d'appel de Gand ⁽¹⁾ permettent d'illustrer la question soulevée. Une administration fiscale avait rejeté la comptabilité d'une SPRL au motif que cette comptabilité avait été établie sur des feuillets mobiles au moyen d'un ordinateur. La Cour d'appel tout en reconnaissant que de tels documents n'équivalaient pas à ceux prévus par la loi ⁽²⁾ estime cependant qu'il n'y a pas lieu de les exclure de soi et que notamment ils peuvent servir de base à la décision de l'administration.

Nul ne conteste la nécessité pour les entreprises ⁽³⁾ de pouvoir procéder, en ce qui concerne la conservation de ses documents comptables, à des enregistrements directs ou indirects sur bandes magnétiques.

Dans quelle mesure, ces enregistrements, ces "copies" font-elles foi de l'original. Si 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, le code civil français a cependant voulu accorder à certaines copies, en particulier les microfilms, de sortir d'ordinateur ⁽⁴⁾ une valeur probante supérieure à celle prévue à l'article 1334 C.C. ⁽⁵⁾.

(1) Gent 3 juin 1980, J.C.B., 1982, III, 406.

(2) Le raisonnement des juges eût-il été différent si le document informatisé s'était présenté comme un bloc, chaque page ayant été paraphée et cotée

(3) Cfr à cet égard, les chiffres impressionnants donnés par Mme CHAMOUX (O.C., 103) sur le volume d'archives des grandes entreprises, en particulier la construction par la BNP à Orléans d'une "cathédrale de béton" dont la seule fonction est de conserver du papier.

(4) "Le microfilm de sortie d'ordinateur ou microfilm C.O.M. (Computer Output Microfilm) traduit sous une forme visible et lisible les informations qui figuraient sur une bande magnétique d'ordinateur". (Chamoux O.C., 138) Vu la situation en France avant la loi, lire : Le problème de la valeur légale des microformes, Doc. CIMAB, avril 1975.

(5) Sur l'article 1348 alinéa 2 C.C., lire le commentaire enthousiaste de F. CHAMOUX, La loi du 12 juillet 1980, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P., 1980, éd. C.I., II, 1349.

L'article 1348 alinéa 2 du code civil français prévoit en effet qu'on fait exception à la règle de l'article 1341 du code civil "aux cas" où une partie ou le dépositaire n'a pu conserver le titre original et présente une copie qui en est la reproduction fidèle et durable. Le même article précise qu'est "réputé durable toute production indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support".

Certaines normes, en particulier la norme AFNOR Z 43061 ⁽¹⁾, ont établi certaines règles relatives au traitement, la prise de vue, le type de film et l'archivage des microfilms. L'arrêté du 27 avril 1982 fixant le plan comptable organise de son côté les modalités de la tenue des livres comptables sur support informatisé ⁽²⁾.

La démarche allemande est analogue. En l'occurrence, elle s'appuie sur les prescrits légaux en matières de livres de commerce. Après avoir défini les livres à tenir obligatoirement par les commerçants (§ 44), le Handel gesetzbuch (§ 44 a) prévoit que "les documents commerciaux reçus peuvent être conservé à la place de l'écrit originaire sous forme de reproduction réduite par microfilm quand la procédure lors de cette reproduction correspond à des principes de classement et qu'il est certain que la reproduction est conforme à l'original". ⁽³⁾

Ce texte légal en vigueur depuis le 1 janvier 1977 a été suivi de normes ("Microfilm - Grundsätze) édictées par le Ministère des Finances et de l'Economie et récemment modifiées en date du 1 février 1984 ⁽⁴⁾.

(1) Sur la norme expérimentale, F. CHAMOUX, La preuve dans les affaires O.C., 150

(2) Sur les principes du plan comptable français, lire l'excellent article d'A. Bensoussan, Droit et comptabilité informatique, O l Informatique, N° 168, 110 et 111; N° 169, 102 et 103.

(3) Sur ces dispositions du code de commerce allemand (HGB), Brüggeman - Würdinger, HGB §§ 1 - 104, Gross. Komm., W. de Gruyten, 1977, § 44, 492 et s.

(4) La circulaire ministérielle est reprise en annexe. Pour un commentaire de celle-ci, Zwank H., Der Mikrofilm in Stener - und Handelsrecht, B.B., 1984, 1245 et s.

Ainsi, se dégageant progressivement d'une part, le principe de la reconnaissance des documents informatisés comme mode de conservation des originaux, d'autre part, les modalités ou conditions de cette reconnaissance. A cet égard, on constatera que les règles recommandées aux Etats membres par le comité des Ministres de la communauté européenne⁽¹⁾ consacrent cette tendance, nonobstant le retard de nombre de réglementations nationales à lui donner application.

(1) Le lecteur trouvera en annexe du présent rapport le texte de la recommandation européenne. On appréciera la précision des règles et les exigences imposées.

Conclusion

Selon René DAVID⁽¹⁾, se 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 l'autre régimes juridiques.

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 les de la Cannon Law, "le problème fondamental tient à la règle qui interdit la preuve par ouï-dire"⁽²⁾. 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⁽³⁾, ainsi le Civil Evidence Act anglais de 1968 mais également la loi française du 12 juillet 1980 posent certains principes quant à la recevabilité par les tribunaux des "traces informatiques".

-
- (1) DAVID R., Les grands systèmes de droit comparé, 4^e éd., 1971 § 316.
 - (2) KIRBY D., Aspects juridiques de la technologie de l'information, in Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications, OCDE., Doc. PIIC, N°8, Paris 1983, 53.
 - (3) Dans le cadre de notre rapport, nous n'avons pu examiner la réglementation australienne plus complète encore que celle anglaise : le South Australian Evidence Act de 1972 est actuellement en cours de révision (sur cette loi et le projet, KIRBY D., "The computer, The Individual and the Law, Australian Law Journal, 1981, 452 et s.)

On notera que ces principes sont édictés de façon suffisamment générale et souple⁽¹⁾ 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"⁽²⁾ 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 conscientes 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 réglementations" 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 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⁽³⁾. 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 CNUDCI⁽⁴⁾.

"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 mémoires, 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 Etats de leur reconnaître une telle valeur, posent de grave problèmes quand des enregistrements conservés dans un Etat doivent servir de preuve dans un litige naissant dans un autre."

(1) Ainsi les nations de copies fidèles et durables de la loi française

(2) Cfr les "Mikrofilm - Grundsätze" allemands, les recommandations du "Stock Exchange" américain, les normes "AFNOR" françaises, etc...

(3) CNUDCI, Aspects juridiques de traitement automatique des données A/CN. 9/238, p. 2, n°5

Cfr également, les travaux menés par la C.C.I. en la matière.

(4) CNUDCI, rapport du secrétaire général, Aspects juridiques du traitement automatique des données. A/CN. 9/254, p. 2, n°5.

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 ?

RECOMMANDATION N° R (81) 20

DU COMITE DES MINISTRES AUX ETATS MEMBRES

RELATIVES A L'HARMONISATION DES LEGISLATIONS EN MATIERE D'EXIGENCES D'UN ECRIT ET EN MATIERE D'ADMISSIBILITE DES REPRODUCTIONS DE DOCUMENTS ET DES ENREGISTREMENTS INFORMATIQUES.

(Adoptée par le Comité des Ministres le 11 décembre 1981 lors de la 341^e réunion des Délégués des Ministres)

Le Comité des Ministres en vertu de l'article 15 b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres;

Considérant que de plus en plus les entreprises ont recours aux procédés de reproduction des documents par micrographie et aux techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur, en détruisant les originaux, s'ils existent, afin d'économiser les coûts d'archivage et des locaux;

Considérant l'absence, dans la plupart des Etats, d'une réglementation générale en la matière, notamment en ce qui concerne l'admissibilité de ces reproductions et enregistrements;

Conscient du besoin d'une telle réglementation en raison des développements de la pratique et de l'opportunité d'arriver à des solutions harmonisées entre les Etats membres qui se justifient en raison du caractère international du problème, dans un Etat, que, de plus en plus, les reproductions et enregistrements fait dans un Etat sont susceptibles d'être présentés comme preuve dans un autre Etat;

Convaincu de l'opportunité d'harmoniser les règles nationales relatives à l'exigence d'un écrit pour les actes dont la valeur dépasse un minimum fixé par la loi et d'harmoniser également les délais de conservation des documents,

(1) Lors de l'adoption de la Recommandation et en application de l'article 10.2.c du Règlement intérieur des réunions des Délégués des Ministres :

- les Délégués de la Belgique et de l'Italie ont réservé le droit de leur gouvernement de se conformer ou non au point III de cette recommandation;
- les Délégués de l'Autriche, de la Norvège et de la Suède ont réservé le droit de leur gouvernement de se conformer ou non à l'article 2 de l'annexe à cette recommandation;

Recommande :

I. 1. Aux gouvernements des Etats membres dont la législation impose la preuve par écrit pour les actes dont la valeur dépasse un minimum fixé par la loi :

- a. d'examiner la possibilité de supprimer cette exigence;
- b. de prévoir dans tous les cas où l'exigence de l'écrit serait maintenue, que la forme écrite sera nécessaire seulement pour les actes dont la valeur est égale ou supérieure à la somme en monnaie nationale correspondant au moins à 728 droits de tirage spéciaux tels que définis par le Fonds monétaire international au moment de la mise en oeuvre de la présente recommandation par chaque Etat;
- c. d'examiner, en tenant compte de l'évolution de la situation économique, l'opportunité de réviser la somme indiquée sous b ci-dessus au moins tous les cinq ans à partir de la date d'adoption de la présente recommandation

2. Le paragraphe 1 n'affecte pas les cas où la législation nationale exige l'écrit pour la validité de l'acte.

II. Aux gouvernements de tous les Etats membres :

de fixer à une période ne dépassant pas 10 ans le délai de la conservation obligatoire des livres et documents qu'un commerçant doit conserver en vertu de la loi nationale.

III. Aux gouvernements de tous les Etats membres :

de conformer leur législation relative aux reproductions de documents par micrographie ou aux enregistrements informatiques, aux règles contenues dans l'annexe à la présente recommandation ou, en cas d'absence d'une telle législation, d'en adopter une conforme auxdites règles.

(suite note de la page précédente)

- le Délégué du Royaume-Uni à réservé le droit de son gouvernement de se conformer ou non au point II de cette recommandation;
- le Délégué de la France à réservé le droit de son gouvernement de se conformer ou non à cette recommandation.

Règles

Article 1

1. Les commerçants et toute autre personne définie par la loi nationale peuvent conserver sous forme de reproduction de l'original par micrographies leurs livres et les documents relatifs aux transactions auxquelles ils sont parties ou qui les concernent, sauf dans les cas fixés par la législation nationale. Celle-ci indiquera également les livres, documents et données pouvant être enregistrés sur ordinateur.
2. Les documents qui ont été à l'origine de la reproduction et de l'enregistrement permis par la législation nationale peuvent être détruits. Cependant les Etats peuvent exiger que les documents soient conservés pendant une certaine période laquelle ne devra pas dépasser deux ans.

Article 2

Une reproduction et un enregistrement effectués conformément aux articles 3, 4 et 5 des présentes règles seront admis à titre de preuve dans les procédures judiciaires. Cette reproduction et cet enregistrement seront présumés être une reproduction ou un enregistrement fidèle et complet des documents originaux ou des informations qui y sont relatées, sauf preuve contraire.

Article 3

1. Les reproductions ou enregistrements effectués sous la responsabilité de la personne visée à l'article 1 doivent satisfaire aux règles générales suivantes :
 - a. correspondre fidèlement soit aux documents originaux, soit à l'information qui est à l'origine de l'enregistrement;
 - b. être effectués de façon systématique et sans lacune;
 - c. être effectués selon des instructions de travail, établies conformément à la législation nationale et conservées aussi longtemps que les reproductions ou enregistrements;
 - d. être conservés avec soin, dans un ordre systématique, et protégés contre toute altération.

2. Lorsque le document qui a fait l'objet d'une reproduction ou qui est à l'origine d'un enregistrement est détruit, les indications suivantes doivent être conservées avec l'enregistrement et sur la reproduction, si possible, ou, à défaut, avec elle;

- a. l'identité des personnes responsables de la reproduction ou de l'enregistrement et de celles les ayant effectués;
- b. nature du document;
- c. lieu et date de la reproduction ou de l'enregistrement
- d. les défauts éventuels constatés pendant la reproduction ou l'enregistrement.

Article 4

Les conditions suivantes doivent être respectées lors de la reproduction d'un document par micrographie :

- a. la reproduction doit constituer une image indélébile, fidèle et durable de l'original;
- b. la reproduction doit permettre de déterminer l'ordre de prise de vue;
- c. la reproduction doit être parfaitement lisible et techniquement satisfaisante; la fidélité de la reproduction doit être vérifiée avant la destruction de l'original;
- d. la reproduction doit être toujours disponible pour consultation par les personnes ayant droit de regard.

Article 5

1. Les règles suivantes s'appliquent aux programmes informatiques :

- a. la documentation de programme, les descriptions de fichiers et les instructions de programme doivent être directement lisibles et tenues soigneusement à jour sous la responsabilité de la personne visée à l'article 1;
- b. les documents définis à l'alinéa a ci-dessus doivent être conservés sous une forme communicable aussi longtemps que les enregistrements auxquels ils se réfèrent

2. Si, pour une raison quelconque, les données enregistrées sont transférées d'un support informatique à un autre, la personne visée à l'article 1 doit démontrer leur concordance.

3. Les règles suivantes s'appliquent aux systèmes informatiques dans leur ensemble :

- a. les systèmes doivent comporter les sécurités nécessaires pour éviter une altération des enregistrements;
- b. les systèmes doivent permettre de restituer à tout instant les informations enregistrées sous une forme directement lisible.

ANNEXE II: Principes pour la "microfilmation" des documents dont l'archivage
est obligatoire (x)

(en abrégé " Mikrofilm - Grundsätze")

Annexe de la circulaire du Ministre des Finances du 1.2.1984

1. Généralités

Si des documents dont l'archivage est obligatoire sont reproduits (aufgezeichnet) sur microfilm et que l'original est détruit, il doit être garanti que les procédures appliquées satisfont au principe d'ordonnement des livres comptables et que le microfilm correspond à l'écrit originaire.

2. Description de la procédure

La procédure pour la reproduction des documents (Schriftgutes) sur microfilm et l'archivage de ces microfilms est à déterminer par une description de la procédure des personnes chargées de l'archivage.

Le recours (Rückgriff) à un microfilm est à décrire de telle sorte que sa découverte (lecture) soit rendue possible par un tiers.

La description de procédure doit correspondre aux principes repris ci-dessus.

3. Classement de la reproduction

Le principe du classement des reproductions sur microfilm est à définir dans la description de procédure. Il doit permettre à un tiers expérimenté de pouvoir retrouver tout microfilm dans un temps admissible.

Les microfilms doivent être classés de façon claire par la personne chargée de l'archivage.

Si le contenu d'un document reproduit conformément aux descriptions de procédure continue au dos, alors il doit être atteint, à partir de celui-ci de telle sorte que les deux parties du texte puissent être clairement reliées.

(x Traduction libre des auteurs)

RESUME

L'ordinateur est couramment utilisé par les entreprises et les organismes publics. Il fait aussi son apparition dans les foyers.

Les nouvelles techniques de conservation des informations, de conclusion de transactions et d'aide à la décision que l'utilisation de l'informatique a suscitées soulèvent des questions juridiques parfois difficiles, en particulier en matière de droit de la preuve.

Les documents d'origine informatique sont-ils recevables à titre de preuve des faits qu'ils contiennent ? Quelle est leur valeur probante ? Que vaut devant un juge la démonstration par un système expert ?

Le présent exposé examine les questions apportées ou envisagées dans deux systèmes juridiques : le droit anglo-saxon et le droit civil français et belge.

4. Contrôle des procédures

La personne chargée de l'archivage doit veiller à ce qu'un protocole soit établi.

Ce protocole contient les informations suivantes :

- nature des documents reproduits
- lieu et date de la reproduction
- déclaration sur la reproduction complète et sans modification. Cette déclaration est à signer par la personne chargée de la reproduction par microfilm.

Elle est, quand elle n'est pas reproduite à archiver dans l'original.

5. Contrôle du film

Après l'enregistrement, le microfilm doit être testé en ce qui concerne les déficiences techniques. Les enregistrements manquants sont à renouveler. autrement le document doit être archivé dans l'original.

La conclusion du contrôle doit être établie dans une inscription.

6. Archivage

Les microfilms sont à conserver de façon sûre et méthodique. Il peut être extrait une image particulière d'un microfilm lorsque pour celle-ci un principe de classement méthodique a été déterminé dans la description des procédures.

7. Lecture et restitution

7.1. Lecture

Pour la lecture du microfilm, sont à prévoir des mesures de restitution appropriées.

7.2. Restitution

Il doit être garanti que sans aide des reproductions lisibles puissent être obtenues.

8. Annulation des documents

Les documents reproduits peuvent être annulés, en respect de ces principes, pour autant qu'ils ne sont pas à conserver en original suivant d'autres prescrits.