

Légistique de la preuve électronique *

Stéphanie Lacour †

Marion Videau ‡

Version préliminaire - mars 2007

Table des matières

1	Nature et raison d'être de la preuve par écrit	3
1.1	Qu'est-ce qu'une preuve par écrit ? une preuve littérale ?	3
1.1.1	L'écrit et le littéral	3
1.1.2	L'écrit et la langue	4
1.1.3	L'écrit et l'oral	5
1.1.4	Papier ou électronique	6
1.1.5	L'écrit et le numérique	7
1.1.6	Numérique, binaire et informatique	8
1.1.7	L'écrit électronique existe-t-il ?	10
1.2	La raison d'être du « littéral »	13
1.2.1	Juridiquement	13
1.2.2	Fonctionnellement, néanmoins	14
2	Affirmation et réalité de la neutralité technologique	15
2.1	La définition de l'écrit	16
2.1.1	La neutralité technologique au regard du support de l'écrit	16
2.1.2	La neutralité technologique au regard de la transmission de l'écrit	17
2.2	L'écrit électronique dans la hiérarchie des modes de preuve	18

*Les résultats présentés dans cet article sont issus de travaux communs menés dans le cadre du projet *Asphaltès* accepté par l'ACI Sécurité et Informatique en 2004. Ce projet s'intéresse en particulier aux interactions entre sécurité juridique et sécurité informatique.

†CECOJI/CNRS, 27 rue Paul Bert, 94204 Ivry sur Seine cedex, lacour@ivry.cnrs.fr

‡LORIA/Université Henri Poincaré, Nancy 1, Campus scientifique, B.P. 239, 54506 Vandœuvre-lès-Nancy cedex, marion.videau@loria.fr

Introduction

Quelques mots, tout d'abord, sur le titre de notre intervention. La légistique n'est pas une science qui fait l'objet de nombreuses études en France, le terme, un peu pompeux, mérite donc d'être défini.

*La légistique est une science (science appliquée) de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes.*¹

Le choix de ce titre répond aux questions que notre groupe de recherche s'est posées lorsque nous avons procédé aux lectures croisées des textes du Code civil relatifs à la preuve littérale, et en particulier à la preuve électronique. Il nous est en effet apparu que la définition même que notre droit donne à la notion d'écrit depuis la loi du 13 mars 2000, en ce compris l'écrit électronique, dans les articles 1316 et suivants de notre Code civil, était issue d'un long processus de réflexion visant à faire en sorte que les documents informatiques² puissent accéder au rang de preuve littérale.

La question s'est donc naturellement posée de savoir pourquoi le législateur français avait procédé de cette manière pour adapter le droit de la preuve aux technologies de l'information et faire de l'écrit électronique une réalité juridique.

La légistique de la preuve électronique est indissociable de celle de la preuve littérale dont elle n'est qu'une forme particulière, en application des articles 1316 et suivants du Code civil. Ces articles, qui composent un 6^e chapitre du titre 3 du troisième livre de ce code, chapitre relatif à la preuve des obligations et à celle du paiement, introduisent la preuve littérale comme résultant d'un écrit et affichent la volonté du législateur de ne pas distinguer entre les différentes formes d'écrits possibles.

Partant du constat que la preuve littérale, ou preuve par écrit, est la première forme de preuve mentionnée par le Code civil concernant la preuve des obligations et du paiement, il nous a semblé logique de nous intéresser, en premier lieu, à cette forme particulière de preuve (cf. partie 1). Qu'est ce qu'un écrit, que signifie l'adjectif « littéral » mais aussi quelle est la raison d'être de cette preuve particulière et de la place qui lui est conférée dans notre droit ?

L'écrit sous forme électronique étant admis, selon les termes de l'article 1316-1 du Code civil, à titre de preuve au même titre que l'écrit sur support papier, nous nous pencherons ensuite sur cette neutralité technologique³ (cf. partie 2) affichée. Cette neutralité est-elle justifiée, a-t-elle bien été respectée ?

¹La définition est issue des travaux du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), Faculté de droit, Université de Genève, disponibles à l'adresse suivante <http://webdroit.unige.ch/cours/general/def/legistique.html>. (dernier accès le 9 mars 2007)

²Une telle réflexion s'inscrit de manière générale dans le mouvement de recherche autour des nouveaux avatars du document créés par l'informatique. On peut voir à ce sujet les travaux d'un groupement de chercheurs dans le cadre du *Réseau Thématique Pluridisciplinaire* du CNRS, RTP-DOC, <http://rtp-doc.enssib.fr/>, hébergé par l'École nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques.

³Glossaire (source : Trésor de la Langue Française informatisé).

Technique : *subst. fém.* [Dans l'art, dans une activité, dans un métier] Ensemble des procédés propres à une activité et permettant d'obtenir un résultat concret. *adj.* Qui concerne les applications de la science, de la connaissance scientifique ou théorique, dans les réalisations pratiques, les productions industrielles et économiques.

Technologie : A- Science des techniques, étude systématique des procédés, des méthodes, des instruments ou des outils propres à un ou plusieurs domaine(s) technique(s), art(s) ou métier(s).

B- Technique, ensemble de techniques.

Technologique : Qui se rapporte à la science des techniques, qui est relatif à la *connaissance théorique des instruments et des procédés du travail technique*.

La *neutralité technologique*, vocabulaire consacré, renvoie néanmoins davantage à l'idée de neutralité technique, puisque c'est bien l'objectif de ne pas établir de distinction entre les différents procédés d'écriture et de signature dans le cadre de la preuve en droit civil qui était visé par le législateur en 2000.

1 Nature et raison d'être de la preuve par écrit

Il semble raisonnable de penser qu'une partie de la raison d'être de la preuve par écrit résulte des propriétés, de la nature qu'on a reconnu à l'écrit au moment de lui reconnaître son statut de preuve dans la loi. Notre démarche va ainsi consister à rendre explicites les modifications de nature dans l'écrit lors de son évolution entre le *papier* et *l'électronique* afin de les confronter aux raisons qui justifient sa reconnaissance en tant que preuve.

1.1 Qu'est-ce qu'une preuve par écrit ? une preuve littérale ?

L'article 1316 du Code civil définit la preuve littérale comme résultant de ce que l'on peut supposer être un écrit (une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible), mais il ne définit pas l'écrit sous forme électronique dont il est néanmoins fait mention à l'article 1316-1 C.civ., pas plus que l'écrit sur support papier.

Cette abstention était voulue, mais en ce qui nous concerne, nous cherchons à nous interroger sur ce parti pris : en connaître les raisons et en évaluer la pertinence. En effet, nous allons montrer que l'extension de la notion d'écrit (sous entendu *papier*) à l'écrit dit *électronique* entraîne deux bouleversements importants :

- tout d'abord les propriétés qui étaient réunies en un seul concept par l'écrit lorsqu'il ne pouvait avoir d'existence que sous forme papier sont portés, dès lors qu'on lui assimile l'écrit électronique par des réalités distinctes ;
- d'autre part, la portée de la notion d'écrit a été étendue par les possibilités qu'offrent les technologies numériques de transformer toute perception en écrit (au sens de la loi).

1.1.1 L'écrit et le littéral

Étymologiquement, « écrit » est un dérivé du latin *scribere*, tracer des caractères, lui-même issu de la racine indo-européenne *sker-*, qui signifiait « gratter » ou « inciser ». Dans ce terme, il est donc clairement fait référence au support de l'écriture, même si son sens a varié au cours du temps pour faire davantage mention, à partir du 12^e siècle, du document issu du procédé d'écriture qu'à ce dernier.

« Littéral », quant à lui, est un adjectif tiré du bas latin *litteralis* qui signifie formé de lettres ou bien qui a rapport aux lettres de l'alphabet. L'existence de la preuve littérale n'est ainsi rendue possible que dans la mesure où on peut se référer à un alphabet et à l'ensemble de l'environnement technique qui en est dérivé. Un alphabet signifie, en particulier, qu'on considère un système de transcription de phonèmes et non un système de transcription de morphèmes comme dans l'écriture idéographique.

Cette dernière définition peut sembler étonnante puisqu'elle est celle du titre d'une section de notre Code civil qui traite, depuis 1804, tout à la fois des titres authentiques, des actes sous seing privé et des copies de titre, dont la qualification de preuve littérale ne pose pas grand problème, mais aussi de la taille. Cette dernière, dont la valeur probatoire est affirmée par l'article 1333 C.civ., se définit pourtant comme « un petit bâton divisé en deux morceaux qui se rapportent exactement et sur les deux parties duquel, rapprochées l'une de l'autre, on fait des coches et des entailles pour constater la quantité des marchandises reçues et fournies au détail. Plus spécialement, le morceau de bâton qui reste entre les mains de l'acheteur prend ce nom, l'autre portant le nom d'échantillon ». Il apparaît donc clairement qu'une « taille », en ce sens, si elle répond bien à la définition de l'écrit, au sens étymologique du terme, ne peut aucunement, en revanche, s'apparenter à une preuve littérale, la technique alphabétique n'étant pas utilisée.

Les termes d'écrit et de littéral, utilisés comme des synonymes par le législateur dès 1804, sont donc, juridiquement, porteurs de confusions sémantiques indéniables. Il semble néanmoins d'ores et déjà important de remarquer que tout comme l'écrit en tant qu'incision dans un support solide, l'alphabet sous-entendu par l'adjectif « littéral » est une technique, ce que les historiens des techniques n'ont pas manqué de souligner, tenant à marquer ainsi son caractère localisé dans le temps et les modifications qu'apporte l'informatique dans l'appréhension de l'écrit⁴.

1.1.2 L'écrit et la langue

L'écrit tel que défini par l'article 1316 du Code civil se rapporte manifestement à un objet appelé *écrit* que l'on ne relie à personne si ce n'est par ces quelques mots : « dotés d'une signification intelligible ». Il nous semble néanmoins important de replacer l'objet dans son contexte d'usage, c'est-à-dire porteur de sens à destination d'un ensemble de personnes et dont la compréhension est assurée par l'usage d'une langue commune.

L'écrit est une réalité technique pluri-dimensionnelle dont la définition même, comme nous l'avons vu précédemment, semble osciller entre une matérialité objective, le support d'inscriptions, et l'immatérialité des formes des inscriptions qui constituent alors un texte. Nous entendons ici par *texte* une « suite de signes linguistiques »⁵. Cette dualité souligne implicitement que l'écrit en tant qu'objet seul est dépourvu d'existence. Il ne doit son utilité, sa place et son statut qu'à la langue dans laquelle il s'insère et aux personnes qui la parlent. L'écrit plus qu'un objet représente davantage une articulation entre un support porteur d'inscriptions et les actes d'expression et de perception dont usent les personnes, mettant en jeu des mécanismes linguistiques. Ainsi, l'étude de la notion d'écrit ne peut se faire en se focalisant seulement sur l'objet matériel, il faut également s'intéresser, du point de vue de la personne, aux actes d'expression et de perception communément appelés écriture et lecture.

Nous isolons pour l'écrit, les deux caractéristiques suivantes :

- une dimension de représentation ;
- une dimension de transmission.

La dimension de représentation concerne l'interaction entre une personne et une forme matérielle qui lui est extérieure. Cette interaction peut être d'une part l'écriture qui est la constitution de la forme matérielle dans laquelle la personne projette du sens et d'autre part la lecture qui est l'incorporation du sens suscité par la forme matérielle. Sur la représentation que nous proposons à la figure 1, nous pouvons isoler trois groupes (de gauche à droite) : l'objet matériel extérieur à la personne, les actions d'une personne ainsi que les sens impliqués (l'interaction corporelle entre une personne et un objet) et enfin les mécanismes (entre autres linguistiques) que la personne met en jeu. La définition d'un écrit résulte de la conjonction de ces trois groupes, formés jusqu'alors autour du papier et de l'inscription de symboles majoritairement alphabétiques sur ce support.

Dans l'acception générale, un écrit résulte de l'action d'écrire, définie comme le fait de tracer les signes graphiques qui représentent une langue⁶. La relation au sens des signes repose sur la langue utilisée lors de la production de l'écrit, qui en conditionne la lecture.

⁴Ivan Illich, *Du lisible au visible : La naissance du texte. Un commentaire du Didascalicon de Hugues de Saint-Victor*. In Œuvres complètes, volume 2, Fayard, 2004.

⁵Si cette suite nous apparaît aujourd'hui indissociable des caractères liés à l'écriture, comme une suite de lettres flottant au-dessus de la page, potentialité existant en dehors de toute fixation matérielle, cela ne fut pas toujours le cas. Une période de l'histoire vit le passage de l'écrit comme enregistrement de la parole — ce que nous appellerions aujourd'hui un texte oral — c'est-à-dire ne prenant son sens que lu à haute voix, à l'écrit comme fixation d'un texte littéral puis comme enregistrement de la pensée (cf. note 4).

⁶On remarquera que cette définition contourne soigneusement la question du support. Où trace-t-on ces signes ? Les tracer en l'air face à une personne respresente-t-il l'action d'écrire ?

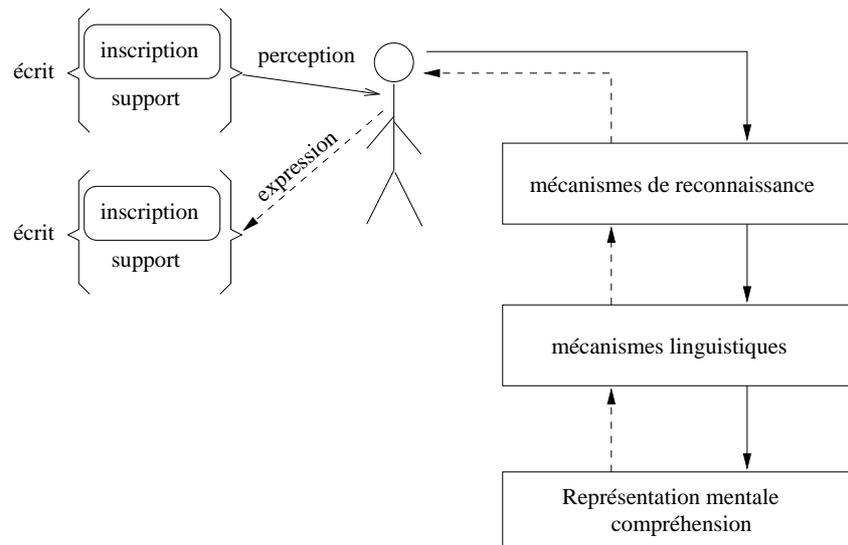


FIG. 1 – Schématisation de l'écriture et de la lecture

La dimension de transmission est, quant à elle, liée au caractère d'enregistrement extrinsèque à une personne que constitue la forme matérielle créée par l'écriture. Selon les propriétés du matériau support, la transmission dans le temps et/ou dans l'espace sont rendus possibles entre l'écriture et les lectures.

Si l'article 1316 précise que les symboles doivent être « dotés d'une signification intelligible », à partir de quand peut-on estimer qu'une forme matérielle correspond à un écrit ? Représentation picturale, pictogrammes, idéogrammes, alphabets, symboles quelconques dotés d'une signification *ad hoc*, où place-t-on la limite entre ce qui constitue un écrit et ce qui n'en est pas un ? Où peut-on situer dans ces définitions l'enregistrement audio ou vidéo d'un texte ? Nous allons dans ce qui suit tenter de répondre à ces questions en commençant par traiter la question de l'écrit par opposition à l'oral.

1.1.3 L'écrit et l'oral

En replaçant de manière plus générale l'écrit dans le contexte de la langue dans laquelle il s'insère, on peut également souligner dans cette dernière les deux dimensions sus-mentionnées pour l'écrit. Dans le schéma de la figure 2, la dimension de représentation extrinsèque de la langue se divise en temporelle et matérielle. La représentation matérielle correspond à l'écrit résultant d'inscriptions issues d'une personne sur un support, lisibles par la vue ou par le toucher. La représentation temporelle correspond à l'oral dans son caractère linéaire de signes linguistiques consécutifs émis par une personne, tels que des sons ou des gestes que l'on peut entendre ou voir. Nous avons ainsi classé ces représentations en deux catégories selon les notions d'espace ou de temps et leurs interactions avec les sens humains.

Un message formé dans une langue peut être transmis dans l'espace et dans le temps sous l'une des deux formes de représentation. La transmission dans le temps, pour une durée supérieure à celle d'émission du message nécessite une représentation matérielle durable. La transmission dans l'espace de cette forme matérielle est possible, mais on peut également utiliser la forme orale, qui pourra éventuellement être fixée sous forme matérielle.

Si aujourd'hui *écrit* et *oral* semblent s'opposer, au 12^e siècle, ces notions étaient infiniment complémentaires puisque la lecture d'un écrit résultait d'une coordination étroite entre l'œil qui

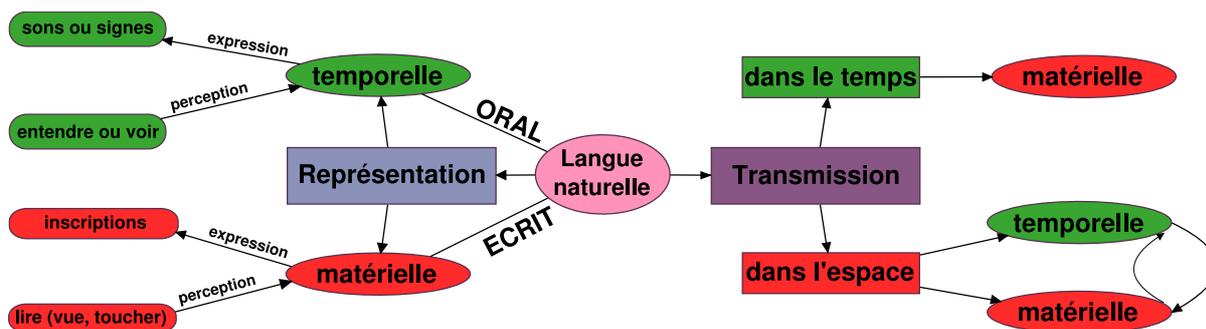


FIG. 2 – Schématisation de deux dimensions de la langue naturelle

« ramassait et rassemblait les brindilles » (sens étymologique de *lire*, du latin *legere*)⁷, la bouche qui jouait la partition ainsi constituée et l'oreille qui distinguait les mots⁸. L'écrit était alors perçu comme un *enregistrement de la parole*. L'alphabétisation et la maîtrise croissante de cette technique se sont traduites par une modification de la perception : nous ne percevons plus des mots formés de sons mais des mots formés de lettres. Nous pourrions alors tenter d'étendre par analogie ce mouvement à la maîtrise à venir des outils informatiques : serons-nous amenés à percevoir des mots formés de bits ?

Nous allons montrer comment l'écrit a perdu peu à peu de sa matérialité pour se rapprocher du *texte*. En cela, l'article 1316 du Code civil semble s'inscrire dans la continuité d'un mouvement historique tendant à rendre caduque la notion même d'écrit. Ce mouvement remet en cause la place du support dans la définition de l'écrit ainsi que les contraintes de forme qu'il imposait à la fixation du texte oral devenu littéral. Nous allons ainsi nous pencher plus précisément sur la place du support dans l'évolution de la notion d'écrit.

1.1.4 Papier ou électronique

La réflexion sur l'évolution de l'écrit se focalise particulièrement sur l'évolution de ce qu'on appelle *le support de l'écrit*. On parle ainsi beaucoup du passage du *support papier* au *support électronique*. Avant de s'interroger plus précisément sur l'évolution réelle entre ces deux supports, il convient néanmoins de souligner qu'un support est nécessaire pour les quatre aspects d'un message formé dans une langue, tels que décrits par la figure 2 : un support pour l'écriture, un support pour la transmission dans l'espace, un support pour la lecture et un support pour la transmission dans le temps. Lorsque nous parlons *du support*, lequel de ces quatre objets désigne-t-on ? Nous allons analyser les définitions de *papier* et d'*électronique* pour tenter de répondre à cette question.

Le papier est un matériau dont on utilise une mise en forme plane, la feuille, comme support de l'écriture ou d'une technique de reproduction. Le terme électronique, en tant que substantif désigne une science qui étudie les phénomènes dans lesquels interviennent des électrons ; en tant qu'adjectif, il signifie « relatif aux électrons ; qui est le fait d'électrons » ou en parlant d'un instrument, d'une machine ou d'une technique « qui utilise des électrons libres »⁹. Il semble

⁷ « l'acte de lire implique une activité proche de la recherche du bois pour le feu ». *Legere* comporte « ramassage », « gerbage », « moisson » ou « cueillette ». (cf. note 4)

⁸ Cette assertion paraîtra d'autant plus justifiée en sachant qu'à l'époque la technique qui consistait à placer des espaces entre les mots venait à peine d'atteindre le continent, ayant été inventée au 7^e siècle dans un monastère irlandais (cf. note 4) ; distinguer des mots ne pouvait donc se faire qu'à l'oral.

⁹ Source : Trésor de la Langue Française informatisé.

relativement évident que le mot « électronique » apposé à celui d'écrit ne désigne pas la science mais est bien un adjectif.

La différence dans la nature des mots est éclairante sur le glissement sémantique qui s'est effectué. De l'utilisation d'un nom commun désignant un support matériel, on est passé à celui d'un adjectif supposé désigner un support ou encore une forme ; on dit ainsi « écrit sous forme électronique ». Mais qu'est-ce qu'un support électronique ? Si un support papier est un support fait en papier, un support électronique est-il un support fait d'électrons ? Certes, non. Il est un support fait de matériels électroniques, c'est-à-dire étudiés par la science et produits par l'industrie du même nom. Le support électronique nous indique également par son nom que son fonctionnement est dépendant de l'énergie électrique.

Une caractéristique de l'écrit « traditionnel papier » tel que nous le connaissions, réside en fait dans l'unicité des quatre supports décrits ci-dessus. Le changement de support constitue une copie. L'absence de définition claire de ce que constitue un *support électronique* ne nous permet pas de caractériser de la même manière le rôle du support dans la définition de l'écrit électronique. Il ne sera développé qu'au paragraphe 2.1.2.

Un écrit électronique est-il une suite de lettres tracées sur un support fait de matériels électroniques ? Tracer des lettres au feutre sur un appareil électronique ne produit certainement pas ce que désigne le vocable d'« écrit électronique », bien que cela réponde bien à la description fournie. Cette curieuse juxtaposition nous pousse à laisser là les réflexions supplémentaires que pourrait susciter le choix d'un tel adjectif, pour nous pencher sur les termes qualifiés de quasi-synonymes dans les discussions qui ont entouré la rédaction de l'article 1316 : digital, numérique, binaire.

1.1.5 L'écrit et le numérique

Tout comme « littéral » qui qualifie une forme de représentation utilisant des lettres, les termes « digital », « numérique » et « binaire » désignent une forme de représentation utilisant des chiffres. *Digital* est un mot anglais dérivé de *digit* qui désigne un quelconque des 10 chiffres de la numération décimale¹⁰ ; il peut donc être considéré comme un synonyme de numérique. « Numérique », quant à lui, dans un contexte informatique, signifie « qui désigne ou représente des grandeurs au moyen de chiffres ». Il admet également un sens assez proche dans d'autres domaines. En traitement du signal, ce mot est employé par opposition à analogique pour qualifier un signal. On oppose alors une représentation du signal par une succession de nombres à une représentation par une grandeur analogue au signal. Enfin binaire qualifie un système de numération dans lequel les seuls chiffres utilisés sont 0 et 1. Une grandeur numérique peut avoir une représentation binaire puisque tout nombre entier admet une représentation binaire.

S'il est difficile de se représenter ce que peut être un écrit électronique, il est en revanche aisé de comprendre ce qu'est un écrit numérique comme inscription de grandeurs sous forme de nombres. Il se distingue ainsi de l'écrit alphabétique ou littéral qui lui représente les phonèmes d'une langue. Par ailleurs, si un écrit alphabétique est compréhensible par le fait de la langue qu'il utilise, un écrit numérique n'est lui pas compréhensible sans la description associée des grandeurs qu'il représente. Ce problème de formalisme est tout simplement dû au fait que la donnée seule des symboles atomiques admissibles ne donne pas de sens à ce qui est inscrit. Ces symboles peuvent s'agencer pour donner des combinaisons qui fournissent la syntaxe. Sans sémantique les énoncés numériques sont vides de sens.

Ainsi, la taille peut être classée dans la catégorie des écrits numériques. Le sens à attacher aux symboles utilisés est décrit dans la loi, garantissant la compréhension de telles inscriptions. Le numérique se caractérise ainsi avant tout par la correspondance qu'il entretient avec des

¹⁰D'où sa parenté lointaine avec le doigt d'où est issue son étymologie.

grandeurs ou d'autres symboles, autrement appelée codage. Il admet lui aussi une certaine forme orale. Des exemples en sont la transmission du Morse, ou les exemples récents fournis par ces personnes « enfermées dans leur corps » et dont le langage se concentre sur un infime mouvement du corps qui peut être exécuté ou non.

Un exemple élémentaire d'écrit numérique est simplement l'utilisation des chiffres :

numérique (décimal) : 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9

alphabétique : zéro un deux trois quatre cinq six sept huit neuf

Nous donnons ici un exemple d'écrit binaire, numérique et alphabétique :

binaire : 010000100100111101001110010010100100111101010101010010

numérique (hexadécimal) : 424F4E4A4F5552

alphabétique : BONJOUR

L'exemple ci-dessus correspond au codage ASCII (*American Standard Code for Information Interchange*) du mot français « BONJOUR ». Ci-dessous, le même mot codé de manière différente :

binaire : 00001011100110101001011101010010001

numérique (décimal) : 01141309142017

alphabétique : BONJOUR

Nous avons utilisé ici le codage des lettres par leur position dans l'alphabet, A correspondant à zéro et Z correspondant à vingt-cinq. Nous avons ensuite converti les nombres décimaux en nombres binaires. Il apparaît évident que sans la donnée de la signification des symboles et des groupement de symboles, un énoncé numérique est vide de sens. Ainsi le nombre binaire 01000010 qui représente le nombre décimal 66 peut aussi bien représenter cette grandeur tout comme elle peut représenter la lettre B dans le codage ASCII.

1.1.6 Numérique, binaire et informatique

Un grand absent des réflexions que nous avons développées jusqu'à ce point et que nous avons volontairement contourné est l'ordinateur. Il est bien évident que la reconnaissance de l'écrit électronique (quel qu'en soit le sens) est reliée au fait que les ordinateurs ont fourni la possibilité de faire du traitement automatique de texte et au développement des réseaux informatiques. Le terme *électronique* est de fait emprunté à l'anglais, où s'il possède le même sens que nous lui prêtons en français, il a également acquis le sens de « qui a à voir avec les ordinateurs ou quelque chose exécuté par des ordinateurs »¹¹. Nous allons maintenant chercher à situer l'informatique et le texte alphabétique qu'il a permis de traiter.

Le développement de l'informatique résulte de la rencontre de deux mouvements : l'automatisation du calcul arithmétique (le boulier en est un exemple) et l'automatisation de la logique (logique binaire dite *de Boole*, du nom du chercheur qui la formalisa). Cette bivalence s'affiche dans les termes *numérique* qui se rattache à l'aspect calculatoire et *binaire* qui se rattache à l'aspect logique. Le pont entre ces deux notions est assuré par le fait que les nombres admettent une représentation binaire. Les progrès de la logique au XX^e siècle, dont la machine de Turing représente un aboutissement théorique pour l'informatique, doublés des progrès conceptuels sur l'architecture d'une machine automatique (architecture de von Neumann) donnent naissance à l'ordinateur et à la science informatique. Si une machine de calcul numérique a ainsi été créée, plus important encore, elle permet de ramener un raisonnement logique à un calcul. Toute la

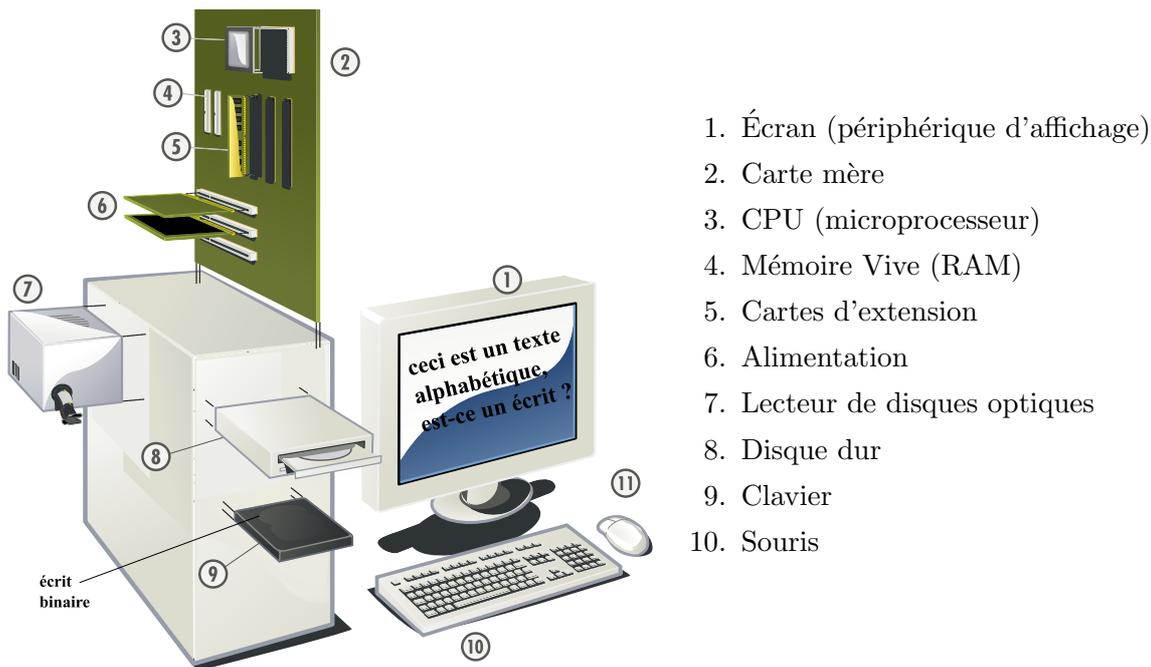


FIG. 3 – Vue éclatée d'un ordinateur personnel¹²

puissance de cette invention réside ainsi dans cette capacité de calcul non seulement arithmétique mais également logique, formelle et symbolique.

Cette caractéristique nous permet de souligner la dimension supplémentaire apportée par l'informatique : si écrit il y a, dans le sens d'inscriptions durables sur un support durable, il est alors binaire et clairement destiné à alimenter des calculs automatiques. Elle correspond à une autre différence fondamentale dans la dimension de représentation qui existe entre l'écriture alphabétique (ou idéographique) que nous connaissions jusqu'alors et même l'écriture numérique. Si le premier correspond à une représentation par l'humain d'une pensée ou d'une parole dans sa langue, le second à une représentation symbolique de certaines quantités ou grandeurs, ce dernier est issu de (pour l'écriture) ou est destiné à alimenter (pour la lecture) un calcul, calcul qui peut être exécuté par un ordinateur. Un écrit *informatique* n'est donc pas un écrit classique fixé de manière réduite sur un support et qu'un appareil analogique adapté suffirait à montrer, comme pouvaient l'être des microfiches. Il est par nature autre.

On peut également mentionner qu'un écrit informatique binaire peut être un écrit numérique tel que nous l'avons défini au paragraphe 1.1.5. Dans ce cas le calcul est simplement une correspondance simple entre une suite binaire et la lettre alphabétique qu'elle représente. Cette remarque souligne la nécessité de s'intéresser à la complexité des calculs effectués par un ordinateur. La table de correspondance qui correspond au format d'encodage ASCII peut être considéré comme le niveau le plus faible de complexité qui permet de représenter sous forme binaire un texte alphabétique.

¹¹Source : Cambridge Dictionaries Online.

¹²Source : Wikimedia Commons. Image et légende publiées sous licence GFDL. Image :Personal computer, exploded 5.svg

1.1.7 L'écrit électronique existe-t-il ?

Si nous partons de l'écrit compris en tant que suite d'inscriptions durables sur un support durable, donc binaire lorsqu'il s'agit d'un ordinateur, il nous faut nous interroger sur la perception de cet écrit par une personne. En ce qui concerne la lecture, l'intérêt de la personne s'est donc naturellement déplacé de l'écrit vers le résultat du calcul exécuté par la machine dont l'entrée est cet écrit. La puissance supplémentaire de l'ordinateur repose dans le fait que les calculs sont également des entrées de même nature pour la machine : l'ordinateur est une machine programmable.

L'existence d'une machine est justifiée par le fait que la majorité des calculs qui lui sont destinés sont suffisamment nombreux et/ou complexes pour qu'une personne ne puisse raisonnablement penser les exécuter. Entre le résultat et la donnée de départ qui constitue l'écrit, se dressent la machine et les calculs dont elle permet l'exécution. À l'opposé, les outils dont nous usions traditionnellement pour lire¹³ n'étaient que des extensions *analogiques* des possibilités corporelles humaines, écartant donc le calcul, arithmétique ou logique.

Où trouve-t-on de l'écrit dans un ordinateur, par exemple sur la vue de la figure 3 ? Seuls les périphériques dits de stockage et leurs compléments contiennent de l'écrit : disque dur, lecteurs et leurs mémoires de masse amovibles. Dans ces cas, les écrits qu'ils contiennent sont des données binaires. Ces écrits ne sont nullement conçus pour être lus directement sous leur forme binaire par des personnes, et quand bien même serait-ils ainsi lisibles, ils ne seraient compréhensibles, comme nous l'avons vu au paragraphe traitant de l'écrit numérique, qu'en ayant connaissance du sens à attacher aux symboles et aux groupes de symboles.

Un tel écrit, lu par un ordinateur ne prend son sens que par les logiciels qui l'expriment et dont une partie dépend étroitement du matériel sur lequel il s'exécute. La personne ne fait que recevoir le résultat au travers de divers périphériques (cf. figure 4). Ainsi en partant de l'objet matériel dénommé *écrit* pour définir la lecture, nous parvenons du point de vue des sens et des mécanismes linguistiques mis en jeu par une personne à quelques parfaits non-sens.

Si nous prenons le mécanisme de lecture alphabétique traditionnellement mis en jeu par divers sens (vue, toucher) comme point de départ de la définition de l'écrit, les objets sur lesquels il s'applique n'ont de l'écrit qu'une ressemblance. Ils sont des phénomènes sans corps, éphémères et reproductibles : des ectoplasmes d'écrit. De tels phénomènes n'avaient pas eu besoin de l'informatique pour exister, d'autres formes d'enregistrement avaient réussi à produire ces manifestations d'un texte autres qu'orales, comme par exemple la photographie ou l'enregistrement vidéo. Quelle est donc la spécificité propre de l'informatique justifiant alors que soit reconnu l'écrit électronique (quel qu'en soit le sens) qui en résulte ?

La production d'un tel écrit poursuit un cheminement inverse relativement semblable. L'acte d'écrire n'est pas dévolu à la personne au travers d'un outil simple¹⁴ mais à la machine. Toute action d'une personne peut alors produire un écrit (cf. figure 5).

Nous sommes ainsi assez loin du seul texte alphabétique qu'il est possible de voir sur écran. Ce texte s'il est visible n'est en fait qu'une représentation (quasiment au sens théâtral du terme) de l'écrit binaire par la machine et les logiciels nécessaires à ce résultat. Ce qui est visible et compréhensible en faisant appels aux mécanismes linguistiques de lecture n'est pas un écrit, il n'est qu'une projection éphémère. Nous aboutissons à la dissociation de l'objet « écrit » des actes de lecture et d'écriture tels qu'ils ont toujours été conçus au travers de la relation physique au support¹⁵.

¹³Parmi ces outils, citons les plus immédiats : les lunettes.

¹⁴Nous citons ici, par exemple, une extension *analogique* de la main que constitue un crayon ou un stylet.

¹⁵L'évolution irrémédiable de ces notions au travers de l'outil informatique produit aujourd'hui des illustrations typiques. Ainsi le magazine Top Santé de mars 2007 consacre-t-il un reportage sur le cas de Madame Bernadette Pilloy, aveugle, dont la profession est écrivain public. Elle détaille ainsi son travail : « Malgré bien des obstacles

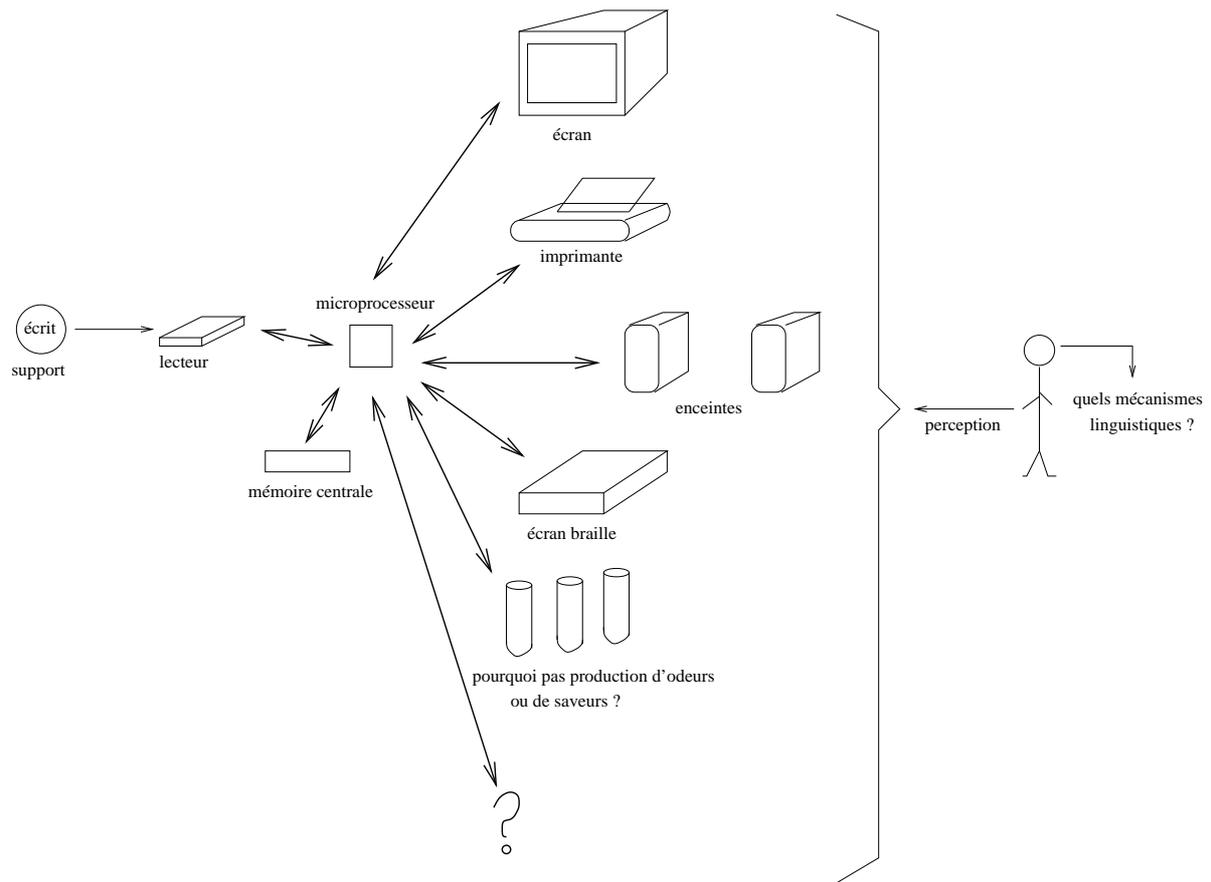


FIG. 4 – Un nouvel acte de lecture ?

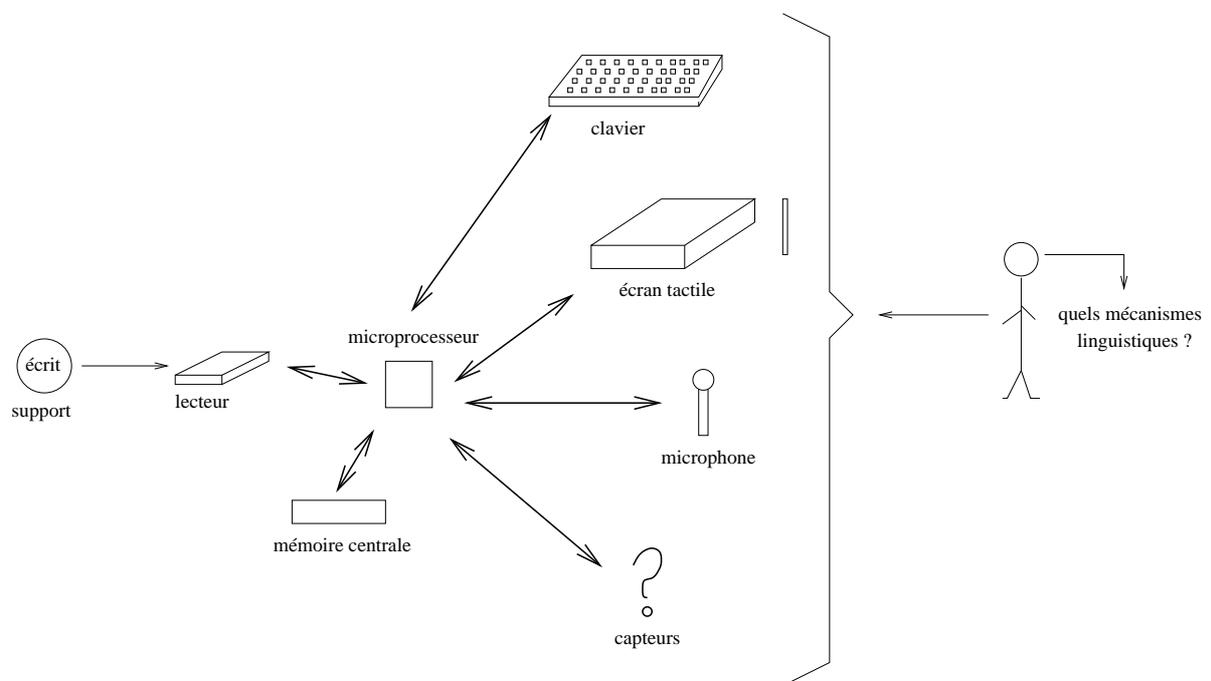


FIG. 5 – Un nouvel acte d'écriture ?

Nous avons schématisé sur la figure 6 les différentes évolutions de l'écrit. La situation actuelle correspond à une évolution qui tente de maintenir l'écrit dans un état de *potentialité*, avant fixation, permettant des modifications que la fixation ne permet plus. Cette évolution par court-circuit permanent des étapes de production de l'écrit, de la formalisation d'un texte à la fixation par l'imprimerie s'est effectuée grâce à l'outil informatique qui permet d'enregistrer plus qu'une simple transcription d'un écrit alphabétique. Ainsi toute forme grâce à des capteurs et des logiciels adaptés peut devenir un écrit (cf. figure 5) et grâce à des actionneurs adaptés peut être exprimé et reçu par une personne (cf. figure 4). L'informatique a fait exploser les frontières de l'écrit¹⁶.

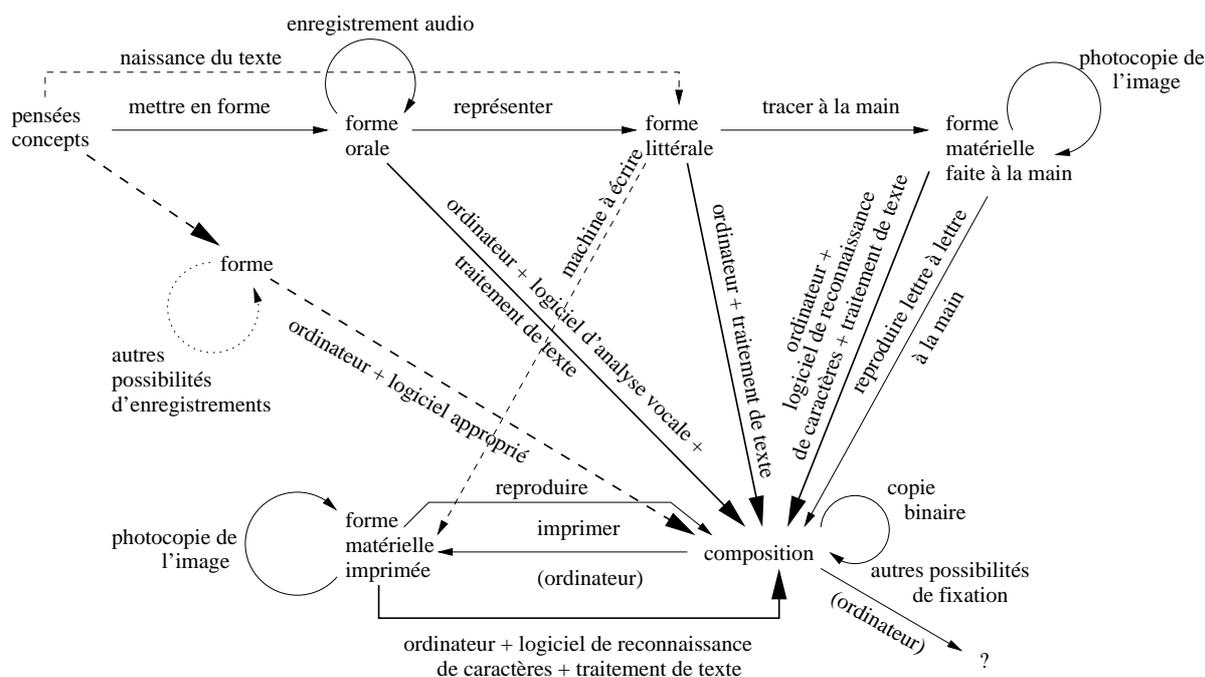


FIG. 6 – Évolution de l'acte d'écrire

Revenir aux fondements de l'introduction de la preuve littérale dans le droit permettra sans doute de mieux comprendre ce qui fait la spécificité de la période transitoire que nous connaissons actuellement en ce qui concerne l'écrit dit électronique. « [...] Je préconise d'étudier l'efficacité symbolique des systèmes de notation sur les perceptions sensibles de ceux qui n'ont pas la capacité de les manipuler »¹⁷. Cet énoncé, qui vise les techniques alphabétiques, nous semble ainsi tout aussi valable en ce qui concerne les nouvelles techniques envisagées. Il souligne en particulier une absence singulière dans la définition de l'écrit telle qu'énoncée par l'article 1316 du Code civil, qui en visant à décrire la réalité matérielle de l'objet, n'a pas su prendre en compte la nouvelle réalité perceptive introduite par l'informatique.

administratifs, j'ai obtenu des aides qui m'ont permis d'acheter le matériel nécessaire : un ordinateur sans écran ni souris. Je travaille avec des raccourcis clavier et un logiciel de synthèse vocale, qui reconnaît les caractères et les lit à voix haute. Lorsqu'un client m'apporte des documents ou que je veux lire un livre, je le scanne... et la synthèse vocale s'occupe du reste. Mes seules limites sont les textes manuscrits, que le logiciel ne peut pas déchiffrer. »

¹⁶Le site Silicon.fr annonce ainsi en mars 2007 : « Pour 2015, c'est l'odorat qui sera la vedette avec la capacité de capter et de délivrer des odeurs via Internet ». <http://www.silicon.fr/fr/silicon/news/2007/03/01/cor-e-sud-mise-l-autonomie>

¹⁷Ivan Illich, *Dans le miroir du passé*. In Œuvres complètes, volume 2, Introduction, p. 707, Fayard, 2004.

1.2 La raison d'être du « littéral »

1.2.1 Juridiquement

Notre système probatoire est celui de la preuve légale, tempéré depuis 1804 par le recours, dans certaines matières (par exemple en droit pénal ou encore entre commerçants) et pour des litiges considérés comme de faible importance (à l'heure actuelle, moins de 1500 euros), par la liberté de la preuve.

Dans ce cadre, c'est l'ordonnance de Moulins, prise par Charles IX en 1566, qui a imposé l'adage « Lettres passent témoins ». Jusqu'à cette époque, la preuve reine était le témoignage, accompagné si besoin était par des ordalies et autres duels judiciaires. Comme le souligne le professeur Cadiet¹⁸, « [...] cette primauté n'allait pas de soi, car à l'époque, l'écrit était encore assez peu fiable. Elle est en vérité le résultat d'un acte de volonté politique : c'était une manière, pour l'État, de consolider son pouvoir dans un pays qui était devenu un pays de droit écrit » depuis l'ordonnance de Montils les Tours de 1453, qui avait imposé la rédaction des coutumes, et l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, qui imposait l'usage du français dans les textes et registres officiels qu'elle instituait.

La volonté de Charles IX apparaît en effet clairement comme celle de régler un certain nombre de problèmes pratiques posés par la preuve testimoniale (et notamment son coût exorbitant, quand il s'agissait de faire se déplacer trois témoins), mais surtout, d'instaurer des mécanismes de « mémoire » qui pourraient être opposés à l'arbitraire des juges¹⁹. Comme le souligne, en outre, Montesquieu, dans l'Esprit des Lois, « l'écriture est un témoin qui est difficilement corrompu ».

On peut à ce stade s'interroger sur la portée réelle de ce qui est aujourd'hui perçu comme une véritable révolution de l'écrit. Comme semble l'indiquer la phrase de Montesquieu ainsi que le décalage qui existait, à l'époque, entre une telle affirmation et les moyens d'écriture existants (l'imprimerie n'était qu'embryonnaire, la majorité des contrats devaient être entièrement rédigés à la main, l'analphabétisme était majoritaire, etc.), l'écrit était, finalement, un témoin parmi d'autres, simplement considéré comme plus fiable qu'un tiers.

Durant les années et les mois qui ont précédé la loi du 13 mars 2000, les articles de doctrine se sont multipliés au sujet de l'écrit électronique et de la preuve qu'il pouvait ou pourrait constituer. Encore une fois, c'est la même impression de fausse révolution que l'on retire de leur lecture.

Depuis de nombreuses années, une partie non négligeable de la doctrine plaidait, parfois brillamment, pour une assimilation plus ou moins complète de l'écrit électronique à l'écrit sur support papier, assimilation qui était d'autant plus facile, selon ces auteurs, que notre Code civil ne définissait pas ce dernier et que la jurisprudence avait déjà entamé cette évolution²⁰. La ligne de partage entre ces auteurs portait tout au plus sur le point de savoir si l'écrit électronique devait être considéré comme un mode de preuve à part entière²¹ ou bien comme un simple commencement de preuve par écrit²².

¹⁸L. Cadiet. *Culture et administration judiciaire de la preuve*. À lire dans les actes du 12^e Congrès mondial de droit processuel, p. 101 et s., édités par l'« Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM », Mexique, 2005.

¹⁹« Dieu nous préserve de l'équité des Parlements! », vieil adage du droit français.

²⁰V. ainsi Versailles, 12 octobre 1995, RTD Civ. 1996, 172, obs. J. Mestre; Cass. Civ. 1^e, 8 novembre 1989, JCP 1990, II, 21576, note G. Virassamy; plus largement, sur la valeur probatoire d'un document établi par télécopie, Cass. Com. 2 décembre 1997, JCP E 1998, p. 178, note T. Bonneau.

²¹Comme le soutenait, notamment, le professeur Larrieu dès 1988, V. J. Larrieu, *Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ?* Lamy Droit de l'informatique 1999, p. 8 et s. Certains auteurs, néanmoins, tout en soutenant explicitement le principe d'une reconnaissance entière de l'écrit électronique, souhaitaient que le Code civil maintienne, entre ce dernier et l'écrit papier une hiérarchie assurant la prééminence du premier en cas de conflit, l'avant-projet de loi tel que rédigé par les travaux du GIP Justice allait d'ailleurs en ce sens.

²²En ce sens, on peut lire la contribution de Linant de Bellefonds aux travaux de la commission de chercheurs

Pour poursuivre la métaphore de Montesquieu, si l'écrit pouvait être un témoin des faits, pourquoi le support électronique n'aurait-il pas pu être un témoin de cet écrit, une sorte de méta-témoin des faits? Là encore, la plupart du temps, hors des questionnements relatifs à la signature, on ne notait pas de rupture technologique brutale. Cela faisait longtemps, déjà, que l'immense majorité des contrats était rédigée par la voie électronique, seule la signature étant réellement de l'ordre du papier et conférant l'unité à l'ensemble de la preuve littérale. Malgré tout, malgré les appels au calme d'une partie de la doctrine, le législateur a ressenti la nécessité de formaliser l'entrée de cette forme particulière d'écrit dans notre droit, afin d'éviter les incertitudes jurisprudentielles et de lui conférer une force textuelle équivalente à celle de l'écrit sur support papier.

À ce stade de la réflexion, ce que l'on peut noter, c'est que la preuve littérale, en tant que telle, est une preuve technique, dont le développement a coïncidé avec une rupture technique relevant de deux phénomènes : l'admission de l'écrit comme mode de communication entre les êtres humains et son développement favorisé par l'invention de l'imprimerie en 1468. Cette évolution a été prise à son compte par le politique et le droit parallèlement.

À cet égard, on peut d'ores et déjà noter un lien fort avec les circonstances économiques et sociales qui ont entouré l'avènement de la loi du 13 mars 2000. La bulle spéculative qui entourait l'Internet était à cette époque à son apogée (l'indice Nasdaq avait été multiplié par 5 en 5 ans), laissant croire à une véritable révolution pratique qui s'avèrera, par la suite, en partie surestimée. Les termes mêmes de l'exposé des motifs du projet de loi qui fut adopté sont très éloquents à ce sujet : « À l'heure où les pouvoirs publics encouragent l'usage de l'Internet et cherchent à favoriser le développement du commerce électronique, il importe de créer un cadre juridique clair et sûr, propre à créer la confiance dans les transactions électroniques ».

Pourtant, l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier n'était peut-être pas aussi aisée...

1.2.2 Fonctionnellement, néanmoins

Le choix de l'écrit, dans un système de preuve légale en droit civil présente plusieurs avantages.

Eu égard aux qualités du papier, tout d'abord : il dure, ce que l'on inscrit dessus est en principe objectif (cela l'est, en toute hypothèse, davantage qu'un témoignage humain, dont Rabelais raillait la probité en parlant ouvertement d'« écoles de témoigner »). Pendant longtemps, néanmoins, et déjà on perçoit là toute l'importance de l'acceptation sociale du mode de preuve, on préférera le parchemin au papier, supposé moins fiable.

En ce qui concerne l'acceptation sociale de l'écrit électronique, elle semble, peut-être paradoxalement, avoir bénéficié des immenses progrès de l'impression « maison » et de la transition douce qu'ont permis les divers moyens connus de traitement de texte hors des imprimeries (machine à écrire, photocopieuses, etc.). Pour la plupart des utilisateurs d'ordinateurs, et en particuliers pour les juristes, il était facile d'assimiler le document papier sorti de l'imprimante au contrat électronique, de même qu'il était facile d'assimiler cette sortie papier au document tel qu'il apparaît sur l'écran. Et pourtant... ce qui apparaît sur l'écran n'est pas le véritable écrit. Qu'un périphérique soit modifié, que le traitement de texte soit supprimé de l'ordinateur, qu'une importante mise à jour logicielle intervienne et l'utilisateur ne pourra que le constater.

Eu égard aux qualités de l'écriture, ensuite : c'est, dès le départ, un mode de communication unifié, à la fois entre les parties qui en font usage, aux yeux du juge en cas de litige et aussi

et universitaires du GIP Justice de 1999.

au cours du temps. Exiger un écrit, c'est poser clairement un certain nombre de règles d'écriture et de composition (sauts de lignes, espacements des mots, hiérarchisation visuelle, etc.) de grammaire (l'un des premiers livres imprimés par Gutenberg, après la Bible, fut ainsi un précis de grammaire), qui permettent de reconnaître au document une valeur informationnelle commune.

Sans se pencher sur le sort de la signature dans l'univers électronique, il importe en effet d'ores et déjà de noter que les qualités que l'on imputait en 1566 au papier (ou plus précisément, alors, au parchemin, qui sera préféré, en pratique, pendant encore quelques années) ne sont pas si facilement transposables à l'écrit électronique.

Pour la plupart de ses utilisateurs, le contenu exact d'un document électronique reste un mystère. En toute hypothèse, et contrairement à tous les écrits que le droit reconnaissait implicitement avant la réforme de notre Code civil, celui-ci n'est en aucun cas accessible directement ou par l'intermédiaire d'un outil simple aux sens humains. Bien au contraire, avec l'écrit électronique, l'accessibilité au contenu du document réinstaure une intermédiation complexe entre le document et son « lecteur », l'ordinateur étant tout à la fois le support et le traducteur de ce dernier tout en possédant, parfois sans grand partage, les clefs grammaticales et lexicales de sa lecture. Sans même évoquer les problèmes d'interopérabilité, ni chercher à nier la pertinence de leur assimilation par notre droit, on ne peut que constater la différence majeure qui existe en cela entre un écrit papier et un écrit électronique, ce qui nous conduit à évoquer la pertinence de la neutralité technologique souhaitée.

2 Affirmation et réalité de la neutralité technologique

Ayant admis, voire même anticipé, le besoin social d'une loi qui autorise la preuve par écrit électronique, le législateur se devait de respecter les canons de cette dernière afin de donner une réalité à son projet.

Les caractères attendus d'une loi sont rappelés par Carbonnier²³ dans les termes suivants : il doit s'agir d'une « règle de droit voulue par l'État sous la sanction de la contrainte ». Nous ne nous attarderons pas sur les deux derniers de ces caractères. Néanmoins, en ce qui concerne le premier, il nous paraît indispensable d'en détailler quelque peu les conséquences.

Toujours selon Carbonnier, « une règle, c'est une disposition abstraite, c'est-à-dire générale [...] , permanente [...], qui suppose une répétition de cas, une virtualité d'application à un nombre indéfini d'hypothèses futures ». Autrement dit, chacun doit être en mesure de comprendre et d'appliquer correctement la loi, dont l'objectif, malgré la menace que constitue la sanction, demeure, en droit civil et en particulier dans le domaine de la preuve des obligations et du paiement, de désamorcer d'éventuels contentieux. Celle-ci doit être durable, sous peine de désuétude. Il était donc préférable de rédiger la loi de manière à ce qu'elle ne soit pas limitée, ni dans ses termes, ni dans sa durée.

Ces caractères de généralité et de permanence présentent évidemment une difficulté supplémentaire lorsqu'il est question, comme c'était le cas pour les textes auxquels nous nous intéressons, de légiférer, au moins en partie, sur une ou des technologies.

Le choix a donc été fait de privilégier une approche neutre, technologiquement parlant, de la preuve littérale, et de ne pas distinguer entre les différentes formes d'écrits, quelles qu'elles soient.

Ces choix se manifestent à la fois dans la définition donnée à l'écrit (cf. partie 2.1) et dans la place qui est conférée à l'écrit électronique dans la hiérarchie des modes de preuve (cf. partie 2.2).

²³Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 2^e édition refondue, p.25 et s., PUF, collection Thémis Droit privé, 2002.

2.1 La définition de l'écrit

2.1.1 La neutralité technologique au regard du support de l'écrit

Il faut noter ici que le Code civil ne définissait pas l'écrit avant la loi de 2000, il s'agit donc d'une définition créée de toutes pièces dans le but avoué d'y intégrer l'écrit électronique. Il s'agit, selon l'article 1316 du Code civil d'« une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Plusieurs points méritent d'être relevés au sujet de cette définition.

Cet article a été voulu comme un préambule aux règles concernant la preuve littérale. L'objectif visé, et atteint, était non seulement d'assimiler, en proposant une définition large de l'écrit, l'écrit électronique et l'écrit papier dans une même notion juridique, ce qui permettait non seulement de conférer une place pré-établie au premier (ce que nous développerons plus loin), mais aussi de permettre le recours à l'écrit électronique dans le cadre des actes authentiques.

Cette rédaction présente, ensuite, plusieurs caractères qui, de prime abord, peuvent sembler contradictoires. Elle vise, en effet, une certaine forme d'universalité et de neutralité technique tout en employant une méthode assez proche de la casuistique²⁴, repérable dans le choix de la liste des techniques envisageables pour constituer un écrit plutôt que dans le maintien de la notion en elle-même, éventuellement suivie d'une référence à l'indifférence du support et des modalités de transmission, qui aurait pu suffire²⁵. Le but avoué de cette définition était pédagogique : il est apparu nécessaire de préciser ce qui pouvait constituer un écrit afin de bien établir la corrélation existante entre l'écrit papier et l'écrit électronique. On peut néanmoins se demander s'il n'aurait pas été préférable de laisser au juge, tout en précisant que son intervention ne pouvait exclure certains supports, et notamment le support électronique, le soin de préciser ce qu'il fallait entendre par « écrit ». Ce dernier s'était en effet d'ores et déjà montré compréhensif, acceptant que l'écrit puisse être rédigé au crayon²⁶ notamment. Le risque auquel s'expose la loi en adoptant une rédaction aussi précise est en effet celui de se fermer, à l'avenir, une partie des écrits possibles.

Enfin, la rédaction de l'article 1316 qui avait été proposée par le groupe de réflexion du GIP Justice différait quelque peu de celle-ci, puisque l'écrit y était défini comme « une suite de lettres, de signes, de chiffres ou de tous autres symboles dotés d'une signification intelligible par autrui »²⁷.

Au-delà de l'ajout des caractères, dont on a du mal à percevoir en quoi ils se distinguent des signes ou symboles (eux-mêmes un peu redondants), c'est surtout sur la disparition du « par autrui » que l'évolution est sensible. En effet, comme nous avons déjà eu l'occasion de le suggérer précédemment, l'écrit numérique n'est jamais intelligible directement par autrui... à moins que l'on considère l'ordinateur comme un tiers, idée sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

En revanche, qu'il s'agisse de l'avant projet de loi ou du projet, la référence à l'indifférence du support de l'écrit a été essentielle aux yeux des rédacteurs de la loi de 2000. On retrouve à

²⁴Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 2^e édition refondue, p.68 et s., PUF, collection Thémis Droit privé, 2002.

²⁵Sur ces considérations de légistique, on peut lire l'article du professeur Mackaay, *Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision*. In *Le discours juridique : analyses et méthodes*, p.33., Langages, 1979, n° 53.

²⁶Cass. Com., 8 octobre 1996, RTD civ. 1997, 137, note J. Mestre; Bull.civ. IV, n° 224; déjà, dans le même sens, CA Aix, 27 janvier 1846, DP 1846-2-230; v. également l'arrêt de la CA d'Alger, 18 novembre 1931, DP 1934, p. 115, qui précisait : « attendu que les rédacteurs du Code civil n'ont pas pu prévoir tous les modes de représentation de la pensée que peuvent engendrer les progrès de la science; qu'il faut donc interpréter le mot « écrit » dans un sens large et compréhensif ».

²⁷V. les deux textes, de l'avant-projet et du projet de loi, dans l'article rédigé par le groupe d'universitaires et de chercheurs du GIP Justice, *L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil*, JCP 1999, I, 182.

plusieurs reprises, dans les travaux du groupe de recherche du GIP Justice l'affirmation suivante : « il faut se garder de confondre écrit et support : un écrit peut parfaitement être établi sans l'existence d'un support matériel » dont il faut évidemment préciser qu'elle n'est vraie que dans le domaine de la fiction juridique. L'écrit n'existe pas sans support, fut-il destiné à un ordinateur. Dans ce dernier cas, son support sera en réalité toute forme de mémoire physique de l'ordinateur auquel il faut adjoindre un lecteur (disque dur, mémoire vive, clé usb, disquette ou CD et leur lecteur), mais il aura, en toute hypothèse un support matériel, dont il convient néanmoins de le distinguer pour affirmer l'indifférence de ce dernier, tout comme le support de l'œuvre de l'esprit est indifférent à la protection de cette dernière, qui est au centre de l'attention du droit en tant qu'objet purement immatériel²⁸.

C'est certainement en cette dernière affirmation, concernant l'indifférence du support de l'écrit, que se situe la marque la plus substantielle de la volonté du législateur de préserver, dans le texte adopté, une certaine neutralité technologique. Les présupposées failles de sécurité du support informatique auraient pu mener le législateur à exiger que l'écrit électronique soit fixé sur un support distinct du disque dur de l'ordinateur (par exemple un CD, une sortie microfilmée, une bande plombée), cela avait d'ailleurs été envisagé²⁹ ; il n'en demeure pas moins que de telles précautions si elles protègent un tant soit peu l'écrit de son effacement ou de sa disparition, ne garantissent pas l'ordinateur de failles de sécurité. Il était néanmoins souhaitable de ne pas aliéner le texte législatif à une quelconque technique, ce que n'aurait pas manqué de susciter une pareille spécification. La loi est donc restée neutre sur ce sujet, n'optant pour aucun support précis et se contentant d'affirmer leur équivalence.

2.1.2 La neutralité technologique au regard de la transmission de l'écrit

Néanmoins, dans le cadre de cette neutralité technologique, une faille s'est ouverte. Souhaitant préserver la neutralité de la loi vis-à-vis de la technique, le législateur a en effet affirmé la neutralité de la technique. C'était oublier que la technique alphabétique associant outils d'écriture simples et supports plan inertes de type papier avait façonné depuis environ huit cents ans les mentalités. Le législateur a ainsi affirmé que l'environnement technique ainsi créé était indifférent à la technique utilisée. Le passage d'outils simples et passifs à celui d'outils complexes et actifs a donc été totalement passé sous silence afin de conserver une unité de façade. Or cette tentative de faire co-exister de force deux techniques irréductibles à la même définition crée d'insolubles contradictions d'interprétation. En effet, plus que l'indifférence au support qui caractériserait un *écrit* — ce qui pourrait et a été compris comme la reconnaissance d'autres supports possibles pour un écrit que le simple papier — c'est l'affirmation conjointe de la permanence du caractère d'écrit « quels que soient [...] leurs modalités de transmission » qui transforme définitivement l'*écrit* en *texte* dans cet article. Cette précision était nécessaire afin de conserver un des caractères essentiels de l'écrit dit électronique, c'est-à-dire la possibilité d'être transmis par voie dite électronique, par exemple par mél, c'est-à-dire de manière sous-jacente par la voie d'ondes, qui représentent une certaine forme d'oral d'un texte binaire. La loi définit ainsi comme *écrit* une *forme* au sens du droit d'auteur (article L-111-3 du Code de la propriété intellectuelle). Cet article institue donc le texte binaire au rang d'écrit, mais également par voie de conséquence de cette définition unificatrice, le texte alphabétique. Nous assistons ainsi à la dissolution de la notion d'écrit comme nous l'avons signalé au paragraphe 1.1.3.

L'affirmation conjointe de l'indifférence au support et aux modalités de transmission a pour

²⁸En ce sens, V. B. Gleize et S. Lacour, note sous Paris, 6 mars 1931 et Civ 1^e, 20 décembre 1966, *De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle*. In Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, sous la direction de Michel Vivant, p. 101., Dalloz, 2004.

²⁹En ce sens, Linant de Bellefonds, travaux de la commission de chercheurs et universitaires du GIP Justice de 1999.

résultat de dissocier le support unique de l'écrit : support d'écriture, support de transmission dans l'espace, support de transmission dans le temps et support de lecture. L'écrit traditionnel sur support papier impliquait l'unicité de ces quatre supports. L'introduction de l'écrit électronique apporte par effet de bord la dissociation du support en quatre supports potentiellement différents³⁰.

Le législateur ne s'est pas rendu compte qu'en matière de neutralité technologique, il s'appuie sur une technique (la technique alphabétique liée au papier) qui rend de fait ce choix non-neutre. Il a pris le parti, suivant ce principe d'essayer d'obtenir une définition unique de deux techniques différentes tout en pensant par ailleurs que ce qu'il définissait ainsi n'était pas une technique. Vouloir rester neutre vis-à-vis d'une application, d'une matérialisation d'une technique relève de la neutralité technologique. On peut ainsi considérer qu'il est indifférent que des inscriptions se trouvent sur du papier ou du parchemin, tout comme on peut penser qu'il est indifférent de choisir des CD ou des DVD. En revanche, il n'échappe à personne qu'il n'est pas indifférent que l'écrit se trouve sur du papier ou sur un CD. En ce sens la neutralité technologique a été un leurre générateur d'une incompréhension profonde de l'introduction d'une technique extrêmement spécifique dans la loi.

2.2 L'écrit électronique dans la hiérarchie des modes de preuve

Trois articles distincts sont consacrés à l'affirmation de l'égalité probatoire de l'écrit papier et de l'écrit électronique dans le Code civil. Selon l'article 1316-1, « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier [...] », selon l'article 1316-2, « [...] le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'un soit le support », enfin, selon l'article 1316-3, « l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

Encore une fois, un tel luxe de précision semble avoir, avant tout, une visée pédagogique. À partir du moment, en effet, où la preuve littérale était définie comme un écrit, indifféremment de son support, il semble en effet logique que ces différents supports ne puissent servir à différencier les écrits rapportés ensuite devant le juge selon une quelconque hiérarchie.

Cette précision est peut-être imputable au fait que l'avant-projet de loi établissait, lui, une hiérarchie entre les différents supports de l'écrit, accordant la primauté au papier en toute hypothèse. Le législateur a donc ressenti le besoin de préciser en toutes lettres la force probante qu'il attachait à l'écrit électronique, sans que cela ne préjuge de sa valeur probatoire intrinsèque, qui sera liée à la conviction du juge et aux divers moyens qu'il pourra mettre en œuvre pour la forger, qui semblent effectivement plus difficiles dans le monde électronique que dans le domaine de l'écrit papier.

Ces précisions ne doivent, en outre, pas faire oublier qu'au-delà des comparaisons que l'on peut établir entre l'écrit papier et l'écrit électronique, une preuve littérale ne sera en réalité requise que dans un nombre limité d'hypothèses. Ainsi, en deçà de 1500 euros, depuis 2001, l'article 1341 admet-il le recours à d'autres modes de preuve pour les contrats synallagmatiques. Il ne faut pas, non plus omettre de remarquer que le législateur a profité de l'article 1316-2 pour donner une validité textuelle aux conventions sur la preuve³¹, qui pourront tout à fait prévoir d'autres règles que celles que nous étudions ici (par exemple décider de doubler tout contrat électronique d'un écrit papier auquel sera conférée une valeur probatoire supérieure). Et surtout,

³⁰Il suffit pour s'en convaincre de s'imaginer le scénario suivant : A écrit un texte sur son ordinateur qu'il envoie à B par mél. B le reçoit sur son ordinateur et le grave sur un CD pour le conserver. Si on transpose maintenant ce scénario à l'écrit papier, cela donne : A écrit un texte sur du papier, il téléphone à B, lui dicte son texte. B écrit le texte qu'il entend sur une feuille de papier chez lui.

³¹Conventions qui avaient déjà été validées par la jurisprudence dans l'affaire *Crédidas*, Cass. Civ. 1^e, 8 novembre 1989, Bull.Civ. I, n° 342 ; JCP G 1990, II, 21576, note G. Virassamy.

il ne faut pas oublier que ces règles ne s'appliqueront, en réalité, que si quelqu'un conteste la preuve, c'est-à-dire l'écrit ou sa signature, ce qui pose le problème de la conservation de cette dernière.

Pour autant, on doit réfléchir à ce que l'article 1316-1 C.civ. dénomme l'intégrité de l'écrit sous forme électronique, et ceci, selon nous, pour deux raisons :

- d'une part, parce qu'en exigeant de l'écrit électronique, au-delà même de sa signature (identification de la personne dont il émane), qu'il soit établi dans des conditions garantissant son intégrité, on peut se demander si le législateur n'a pas, en réalité, apporté une nuance à la neutralité technologique qu'il souhaitait afficher. En effet, en ce qui concerne l'écrit papier, cette intégrité semble présumée, les contraintes techniques spécifiques de l'écrit électronique ont donc suscité ici une distinction qui n'aurait pas lieu d'être si, comme semblait l'indiquer l'article 1316 du même code, celui était effectivement un écrit comme les autres... On peut penser que cette distinction provient en réalité du fait que l'intégrité avait été mise en avant par la jurisprudence comme justifiant l'admissibilité d'un fax comme preuve littérale d'un contrat³². Il n'en demeure pas moins que la précision porte atteinte à l'unité souhaitée de la neutralité technique dans ces textes ;
- d'autre part, parce qu'en posant cette exigence, le législateur a mis le doigt dans un engrenage dangereux. En effet, et ceci est ressorti très vite de nos lectures croisées, établir une définition commune de l'intégrité est quelque chose de compliqué.

Pour les juristes, il va de soi que c'est l'intégrité du contenu de l'écrit qui est ici visée, même si en appliquant cet adjectif à l'écrit tel qu'il est défini par l'article 1316, il semble difficile d'adopter cette position. Ce que souhaitait le législateur, c'était à n'en pas douter s'assurer du fait qu'en cas de litige, le contenu de l'écrit électronique reflétait bien le contenu du contrat passé entre les parties, autrement dit que ce qui était apparu sur leur écran et avait emporté leur adhésion n'avait pas, en réalité, masqué un autre contrat, aux clauses différentes, établi lui de manière plus définitive sur leurs disques durs³³.

Pour les informaticiens, c'est l'intégrité syntaxique du texte binaire qui est visé car la seule qu'ils sachent actuellement un tant soit peu garantir. Cette intégrité n'a que peu à voir avec l'intégrité syntaxique d'un texte alphabétique qu'il pourrait représenter — qui rappelons-le n'est qu'une petite partie de ce qu'un écrit binaire peut représenter — car elle n'inclut ni le logiciel ni le matériel nécessaire à sa perception.

En d'autres termes, ce qui était recherché par les juristes s'apparentait certainement plus à de l'intégrité morale, celle que l'on attend d'un cocontractant honnête, intègre, tandis que les informaticiens lisent cette nécessité comme une obligation de faire en sorte que le document soit intact, entier. Les deux interprétations ne sont pourtant pas si éloignées si l'on songe au fait qu'en tant qu'instrument complexe, l'ordinateur peut être fictivement considéré comme un tiers, dont l'utilisateur attend un certain nombre de qualités, dont celle de ne pas travestir sa volonté en la traduisant mal. En d'autres termes, ce que l'on attend de l'ordinateur, dans ce cas précis, c'est qu'il enregistre effectivement ce que la personne qui pianote sur son clavier a voulu taper, tout comme on pourrait attendre de l'écrivain public qu'il ne travestisse pas la pensée d'un analphabète en rédigeant son courrier. Une telle qualité était effectivement sous-entendue pour l'hypothèse désormais rare d'un contrat conclu entre deux personnes dont l'une ne saurait pas

³² « un écrit peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné, ont été vérifiées ou ne sont pas contestées » Cass. Com. 2 décembre 1997, D. 98, J., 192, note D. Martin. Voir aussi le commentaire de cet arrêt, P. Catala et P.Y. Gautier, *L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libération de la preuve contractuelle*, JCP, 98, Aperçu rapide, p. 905.

³³ Si on reprend l'image du calcul donnée au paragraphe 1.1.6, il existe une infinité de manières de produire des résultats différents pour une donnée d'entrée identique : il suffit de jouer sur la définition du calcul, c'est-à-dire sur le logiciel.

lire, elle n'en est pas moins exigée de l'écrit électronique, comme si ses spécificités en faisaient un « présumé menteur ».

Conclusion

On peut repérer des signes identiques d'incompréhension mutuelle — incompréhension subtile puisque les définitions sont souvent les mêmes mais s'appliquent, selon les interprétations, sur des objets différents le long d'une chaîne qui en comporte un nombre de plus en plus grand — entre les artisans contemporains de l'évolution du droit de la preuve électronique lorsqu'on se penche sur le sort qui a été réservé à la signature dans les textes — lois et décrets — pris après 2000. Sans revenir ici sur les considérations lexicales déjà abondamment développées au sujet de l'adjectif « électronique », le simple rappel de la définition qui a été choisie pour la signature suffira à illustrer ce point de vue.

La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. [...] Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées en Conseil d'État. (Art. 1316-4 C.civ.)

Là encore, l'intégrité, concept sibyllin, sera certainement source d'interprétations multiples, celles-ci ne concernant plus, comme c'était le cas dans le cadre de la définition de l'écrit électronique, l'objet sur lequel cette qualité doit se vérifier (suite de signes informatiques n'ayant pas été modifiée ou bien, pour les juristes, contenu contractuel identique), mais, cette fois, les moyens matériels et logiciels de la conserver dans le temps. Et encore n'évoquons-nous pas tout ce qui pourrait être dit au sujet de la fiabilité...

Ceci est une autre histoire, que d'autres que nous conterons dans la suite de ces séminaires.