



Droit:
La preuve du contrat électronique



*Élaboré par: Kooli Walid
Septembre 2001*



Sommaire

Introduction	2
I. Copie ou original ?	4
<i>II. L'écrit :</i>	5
<i>III. Le pouvoir du juge :</i>	6
<i>IV. La signature électronique :</i>	7
V. La loi applicable quand le contrat est international :	9
VI. Problèmes inhérents :	10
Conclusion	12
Bibliographie	15



Introduction

Jean Domat (1625-1696)

Avant d'entamer ce travail il paraît impensable de passer à côté de la citation de Domat¹ :

"La force des preuves par écrit consiste en ce que les hommes sont convenus de conserver par l'écriture le souvenir des choses qui se sont passées et dont ils ont voulu faire subsister la mémoire, pour s'en faire des règles, ou avoir une preuve perpétuelle de la vérité de ce qu'on écrit."

En effet l'administration de toute preuve qu'elle soit administrative ou pénale a un seul et unique but celui de la vérité.

Il s'agit donc en matière d'obligation de prouver son engagement et les termes dans lesquels cela a été fait.

On parle alors de la constitution de la preuve ce qui permet de tirer deux constatations:

La bonne preuve est celle que les parties se sont ménagées au préalable.

La distinction est faite entre l'acte authentique et sous seing privé (défini par sa force probante ou ses particularités (acte unilatéral)).

Le développement des services et de la consommation, n'a fait qu'amplifier l'exigence de l'écrit dans toutes sortes de contrats.

De sorte que la préconstitution de la preuve, par écrit déjà requise par le droit commun des obligations, s'est trouvée renforcée par les droits spéciaux.

Tout ceci ayant pour objectif de matérialiser définitivement la volonté des parties et écarter toute contestation ou mise en doute par la suite, on parle alors de la fonction traditionnelle.

Quand à la fonction moderne elle permet de vérifier et de s'assurer de la totale transparence du consentement

A ces conditions seulement, le contrat fera la loi des parties.

Ces raisons restent pertinentes à l'aube du troisième millénaire, cependant on ne peut ignorer un fort courant d'évolution technologique ayant bouleversé en quelque sorte les habitudes et modes de communications entre humains. On parle de transmission numérique, d'effet réseau, d'Internet, de World Wide Web,...

¹ Jurisconsulte français (Clermont-Ferrand, 1625 — Paris, 1696).

Dans un grand ouvrage, *les Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694), il exposa systématiquement le droit romain présenté comme la raison écrite.

Ce passage de l'analogique au numérique impose des conséquences juridiques multiples.

Plus ou du moins peu de support papier. Les technologies de l'information induisent l'international et l'interactivité. Les transmissions et l'accès aux informations sont devenus quasi instantanés.

A ce titre le courrier électronique n'est-il pas une nouvelle forme de contrat de correspondance ?

Seul le support change, plus de papier mais affichage à l'écran avec possibilité d'impression.

Tout ceci pousse à repenser un certains nombres de concepts inadaptés pour ne pas dire désuets dans le monde actuel.

Une fois l'intégrité et l'imputabilité du contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées et exemptées de toute contestation, il est possible de conserver l'« écrit » sur tout support possible.

Le passage à une règle de droit plus générale et abstraite trouve donc son fondement vu l'impact économique des contrats électroniques.

Cela ne veut pas dire pour autant que le papier va disparaître.

Ce sont deux modes contractuels alternatifs qui vont se mettre en place. Cette génération de valeur ajoutée et donc création de valeur, ne peut se faire sans que règne une confiance quasi-totale entre les partis. Et c'est l'un des apports majeurs du droit.

Cet outil puissant doit donc être capable de s'assurer de ce qu'on qualifie de la force probante du contrat électronique ce qui implique deux notions fondamentales à savoir la signature électronique et la reconnaissance de cette force.

La loi ne concerne que les aspects probatoires.

L'écrit électronique sur lequel on appose une signature électronique est donc placé sur le même pied d'égalité que l'écrit sur support papier, bien entendu et comme cité plus haut, à condition que l'on puisse identifier sa source (la personne dont il émane) et garantir son intégrité.

Selon le droit civil Québécois, le contrat de fourniture de biens ou de services est généralement conclu entre un consommateur et un commerçant. Au delà de 1500\$, un écrit est nécessaire en tant que règle de preuve.

Or, à ce jour, seules les signatures manuscrites sont automatiquement acceptées par la jurisprudence. D'où l'inadéquation avec le commerce sur Internet.

I. Copie ou original ?

La duplication du support rend la distinction entre original et support difficile.

A ce titre les moyens de preuve agissent en dématérialisant le support dit secondaire et en éliminant toute distinction entre copie et original. On parle alors d'intégrité du message en amont.

Le caractère transfrontalier du commerce électronique impose la nécessité d'une application à l'échelle mondiale.

On se situe alors dans un espace juridique relevant du commerce international.

Plusieurs organisations internationales se penchent sur la reconnaissance du document et de la signature électronique et à leur tête on trouve la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

L'Assemblée Générale a adopté le 16 décembre 1996 une loi-type sur le commerce électronique. Les règles concernant la signature électronique ont été élaborées par la suite.

Cette loi-type touche l'"équivalent fonctionnel".

Ainsi, on essaie de voir comment les fonctions traditionnelles du document papier à savoir : la lisibilité, l'inaltérabilité, l'authentification au moyen d'une signature,..., seront sujettes aux mutations dues au commerce électronique.

La loi-type définit d'abord le message de données et ensuite reconnaît sa valeur juridique.

La mise en place d'accords bilatéraux ou multilatéraux est donc indispensable face à cette réalité.

La nécessité de la signature dans les paiements et actes juridiques met en évidence la nécessité d'avoir recours à l'intervention d'un tiers qui a pour mission d'assurer la sécurité et la confiance des transactions et des échanges électroniques.

La preuve reste à ce jour sous ou mal exploitée et analysée par le droit. Il est impératif de mettre une fin aux complications d'ordre technique faisant que l'écrit électronique puisse se substituer effectivement aux échanges de documents sur "papier".

II. L'écrit :

Jusqu'à des années récentes la notion de l'écrit était assimilée à celle du moyen d'identifier le support papier mettant en évidence un accord de volonté établi d'une façon manuscrite ou tapé à la machine.

La notion de l'accord de volonté, *Negocium*, se manifeste alors par l'écrit, *Scribere*, sous les deux formes mentionnées ci-haut.

L'association entre écrit et papier était très forte. Sauf exceptions dans d'autres matières où la notion d'écrit fut entendue beaucoup plus largement tel que le cas pour le testament olographe.

Ceci sous disait que la volonté humaine peut s'inscrire sur un support autre que du papier.

Peu importe le support, c'est la certitude qui compte.

La preuve par écrit s'étend donc à toutes formes d'écrit et donc aussi sous forme électronique. En revenant à la définition de l'écrit dans le dictionnaire aucune référence n'est faite au support papier puisqu'on parle le plus fréquemment d'"une représentation de la parole et de la pensée par des signes".

Ni le support matériel, ni les modalités de transmission ne lient la preuve littérale qui n'est plus identifiée au papier.

On parle alors de neutralité technologique et on a abolit la hiérarchie des supports.

Dorénavant, quand on parle d'écrit on parle de toutes les formes issues des technologies de l'information et de la communication.

Quand aux modalités de transmission, on évoque la notion de support.

Cet élément donne un aspect dynamique à une définition statique de l'écrit.

A ce titre la signature électronique étant déterminante pour les échanges électroniques, se situe dans ce contexte de transmission.

En effet et selon le droit de la preuve, les éléments probatoires découlent de celui à qui on les oppose. Ce qui pousse à évoquer la notion d'intégrité, problématique jusqu'à lors non rencontrée en matière d'échange sous forme de support papier.

De plus et comme l'écrit doit pouvoir être produit de façon lisible et compréhensible par l'homme, la question de la cryptologie et des techniques qu'elle invoque est imminente à la vocation probatoire du texte.

La force probante du document électronique :

Par force probante, on fait allusion à la puissance de la preuve administrée à l'encontre de toute preuve contraire ou le poids de cette preuve dans l'esprit du juge.

A ce titre il n'existe pas de hiérarchie entre support électronique et support papier.

Mais ceci ne peut être vérifié que si certaines conditions sont vérifiées à savoir :

- L'identification de la personne dont l'écrit émane
- La garantie de son intégrité tant au niveau de l'établissement que de la conservation, l'archivage en langage technique.

III. Le pouvoir du juge :

La nouvelle révolution technologique a mis fin au monopole de l'écrit privé sur support papier. La reconnaissance d'autres écrits a mis en évidence l'existence de nouveaux conflits.

Quelle est la preuve littérale la plus vraisemblable ?

Rien n'invoque d'écarter une preuve électronique au profit d'une preuve sur papier.

Le conflit est donc sur la nature du support de preuve (électronique versus papier).

Egalement on ne parle pas de recevabilité des preuves mais de la foi due aux preuves recevables.

Il appartient donc au pouvoir d'appréciation du juge de statuer face au conflit de preuves littérales, sauf stipulations contractuelles.

Afin de lever toute équivoque quant à l'équivalence probatoire instituée entre l'écrit sous forme électronique et l'écrit papier, le projet de lois Québécois stipule que "l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier".

Pour la preuve de l'écrit, l'instrumentum doit être signé, peu importe qu'il soit sous forme papier ou électronique.

Il est indispensable de préciser qu'en cas de conflit, les autres modes de preuves sont définitivement exclus (preuve testimoniale, présomptions, aveu, serments); ils ne peuvent valoir contre une preuve littérale ou par écrit.

Pour le juge il s'agit de statuer selon le critère de crédibilité le plus fort.

Sous forme électronique, l'écrit doit constater des droits et des obligations et être signé pour être sur le même pied d'égalité que celui sur support papier.

L'établissement de la fiabilité du procédé de signature incombe l'intervention d'un expert judiciaire condition sine qua non à la validité de la preuve.

La question des recommandés électroniques n'est pas été assez abordée dans la loi.

La signature est un élément essentiel de la validité d'un acte sous seing privé.

Pour un document électronique, il faut un équivalent numérique de la signature traditionnelle, soit la signature électronique.

IV. La signature électronique :

Tout échange électronique durable doit satisfaire aux conditions de sécurité et de confiance.

On parle alors d'authentification (la garantie de l'origine de l'information), de la non répudiation, d'identification, d'intégrité et de confidentialité.

La signature est d'abord un signe d'identification et de confirmation entre les parties, un élément de sécurité.

Ainsi, la fonction de la signature reste immuable mais c'est sa forme qui évolue avec la technologie adaptée.

La signature électronique assure les premières fonctions cependant, il est du domaine de la cryptographie d'assurer la sécurité.

Le contexte technologique de la signature électronique est complexe. Il existe deux grands types de cryptographie: la cryptographie symétrique et la cryptographie asymétrique où l'utilisateur possède une clé privée et une clé publique.

Les procédés de cryptographie à clé publique fournissent une solution au problème d'identification des interlocuteurs échangeant des messages en milieu ouvert. Ce système peut nécessiter l'intervention d'un tiers: le tiers certificateur, dont le rôle va consister à administrer et publier les clés publiques.

La CNUDCI parle d'identification de la personne auteur de l'acte et manifestation de son consentement au contenu de cet acte juridique. Cette définition vaut pour toutes les formes de signature qu'elle soit manuscrite, électronique ou autres.

A ce titre et selon le Government Code de la Californie, cinq conditions sont indispensables afin de procurer à l'emploi d'une signature numérique la même force et le même effet que l'emploi d'une signature manuelle :

- Être propre à la personne qui s'en sert.
- La possibilité de vérification.
- Être soumise au contrôle unique de la personne qui s'en sert.
- Être liée aux données de manière telle qu'en cas de modification de ces dernières, la signature numérique est annulée.
- conformité aux dispositions réglementaires adoptées par le Secrétaire d'État.

Fonctions juridiques de la signature:

La signature électronique est censée couvrir non seulement les actes juridiques mais aussi d'autres formes "d'authentification": par exemple les certificats de serveurs Web, d'appareils tels que les routeurs ou les certificats d'éditeurs (ex: applicatifs, logiciels,...).

La Directive distingue également la signature électronique de la signature électronique avancée.

La signature électronique avancée doit respecter les exigences suivantes:

- Être liée uniquement au signataire.
- Permettre d'identifier le signataire.
- Être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif.
- Être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Une différence existe entre la signature manuscrite et la signature électronique.

La signature manuscrite est un instrument juridique qui apporte un élément essentiel au document sur lequel on va l'apposer. Elle a une double fonction : l'identification et la confirmation du consentement.

Pour la signature électronique, le signataire n'a jamais la certitude que le destinataire l'a reçu, le destinataire n'est jamais sûr de celui qui a signé. Aussi, un élément doit exister en plus : un moyen de technique de sécurisation (certification).

L'identification assurée par la signature manuscrite équivaut à l'authentification assurée par la signature électronique.

En ce qui concerne l'adhésion au contenu, il n'y a aucune équivalence. Il s'agit juste d'une présomption d'adhésion dans le cadre d'une signature électronique. A l'inverse, il n'existe aucune équivalence au profit de la signature électronique de l'intégrité de son objet problème de l'intégrité : tout contenu est-il dans le message?

V. La loi applicable quand le contrat est international :

Selon la jurisprudence, tout contrat mettant en cause les intérêts du commerce international et donc suscitant des éléments d'extranéité est international.

Il appartient au domaine du juge de statuer si les conditions d'extranéité sont remplies et dans tel cas la loi nationale à appliquer.

Les traités bilatéraux et multinationaux en Droit International Privé permettent de résoudre les divergences entre les législations.

Dans le contexte du commerce électronique on doit examiner les sources suivantes :

■ *La convention de Rome du 19/06/1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*

La loi d'un Etat peut être désignée bien que cet Etat ne soit pas signataire, il n'y a pas d'obligation de réciprocité.

■ *La convention de la Haye du 15/06/1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*

Cette convention ne s'applique qu'aux contrats dont les deux parties sont situées sur le territoire de l'un des pays signataires.

Ces conventions posent les solutions suivantes :

- Le principe de la primauté de la loi désignée au contrat prévaut.
- Si les parties ont désigné une loi applicable, elle s'appliquera.

Selon la convention de Rome , art 3, la localisation du contrat sera déterminée par référence à un système juridique déterminé, à une loi, à une clause attributive de compétence ou à la langue du contrat.

Selon l'article 4, la loi du vendeur est applicable puisque la vente se matérialise par la délivrance de la chose ou de la prestation. Cet article est appliqué en cas d'insuffisance des circonstances de la cause et donc c'est "*la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits*", c'est-à-dire "*la loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a au moment de la conclusion du contrat sa résidence habituelle*".

Il nous paraît non envisageable dans le cadre d'une relation avec le consommateur d'appliquer ces règles. Face à cet état de fait c'est la loi du lieu de localisation du serveur qui est applicable.

Dans le cas où l'offre de produits ou de service est faite par mailing électronique, la loi applicable est celle où l'offre est faite, dans cette hypothèse au lieu de la boîte aux lettres. Toutefois, cette analyse n'est pas celle communément partagée.

VI. Problèmes inhérents :

✓ Les enjeux techniques :

De par sa nature, le point faible des réseaux ouverts demeure la sécurité.

En effet la fiabilité du support informatique est imparfaite et accentue la discrimination entre utilisateurs institutionnels, entreprises et consommateurs. La généralisation de l'utilisation de documents électroniques ne peut se faire que par la généralisation des moyens techniques de sécurisation.

✓ L'archivage :

La conservation peut être effectuée par les utilisateurs eux-mêmes. Mais dans le contexte de la certification électronique, on considérera plutôt que la conservation des données est réalisée par un tiers archiveur.

Il va donc de soi que le processus probatoire ne pourra être déroulé que dans le respect des exigences d'un modèle de désarchivage qui sera précédé en amont d'un modèle d'archivage.

Certaines garanties techniques doivent être respectées parmi les quelles on peut citer :

- Authentification : identification de l'auteur d'un message électronique reçu sur son ordinateur
- Intégrité du message électronique
- Non répudiation : le non refus de l'émetteur comme du destinataire
- Confidentialité
- Horodatage : la possibilité de fixer la date et l'heure du message.

Conclusion

Toute opération d'achat en ligne fait intervenir deux actes juridiques distincts à savoir :

- Le paiement
- Le contrat de vente ou de services.

La conclusion de contrats par voie électronique exige l'expression du consentement.

Pour la preuve du contrat, il faudrait respecter les exigences de la loi qui prévoit que l'écrit sous forme électronique doit permettre d'identifier la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Seule l'utilisation d'une signature électronique permet aujourd'hui d'assurer cette fonction d'identification en l'absence de relation contractuelle préalable. Le rôle des services de certification est alors primordial pour la généralisation des signatures électronique sur Internet.

Côté consommateur, la seule crainte majeure est relative au risque financier encouru.

En effet la majorité des transactions électroniques admettent la carte de crédit comme moyen de paiement.

Lequel procédé est généralement crypté par le protocole SSL intégré au navigateur.

La crainte de l'interception du numéro de carte et l'absence de garanties de sécurité totale fige tout effort d'insérer une confiance absolue entre les partis.

Beaucoup craignent que leur numéro de carte ne soit intercepté et utilisé à leur insu.

Si l'on se penche sur ce nouveau commerce, il apparaît clairement qu'il n'y a pas de différences majeures par rapport au commerce traditionnel tel que la vente par correspondance. Ce qui nous pousse à parler de phénomène de mode influencé par une médiatisation des plus impérieuses.

Le droit civil de part sa grande souplesse d'adaptation est donc le moyen le plus parfait pour réglementer les pratiques contemporaines fruit des innovations techniques.

Considérons à titre d'exemple le paiement par carte de crédit. Dans ce cas bien précis seule la saisie du code (signature électronique) est suffisante et remplace la signature manuscrite.

La saisie du numéro confidentiel de la carte sur le terminal du commerçant représente pour le commerçant vendeur un ordre irrévocable du consommateur de payer.

Et ce qui est valable pour les cartes de crédit l'est aussi pour Internet, qui n'est qu'un mode de vente parmi d'autres.

Quand aux recommandés électroniques il s'agit d'une solution que les commerçants peuvent utiliser pour donner plus de force au document qu'ils invoquent en preuve.

Les lois adoptées jusqu'à lors n'apportent pas de réponse convaincante à l'égard des piratages et de la sécurisation des systèmes de paiement sur Internet mais présentent l'avantage d'être évolutives.

De plus, s'agissant d'un contrat à distance, le contrat électronique présente donc des difficultés qui ont pour origine :

- Un échange de consentement douteux (non simultanéité de l'offre et de l'acceptation).
- L'absence (pour le moment) de tout contrôle visuel de l'identité, de la capacité de la personne.
- La datation de l'acte et le risque de manipulation des dates.
- La localisation de l'acte et donc des règles de droits applicables
- Le problème de la preuve et son contrôle de préconstitution
- Les conflits de loi et de juridiction compétente en cas de litige

Se dégage ainsi plusieurs problèmes concernant la preuve du contrat en ligne :

- Quand le contrat est conclu par Internet, il ne se forme pas de façon instantanée. On parle de réitération de consentement propre au contrat électronique. La validation du consentement est alors progressive.
- La notion de « consentement éclairé ».

Le problème essentiel en terme juridique réside dans la validité et la légitimité des technologies de l'information et de la communication en soutien et en support aux opérations commerciales.

Les éléments principaux à prendre en considération sont l'absence des personnes induite de l'échange électronique et la dématérialisation des documents échangés, compte tenu de leur forme électronique.

Le caractère mondial des réseaux internationaux de communication rend plus complexe l'analyse des droits et obligations de chacun.

Toutefois, des réponses existent et méritent un examen au cas par cas.

.

Bibliographie

- <http://www.avocatdpdb.com/internet%20support%20de%20vente.htm>,
Internet support de vente.
- <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/findex.htm>, *l'harmonisation des lois au Canada.*
- <http://www.virtualegis.com/scubado/Scubadoo.html>,
*La preuve des contrats électroniques (la proposition de loi)
Les contrats du e-commerce*
- [Journal des tribunaux](#) 17 février 2001 N°6000
- <http://www.jurisexpert.com/pagesn2/comelec.htm#def>: *Commerce électronique et aspects juridiques.*
- <http://www.ulb.ac.be> *La preuve du contrat.*
- <http://www.ulb.ac.be/assoc/saeto/travaux/ecom/fesler/tsld009.htm>
- <http://canada.justice.gc.ca/fr/plandusite.html>, *Facilitation du commerce électronique : lois, signatures et preuves.*
- http://playmendroit.free.fr/droits_des_nouvelles_technologies.htm, *la preuve du commerce électronique.*
- <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm>, *Preuve et signature électronique Par Maître Valérie Sédallian.*
- <http://www.internet-juridique.net/>
- <http://www.eridia.com/>, *Le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet) Cyril Blaise.*
- [Assemblée Nationale](#), *Projet de loi n°161, lois concernant le cadre technologique des technologies de l'information.*
- [Business et droit](#) : Olivier Hance, *Best Of Editions*, chapitres 6 et 7, année 1996.