

## La convention de preuve dans les accords d'interchange

par Alain BENSOUSSAN

Après avoir rappelé quelles étaient les données de la problématique de la preuve en informatique, Alain Bensoussan centre son analyse sur l'accord d'interchange et les intérêts qu'il peut présenter au regard des difficultés précédemment soulevées.

Les EDI sont l'illustration parfaite de l'absence de personnalisation des relations d'une part, et de la dématérialisation des relations d'autre part. En effet, l'ensemble des faits qui font l'objet d'un transfert d'informations automatisé est sous-tendu par de très nombreux documents dont certains ont la portée d'actes juridiques.

Ces actes ont une valeur juridique d'autant plus faible que l'administration de la preuve et la force probante associée se trouvent intégrées dans un échange d'informations automatique dont la légalité, en terme de preuve, apparaît précaire. Pour résoudre les difficultés de preuve, il convient obligatoirement d'examiner comment, à la date des présentes, au regard des dernières jurisprudences, la problématique de la preuve en informatique s'est développée (I), afin de fournir une preuve juridiquement nécessaire à la sécurité des opérations informatisées, notamment par le biais d'un accord d'interchange (II).

### I. – La problématique de la preuve

*La preuve légale parfaite reste l'original* qui correspond technologiquement à un papier sur lequel figurent des écrits, dont au moins la signature est manuscrite.

Pilier du droit de la preuve en matière civile, l'article 1341 institue non seulement l'obligation de préconstituer un écrit dès lors que l'obligation a une valeur égale ou supérieure à 5 000 francs, mais impose sa prééminence sur d'autres modes de preuve comme le témoignage. Ainsi, au cas où un écrit a été passé pour une somme inférieure à 5 000 francs, aucune preuve par témoignage n'est admise contre cet acte.

Cette règle ne met pas en cause la validité de l'acte mais constitue seulement une règle de preuve. Cependant, le résultat pratique est presque le même que si l'acte n'avait pas été valide : n'ayant pas d'écrit et n'ayant pas de droit de prouver cet acte à l'aide d'un témoignage, les seules preuves admissibles sont des preuves aléatoires (le serment ou l'aveu) qui laissent le créancier à la merci de son débiteur (1).

(\*) Texte issu de la communication d'Alain Bensoussan lors de la journée d'information « EDI : les contrats d'interchange » organisée par EDIFRANCE et le Forum du droit des affaires (11 juin 1993).

(1) Cf. Mémento-guide Alain Bensoussan, *L'EDI et le droit*, éd. Hermès 1992.

Cependant, les règles du droit de la preuve telles qu'elles résultent de la réforme du 12 juillet 1980 ne sont pas obsolètes dans le domaine informatique si l'on veut bien dégager les règles techniques qui sous-tendent la portée juridique d'un mode de preuve.

La règle de l'écrit a été atténuée par quelques exceptions contenues pour l'essentiel dans cette loi, en particulier le commencement de preuve par écrit, l'impossibilité de se procurer un écrit et la production de *copies fidèles et durables*. Seul le critère de la durabilité a été défini par le législateur comme étant la reproduction indélébile de l'original entraînant une modification irréversible du support. En revanche, le critère de la fidélité pose plus de difficultés au législateur, puisqu'aucune définition n'en a été donnée. Ce critère s'apprécie par rapport à la notion d'original.

En réalité, il n'existe pas de définition du concept d'originalité. C'est l'information vraie qui est représentée comme exprimant la volonté des auteurs, parties à l'acte en cause. Il est constitutif d'un statut juridique et non d'un état technique (2). Cependant, force est de constater que seul les documents « *originaires* » par opposition aux reproductions accèdent à ce statut (3). L'absence de définition légale de la copie « fidèle » offre l'opportunité aux professionnels, sous réserve que la copie soit effectivement durable, de définir des critères de fidélité digne de confiance en se conformant notamment à « l'état de l'art » ou aux normes lorsqu'elles existent. La fiabilité des techniques de reproduction utilisées sera, en cas de litige, laissée à l'appréciation souveraine du juge.

L'ouverture vers la liberté de la preuve organisée par l'article 1348, alinéa 1 du Code civil a pour conséquence *la liberté d'appréciation du juge*.

Pour tenter de résoudre les incertitudes de la preuve informatique, il est nécessaire de rechercher les domaines où la preuve est libre, afin de construire un système d'échange de documents informatisés où les techniques d'organisation de la preuve sont recevables et probantes juridiquement.

La majeure partie des relations informatisées se fait dans un cadre commercial. En application de l'ar-

(2) Cf. Alain Bensoussan, *Droit de l'informatique et de la télématique, Théorie et pratique*, Répertoire permanent Berger-Levrault/Systema, éd., 1985.

(3) Cf. Alain Bensoussan, *Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique. Aspect juridique et solutions techniques*, Expertises n° 134, décembre 1990.

ticle 109 du Code de commerce, « les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens... ». Cependant, la liberté de la preuve, souvent prônée pour se dégager des principes édictés par le Code civil, ne signifie nullement « absence de preuve ». Ainsi, le juge commercial est-il amené à sanctionner l'imprudance ou la négligence de celui qui s'est abstenu de préconstituer une preuve alors qu'il en avait la possibilité et que les usages l'y incitaient.

De ce fait, la notion de « charge de la preuve » est indissociable de la notion de « risque » de la preuve ou de la non-preuve. Le principe général attribue la charge de la preuve au demandeur, c'est-à-dire à celui qui engage le procès. Par exemple, c'est en produisant une reconnaissance de dette signée du débiteur que l'on peut prouver l'existence du prêt et en obtenir le paiement en cas de litige. La trace d'un chèque en preuve du prêt, n'est pas suffisante, le débiteur peut en effet refuser de rendre la somme en affirmant qu'il ne s'agit pas d'une somme prêtée mais donnée. Ce n'est jamais au défendeur de prouver qu'il ne doit rien.

Cependant, ces principes sont à nuancer selon le type de contentieux et de procédure. Ainsi, en matière prud'homale, le législateur a pris certaines dispositions exceptionnelles afin de faciliter la tâche des salariés en cas de litige. Par exemple, il donne mission au juge prud'homal de rechercher, en l'absence de preuve, la « cause réelle et sérieuse » du licenciement.

La charge de la preuve dépend également du type de procédure dans lequel on se trouve. Dans les procédures de type « inquisitoire », le juge exerce un rôle prépondérant dans la conduite de l'instance et dans la recherche des preuves ; c'est notamment le cas dans la phase d'instruction du procès pénal et dans la procédure administrative. Dans un contentieux administratif par exemple, selon la gravité de la requête, le juge se contentera d'un commencement de preuve ou exigera des présomptions graves, précises et concordantes, lorsque le requérant ne dispose pas d'autre document.

Enfin, les tribunaux considèrent que l'incertitude et le doute de la production d'une preuve doivent être nécessairement retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve. Dans cette hypothèse, le juge doit trancher en faveur du défendeur.

En tout état de cause, c'est le principe de la *bonne preuve* qui prévaut, ce qui n'implique pas pour autant un carcan judiciaire car il existe plus de liberté qu'il n'y paraît si l'on veut bien étudier de plus près les différentes règles de preuve résultant à la fois de la loi et de la jurisprudence.

Dans ce cadre juridique, les techniques informatiques peuvent permettre aujourd'hui de prouver les actes et les faits juridiques avec une force

probante sur le plan technique, supérieure sinon au moins égale à l'écrit. Il suffit que le degré de fiabilité soit le plus grand possible, on entre là dans le domaine de la « preuve probabiliste ».

Par une telle approche, le degré de conviction apprécié, selon une démarche technique du caractère « d'origine » du document initial (écrit microfilm, supports électroniques, magnétiques, chimiques ou optiques) sera d'autant plus élevé que la probabilité de fraude ultérieure sera faible. La notion de fraude correspond à toutes manipulations ou tentatives de manipulations tendant à modifier l'état formel ou informationnel d'origine du document produit judiciairement comme élément probant au soutien d'une demande dans le cadre d'une instance.

L'original, au sens d'un écrit papier sur le plan juridique, n'est que le résultat d'une pratique dominante à une époque précise. Selon une telle approche tendant à rapprocher un état historique de la technique et une exigence juridique, il est possible d'établir que la force probante n'est que la conséquence judiciaire attribuée légalement à un procédé particulier.

Avant l'avènement de l'informatique et des nouvelles technologies de « trace », l'écrit papier manuscrit correspondait à la meilleure forme de preuve permettant d'identifier la volonté de l'engagement, son contenu et sa pérennité, sous réserve de respecter quelques règles en matière de conservation ou d'archivage propres à la matière papier.

A la date d'aujourd'hui, il existe des systèmes informatiques fournissant une force probante supérieure sinon au moins égale au papier. Le passage du plan technique au plan juridique s'appuie sur la démonstration suivante en deux branches : *la force probante d'une preuve juridique est inversement proportionnelle à sa probabilité de fraude* et en conséquence, la preuve est juridiquement supérieure à une autre, si sur le plan technique, la probabilité de fraude est inférieure (4).

Sur ces bases, les concepteurs d'un système d'échange de documents informatisés peuvent renforcer le cadre juridique en utilisant un système contractuel d'organisation de la preuve. Ce système, pour être efficace, doit reposer sur un rapport d'équivalence entre les parties, d'une part, et un débat contradictoire permettant de prendre la mesure de la force probante, d'autre part (5).

(4) Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique, Aspect juridique et solutions techniques, précité.

(5) Cf. colloque AFDIT 1987, « Informatique et droit de la preuve », Ed. des Parques 1987.

## II. – L'accord d'interchange

### A. – Le principe des conventions sur la preuve

En ce qui concerne les règles de preuve, une jurisprudence constante et maintenant bien établie (6), affirme qu'elles ne sont pas d'ordre public. Ce qui signifie qu'il est possible de se libérer de la règle de « l'écrit signé » exigé par le Code civil, lorsque les parties décident contractuellement de renoncer à l'obligation de prouver par écrit. Ainsi, les parties peuvent décider d'un commun accord de modifier les règles légales de preuve en signant une convention sur la preuve. Cette dernière permet, sous réserve du respect de certains principes, de renoncer par avance, à l'obligation de prouver par un écrit (lorsqu'elle telle exigence est nécessaire), et de reconnaître la validité de certains moyens de preuve. Le contrat fait la loi entre les parties. Cette loi particulière peut réglementer les formes de preuve. Le contrat d'interchange en est un exemple.

Les conventions sur la preuve permettent à chacune des parties de mesurer exactement la portée de ses engagements et le mode d'administration de la preuve associés. Les modes d'administration de la preuve peuvent être définis entre les parties. En conséquence, la force probante d'un système repose de manière complémentaire sur une convention de la preuve.

Un système de maillage de la preuve sera d'autant plus efficace que les parties disposeront d'un professionnalisme équivalent. Devraient être déclarées nulles toutes les conventions qui ne permettent pas de rapporter la preuve contraire de la fiabilité du système. La présomption de bon fonctionnement, telle qu'elle peut résulter d'une convention, ne peut avoir un caractère irréfragable. L'interdiction de la contestation doit être considérée comme une règle nulle, la force probante devant être toujours soumise à un *débat contradictoire*.

Par ailleurs, la notion de débat contradictoire n'empêche pas un renversement de la charge de la preuve. Elle peut être mise en place par les concepteurs d'un EDI qui renforcent de la sorte, la force probante de leur système technique. Ainsi, le contrat de preuve pourra préciser que les éléments issus du système informatique ont valeur probante entre les parties puisque le document conservé constitue une copie fidèle et durable de l'original et, à ce titre, peut être considéré comme l'équivalent d'un original établi préalablement par les parties au moyen de l'utilisation d'un support papier écrit, avec signature manuscrite.

Sur le plan du droit, il n'est pas possible d'admettre une présomption irréfragable de sécurité. Cette tâche incombera notamment aux concepteurs d'un système

d'EDI : la sûreté sera rapportée par la faiblesse de la probabilité théorique de fraude. De la démonstration statistique de la fiabilité du système, va naître une présomption, au titre de laquelle la sûreté du système entraînera une présomption de fiabilité de l'existence juridique de l'opération réalisée.

Dans l'affaire société Crédicas, où la preuve d'une opération par carte bancaire se situait dans le domaine de la liberté de la preuve, le tribunal retient notamment, pour accepter la position de la banque, qu'il « *n'est allégué, par ailleurs, aucun dérèglement du système informatique* ».

### B. – Le contenu de l'accord d'interchange

Avant que les partenaires en relations d'affaires passent à l'EDI, il est indispensable qu'ils rédigent une convention écrite qui fixera les règles du jeu. Cette convention est selon la traduction fidèle de l'appellation anglo-saxonne appelée « accord d'interchange ».

Devant l'imminence du passage à l'EDI dans de nombreux pays développés, de nombreux contrats EDI apparaissent pour opérer la validation juridique des messages EDI au regard de leur droit interne. Plus d'une dizaine de contrats de ce type sont connus actuellement, y compris celui qui est préparé par l'équipe du programme TEDIS à Bruxelles et celui du groupe de juristes du WP 4 (7).

Les contrats EDI, s'ils traitent de la même matière, proposent des solutions différentes, car le droit interne des pays développés possède des exigences différentes sur le formalisme juridique et la preuve. Par ailleurs, l'EDI renferme des concepts beaucoup trop différents pour lui appliquer un contrat type.

En revanche, la démarche des partenaires à un EDI peut être facilitée par l'application de schémas répondant aux préoccupations suivantes. Un contrat EDI bien-fondé doit comprendre trois parties :

- une partie juridique,
- une partie technique,
- une partie sécurité.

Ces parties ne seront pas toujours différenciées car elles inter-agissent l'une sur l'autre. Ainsi le choix d'une norme de représentation des messages, précisé dans la partie technique, a des conséquences sur le dispositif juridique retenu. D'autre part, le choix d'un service de télécommunications performant a des répercussions sur la sécurité. Enfin certaines exigences, comme l'authentification, ont un intérêt commun pour le droit et la sécurité.

(7) « EDI », rapport du Secrétaire général de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 28 juin 1991.

(6) Cass. civ., *Crédicas*, 8 novembre 1989, *Daloz* n° 25, 28 juin 1990, note C. Gavalda.

## 1. – Les questions juridiques

Les clauses contractuelles à caractère juridique se répartissent autour de deux sortes de préoccupations. Certaines traitent des questions juridiques entourant la transmission électronique, c'est-à-dire d'une application informatique comme il y en a d'autres. Les autres ont en charge la validation juridique des documents dématérialisés représentés par les messages EDI.

La responsabilité est une notion juridique classique qui peut accompagner ou non les contrats. Ici sur cette première apparition de la responsabilité, il s'agit de déclarer que les parties se portent garants du bon fonctionnement de leur système informatique. En effet, un pré-requis pour que des liaisons EDI soient établies entre les partenaires, est qu'ils possèdent des systèmes aptes techniquement à émettre puis à recevoir les messages. Cela comprend les périphériques informatiques dédiés à la communication, le matériel de base capable de pré-traiter ou de post-traiter les messages et aussi les logiciels de traduction EDI qui généreront les messages normalisés à partir des applicatifs de l'entreprise.

La clause d'acceptation de l'EDI relève également de l'aspect juridique. Les parties dans une clause spécifique acceptent expressément l'usage de l'EDI. C'est la substance même du lien contractuel : chacun donne son accord pour faire de l'EDI et le consentement des parties se rencontre sur la valeur que possèdera l'EDI dans leur communication globale. En effet, la communication inter-entreprise restera encore, en volume et en temps, largement dominée par l'usage du papier. Par ce type de clause, les parties précisent seulement la part qui revient à l'EDI.

Cette interférence oblige à préciser contractuellement l'attitude des parties en cas de concurrence de messages identiques sur support différent ; que faire en effet, si une transaction EDI est doublée par le document écrit sur papier correspondant ? quel est celui qui doit faire foi ? ...

Les clauses relatives à la rapidité du traitement des messages sont un autre exemple de clauses juridiques à ne pas négliger. Un des bénéfices de l'EDI est un gain en temps, gain qu'il ne faut pas gâcher en négligeant d'exploiter les messages dès leur arrivée. Les entreprises doivent à cet égard prévoir une procédure de réception et une remise au destinataire final dans les meilleurs délais. Une telle procédure existe peut-être déjà à propos de la réception et de la ventilation des fax. Elle dépendra aussi du type de service de télécommunications utilisé pour la transmission : certains services ont une délivrance instantanée, à condition qu'un terminal soit branché. Si, au contraire, on utilise un service de messagerie X400, on prendra garde à relever régulièrement la boîte à lettre.

Enfin, on peut citer les dispositions relatives aux données à caractère personnel. Quelques rares messages sont en cours de normalisation qui ont trait à

des listes nominatives. Cet aspect est à couvrir par le respect de la législation Informatique et Liberté. D'autant plus qu'avec l'application de la directive communautaire sur les données à caractère personnel (8); une généralisation s'ensuivra dans les pays européens.

On a pu voir dans l'intervention précédente que la validation juridique du passage d'un document papier à un message EDI devait respecter le formalisme juridique. Les parties au contrat devront ainsi le préciser expressément selon les messages qu'ils désirent employer.

Si les documents juridiques de formalisme libre ne posent pas de difficultés pour leur transformation en documents électroniques, il en va différemment des documents pour lesquels le formalisme est contraignant. Ainsi l'usage d'une facture électronique de type « INVOIC » implique pour sa validation juridique entre les parties, mais surtout envers l'administration fiscale, de remplir les conditions et de respecter la procédure prévue par l'article 47 de la loi de finances rectificative pour 1990.

La tâche des parties sera en cette question encore plus rude avec les documents à formalisme strict, comme pour les effets et les documents négociables du type « connaissance » (la navigation maritime) ou « lettre de voiture » (transport terrestre). Faire de l'EDI en dématérialisant ce type de document, c'est se placer à côté de la loi. Les messages électroniques correspondants qui ne répondront pas aux exigences légales ne pourront être utilisés qu'à titre d'information, au bénéfice de l'accélération des échanges due aux nouvelles technologies.

Pour respecter la loi, il est conseillé dès lors d'expédier l'original écrit par voie postale concurrentement. Un autre remède est de renoncer au caractère de négociabilité. Comme le conseille la Chambre maritime internationale (CMI), le connaissance négociable est abandonné au profit du connaissance ordinaire (non négociable).

Outre les questions relatives au formalisme, les parties doivent prévoir les dispositions en matière de preuve. Quel que soit le degré de formalisme des documents, la question de la preuve doit être résolue. Ainsi la disparition de l'original écrit sera remplacé par la meilleure des copies au point de vue juridique. Quoique l'appellation copie ne se justifie plus en l'absence d'un original. Tant que les tribunaux ou le législateur ne se seront pas prononcés en faveur de l'original électronique, on s'en tiendra à la « copie fidèle et durable ». En cette matière, l'emploi d'un vecteur de communication sécurisé sera significatif.

Enfin, le contrat doit contenir des dispositions relatives à la conservation et à l'archivage des échanges

(8) Proposition de directive du Conseil des Communautés Européennes relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, *Bulletin Com.* (90-314), Final-Syn-287, le 13 septembre 1990.

électroniques. Les dispositions contractuelles devront également prendre en compte les durées d'archivage légal de certains documents. L'archivage de la facture donne un excellent exemple entre les durées que la doctrine conseille et celles que la procédure de l'article 47 de la loi de finance rectificative pour 1990 prévoit.

## 2. – Les questions techniques

Les questions techniques seront présentes dans une série de clauses, les unes définissant les termes techniques utilisés dans le contrat, les autres indiquant des choix qui auront été faits. Comme on le trouve dans de nombreux contrats relevant du domaine technique, on aura une clause relative aux définitions des termes employés dans le corps du contrat. En effet, il est ultérieurement plus facile de s'entendre ou de régler un différend, quand on parle de la même chose.

Ainsi les parties tireront profit du sens exact donné à des termes tels que « EDI », « message EDI », « normes », « identification », « authentification », « signature des données », « avis de réception fonctionnel », « manuel de l'utilisateur », etc.

Les parties auront ensuite à préciser leurs choix techniques. Le premier point est de fixer la norme utilisée. Cela peut être UN/EDIFACT, mais également une autre norme faisant l'objet du consensus le plus large possible (à l'exclusion des « normes-propritaire »). Les normes de l'EDI étant des normes langages, on précisera ensuite les messages normalisés utilisés. On dira par exemple qu'on retient « ODERS » ou « INVOIC » parmi les messages de services des Nations unies (UNSM) normalisés UN/EDIFACT. Cette précision est indispensable car on se contentera peut-être de quelques messages sur la totalité des UNSM disponibles. De plus, on disposera dans quelques temps de « subsets », c'est-à-dire de messages adaptés à l'usage de certaines professions ou de certains pays, sans compter les versions successives du même message (releases).

Par mesure de précaution, on peut faire référence aux règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission (UNCID)

élaborées par la Commission des Communautés. Sans être un processus de normalisation au sens traditionnel du terme, ce code de conduite permet d'indiquer où trouver la philosophie d'une question non-expressément traitée dans le contrat. n'en est pas moins un mécanisme de normalisation, celui visant à codifier les relations entre les partenaires commerciaux.

## 3. – Les questions de sécurité

La sécurité est indispensable dans des transactions EDI pour de multiples raisons. Lorsque l'EDI engagé par les partenaires est un EDI purement commercial (transport, distribution...), les parties désirent pour le moins la confidentialité de leurs échanges. L'exigence de sécurité est maximale lorsque les données sont confidentielles, secrètes ou stratégiques. Cela peut être le cas entre certaines grandes entreprises ou sur des matières nouvelles et confidentielles.

Enfin, les données échangées par certains professionnels (banques, assurances...) relèvent toutes en général du domaine confidentiel. C'est en particulier ce qui a motivé le développement d'une norme internationale autre qu'UN/EDIFACT et sécurisée au maximum pour les échanges entre banques et établissements financiers, « ETEBAC ».

Il serait trop long de détailler toutes les clauses d'un contrat d'interchange. Il convient simplement d'en énumérer la plupart, en ayant à l'esprit que le principal souci est de répondre aux impératifs de fraude et de piratage du réseau et du système. Ainsi on aura soin de prévoir, par exemple, des dispositions relatives à :

- l'accusé de réception fonctionnel,
- la non-répudiation,
- la méthode et les procédures de sécurité (chiffrement...),
- l'identification/authentification,
- la responsabilité des traitements sécuritaires.

Alain BENSOUSSAN

*Avocat associé,  
Cabinet Bensoussan.*

## La convention de preuve dans les accords d'interchange

par Alain BENSOUSSAN

Après avoir rappelé quelles étaient les données de la problématique de la preuve en informatique, Alain Bensoussan centre son analyse sur l'accord d'interchange et les intérêts qu'il peut présenter au regard des difficultés précédemment soulevées.