

L'IMPACT DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE SUR LE DROIT DE LA PREUVE FRANÇAIS

Jean-Louis NAVARRO

Volume 106, numéro 3, décembre 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045710ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045710ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

NAVARRO, J.-L. (2004). L'IMPACT DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE SUR LE DROIT DE LA PREUVE FRANÇAIS. *Revue du notariat*, 106(3), 471–491.
<https://doi.org/10.7202/1045710ar>

THÈME 3

Droit civil et technologies de l'information

L'IMPACT DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE SUR LE DROIT DE LA PREUVE FRANÇAIS

Jean-Louis NAVARRO*

I-	L'IMPACT SUR LES CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ	477
	A. L'écriture de l'écrit	477
	B. L'origine de l'écrit	480
II-	L'IMPACT SUR LES CRITÈRES PROBATOIRES	483
	A. La prédétermination de l'écrit	484
	B. La préconstitution de l'écrit	488

* Maître de conférences, Faculté de droit et science politique, Université Lumière Lyon 2.

1. Dans les systèmes de droit primitif, la justice privée n'était pas la seule, la justice sacrée existait, « où le juge était l'interprète de la divinité auprès du peuple »¹. Un caractère religieux s'attachait à la preuve : ordalie, serment, duel judiciaire. Le droit moderne a rationalisé les preuves. La preuve est devenue judiciaire. Elle s'appuie sur une démonstration s'organisant autour de la réalité des faits. La démonstration consiste à établir un lien entre la proposition avancée et la réalité des faits. Elle consiste à établir une correspondance entre l'allégation d'un demandeur et sa réalité. La preuve judiciaire doit faire ce lien². Mais cette recherche de preuve n'est pas forcément libre. « Le cadre du procès civil dans lequel se règle la contestation ne laisse pas les mêmes libertés d'investigation qu'en d'autres domaines. »³. La démonstration peut être plus ou moins contrainte suivant la proposition avancée.

2. Les rédacteurs du Code civil français dans les articles 1317 et suivants ont précisé l'efficacité des procédés ou modes de preuve et surtout leur admissibilité. La fiabilité de la démonstration n'obéira pas aux mêmes conditions suivant le système probatoire dans lequel on évolue. Deux conceptions s'opposent : le système dit légal ou encadré et le système dit moral ou libre. Dans le système encadré, l'admissibilité des procédés de preuve est strictement imposé ainsi que leur force probante. Le lien entre la proposition et la réalité doit emprunter une voie définie à l'avance par le législateur « pour éviter certains dangers (fraudes, subornation de témoins), qui lui paraissent de nature à obscurcir la vérité aux yeux du juge »⁴. « [L]a preuve légale tente d'obvier à une éventuelle faillibilité du juge, en lui donnant une conscience artificielle et en créant une vérité forcée. »⁵. Dans le système libre, la logique est inverse. Le

1. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit*, par Ph. Malaurie, Cujas, 1996, Paris, n° 300. Voir aussi : J. Ph. LEVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, Jean Bodin, 1965, t. XVII, p. 9 et s.

2. Voir en ce sens : D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance », (1993) *R.T.D. civ.* 499 et 500. Voir aussi : G.-H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, thèse, Paris, 1964.

3. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Encyclopédie Dalloz*, 1979, Recueil, V° Preuve, n° 3, p. 4.

4. P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, p. 561.

5. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, L.G.D.J., Paris, 1965, n° 305 ; André, *La neutralité du juge*, thèse, Paris, 1910, p. 17.

législateur n'intervient pas, tous les procédés de preuve sont recevables⁶. L'essentiel est de convaincre le juge. La fiabilité d'une démonstration est soumise à l'appréciation du juge. Le lien entre la proposition et la réalité est libre.

3. De manière générale, en France, et en matière civile, le système choisi est un système mixte. La distinction des actes et des faits juridiques sert de fondement à l'admissibilité des procédés de preuve. La preuve des faits juridiques est libre alors que, comme l'illustre l'article 1341, le Code civil limite l'admissibilité des procédés. Préciser les conditions d'admission des modes de preuve concernant les actes juridiques revêt assurément une importance considérable, accentuée par la neutralité du juge dans la recherche des preuves⁷. Cette précision est d'autant plus nécessaire que le système apparemment simple se complique par la multiplication d'exceptions et par la mise en place d'une hiérarchie s'organisant autour de différences probatoires. D'après l'article 1341, pour prouver un acte juridique, c'est essentiellement la preuve littérale qui est admise⁸. « [L]'aveu judiciaire et le serment décisoire n'ont plus d'intérêt pratique »⁹, tout comme au sein des preuves littérales, la taille, mode de preuve totalement désuet. La preuve littérale a une force probante conséquente en liant le juge. Ce principe est atténué, entre autres, par deux grands types d'exception¹⁰. Le

6. Liberté qui comporte certaines limites : le juge n'est pas autorisé au duel judiciaire ou à l'ordalie par exemple.

7. Neutralité particulièrement mise en lumière par Martin (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 5^e éd., tome XII, par E. Martin, Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1922, §749, p. 73), même si depuis ses fameuses notes cette neutralité a été fortement entamée. Voir sur ce point : J.B. DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », (1977) *R.T.D. civ.* 671. Voir aussi les travaux de H. Mostulsky, grand inspirateur du nouveau *Code de procédure civile* : *J.C.P.*, 1966.I.1996 ; *D.*, 1972., chr. 91.

8. Les écrits authentiques et sous seing privé, les livres d'un commerçant, certaines lettres missives, les registres et papiers domestiques et les tailles représentent le contenu de la notion de preuve littérale.

9. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, Premier volume : « Introduction à l'étude du droit », 11^e éd., par F. Chabas, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 391.

10. Les exceptions sont au nombre de six : l'accord des parties, exception résultant de l'article 1341 ; les petites affaires c'est-à-dire les actes juridiques inférieurs ou égaux à 800€ (sera de 1500€ à compter du 1^{er} janvier 2005), exception résultant de l'article 1341 ; le commencement de preuve par écrit, exception résultant de l'article 1347 ; les copies, exception résultant de l'article 1348 ; l'impossibilité de se procurer un écrit, exception résultant de l'article 1348 ; les opérations commerciales des commerçants, exception résultant de l'article 1341.

premier fondé sur l'article 1347 ou l'article 1348, alinéa 1 permet de déroger à l'article 1341 lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ou en cas d'impossibilité de se procurer un écrit¹¹. Le second fondé sur l'article 1348, alinéa 2 permet aussi d'y déroger lorsque l'original a disparu et qu'il existe une copie respectant les conditions de fidélité et de durabilité. Ces deux articles rendent admissibles d'autres types d'écrits que les écrits parfaits de l'article 1341 mais à force probante nettement plus faible. Cet ensemble constitué d'un principe et d'exceptions est source de confusions sur la notion d'écrit, car un écrit peut être admis en dehors des exigences de l'article 1341 en s'appuyant sur les articles 1347 ou 1348¹². Et il ne faut pas voir dans la réforme récente¹³ un éclaircissement, bien au contraire. La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 ne définit pas la notion d'écrit mais uniquement celle de preuve littérale. De plus, la dimension « électronique », immatérielle, s'ajoutant à celle traditionnelle, semble introduire une nouvelle catégorie d'écrit, une nouvelle exception. Ainsi envisagée, la notion d'écrit apparaît comme un regroupement d'écrits aux implications probatoires tout aussi diverses sans qu'apparaisse un contenu cohérent. Aucun lien conceptuel n'est établi entre ces diverses catégories d'écrits, donnant l'image d'une juxtaposition.

4. Pourtant, une systématisation de cette notion peut être envisagée en précisant son contenu au-delà de la notion de preuve littérale comme cela est souvent fait, et en essayant de concilier les conceptions traditionnelles et celles plus récentes. C'est en abordant les conceptions les plus récentes que l'impact des technologies de l'information sur la notion d'écrit en droit de la preuve sera juridiquement révélé. Une double précision s'impose immédiatement. Tout d'abord, il convient d'identifier ce que nous considérons comme des technologies de l'information en droit de la preuve.

11. Sur les raisons de cette exception, voir H. MAZEAUD, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit et la théorie générale des preuves*, thèse, Lyon, 1921, p. 81 et s.

12. Par exemple, un écrit sous seing privé ne respectant pas les obligations de forme sera déchu de son statut de preuve littérale mais pourra être retenu au titre d'un commencement de preuve par écrit.

13. P.Y. GAUTIER et X. LINANT de BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », JCP éd. E, n° 31-34, 3 août 2000, p. 1273 et s. ; E. CAPRIOLI, « Écrit et preuve électronique dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », JCP-Cahiers de droit de l'entreprise, n° 2, 2000, p. 1 et s. ; I. de LAMBERTERIE et J.-F. BLANCHETTE, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique : lecture critique, technique et juridique », JCP éd. E, n° 30, 26 juillet 2001, p. 1269 et s.

Dans ce domaine du droit, le phénomène le plus récent est incontestablement l'émergence de l'écrit électronique. Il s'agit du document qui a suscité, ces dernières années, le plus d'interrogations et de débats conduisant le législateur français à modifier le Code civil par l'intermédiaire de la loi du 13 mars 2000. Ce qui nous conduit naturellement à la seconde précision. Il ne faut pas confondre le fait que le droit accepte les nouvelles technologies de l'information en acceptant certains nouveaux écrits, que l'on regroupe sous l'appellation d'écrit électronique, et le fait que ces nouvelles technologies modifient, sur le fond, les règles de droit sous-tendant la définition de la notion d'écrit. Le véritable impact c'est le second, c'est le seul avec une dimension juridique. Ainsi, s'il est incontestable que les nouvelles technologies de l'information ont conduit à l'apparition de nouveaux écrits, il n'est pas certain qu'elles aient provoqué systématiquement une modification du droit sur le fond, même si certaines règles sont apparues ou ont pu être réécrites. Il faut se méfier des apparences et se demander si l'apparition de l'écrit électronique a eu un réel impact juridique, et si oui quelle est son importance.

5. Pour répondre à cette interrogation, on retiendra la double dimension de l'écrit. Les caractères d'un écrit peuvent être classés en deux catégories : la première tenant à l'appréciation de son admissibilité, la seconde à celle de sa force probante. Ces deux caractères représentent les deux dimensions de l'écrit. Dans un souci de cohérence, la systématisation de la notion d'écrit doit les considérer séparément, même si elles sont intimement liées. Les aborder simultanément conduit à se concentrer sur les caractères de l'écrit à conséquences probatoires, les conditions d'admissibilité n'étant pas en elles-mêmes distinguées. C'est l'approche que l'on rencontre le plus couramment¹⁴. En différenciant en revanche les deux dimensions de l'écrit, l'approche change en ne centrant plus la notion d'écrit sur des considérations probatoires, mais en décalant l'axe d'étude plus en amont, c'est-à-dire en n'envisageant que dans un second temps la force probante des écrits. Cette démarche conduit à se poser deux questions successives : quelles sont les

14. Pour s'en convaincre il suffit de se référer à la plupart des manuels traitant de la question. Les écrits sont exclusivement classés par rapport à leurs effets probants. Rares sont les auteurs évoquant des critères généraux d'admissibilité en dehors de tout aspect probatoire. Cette démarche, incontestablement pertinente pour le praticien ou l'étudiant en droit, est fortement critiquable d'un point de vue théorique. Elle empêche toute étude en perspective en mélangeant deux séries de caractéristiques fondamentalement distinctes.

caractères généraux d'admissibilité des écrits ? Puis, parmi ceux admissibles, quels sont les caractères les différenciant d'un point de vue probatoire ? En répondant à ces deux questions, une appréciation dissociée de l'impact de l'écrit électronique pourra alors être envisagée en distinguant d'un côté l'impact sur les critères d'admissibilité (I) et d'un autre, celui sur les critères probatoires (II). Cet impact pourra alors être apprécié suivant toutes les dimensions de la notion d'écrit sans s'arrêter au simple fait que le Code civil a été modifié.

I- L'IMPACT SUR LES CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ

6. C'est à partir d'une synthétisation des conditions générales d'admissibilité des écrits que les critères fondamentaux d'admissibilité apparaissent : l'écriture de l'écrit **(A)**, et son origine **(B)**. C'est donc par rapport à ces deux critères que nous apprécierons l'impact de l'introduction de l'écrit électronique.

A. L'écriture de l'écrit

7. Face à cette notion d'écriture une constatation s'impose : le droit français n'apporte aucune définition. Dans ce cadre, le recours aux sciences auxiliaires du droit, en particulier à l'Histoire, sera assurément d'un grand secours. D'après Higounet, l'écriture est née lorsque l'homme est passé de l'écriture synthétique à celle issue d'une décomposition de la phrase en ses éléments, les mots, et que chaque signe a désormais servi à noter un mot¹⁵. Mais l'écriture « moderne » n'est apparue que lors d'une étape suivante, lors de la notation des sons. En établissant un lien entre des éléments phonétiques représentés par des signes et les mots, on obtient un matériel infiniment plus restreint. On aboutit à l'écriture phonétique, ou encore, suivant le terme allemand, *Ideenschrift*, écriture des idées. Ce type d'écriture est alphabétique, c'est-à-dire qu'elle matérialise les sons par l'intermédiaire de lettres. Notre écriture est de ce type. On pourrait donc croire que seule l'écriture alphabétique est admissible. La notion de preuve littérale semble le suggérer, le terme littéral venant du latin *litteralis*, c'est-à-dire relatif aux lettres de l'alphabet. Mais le nouvel article 1316, introduit par la loi du 13 mars 2000, contredit cette étude étymologique en définissant la preuve littérale comme résultant d'une suite de

15. Ch. HIGOUNET, *L'écriture*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1996, Paris, p. 4.

lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible. Il est donc inexact de réduire la notion d'écriture à celle d'écriture phonétique¹⁶. Cette précision concernant la preuve littérale a été apportée dans un but d'une meilleure appréhension des écrits électroniques, mais peut-on considérer que ce nouvel article a modifié le droit positif français ? Si l'apparence suggère de répondre positivement, sur le fond c'est un non qui s'impose, car d'autres éléments préexistants allaient déjà (et vont toujours) dans ce même sens. Tout d'abord, en incluant parmi les preuves littérales, la taille, qui n'a rien à voir avec une quelconque écriture phonétique. Ensuite, concernant les autres modes de preuve aucune restriction n'est à remarquer, que l'on s'attache aux termes « actes » ou « titre » tels qu'ils sont employés dans les articles 1317 et suivants¹⁷, ou à celui d'« écriture » pour les articles 1323 et 1324. Ainsi, la notion d'écrit n'a jamais imposé une écriture phonétique. Le nouvel article 1316 n'apporte donc rien de nouveau sur le fond du droit.

8. On aboutira à la même conclusion concernant les instruments d'écriture et les substances utilisées qui ont fortement évolué sous l'influence des nouvelles technologies. Le droit français impose seulement la durabilité de l'inscription de l'information, ce qui explique l'obligation d'un support matériel¹⁸, le procédé d'écriture n'est que rarement imposé¹⁹, et ceci était le cas bien avant 2000. Ainsi, il a toujours pu être manuel ou mécanique, ou bien sûr électronique. De même aucune disposition n'a jamais imposé une quelconque substance, la Cour de cassation l'a récemment confirmé à propos de l'utilisation du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé²⁰.

9. Ainsi, que l'on s'attache aux formes, aux procédés, aux instruments d'écriture, aux substances utilisables, aucune limite n'est à noter juridiquement, et l'introduction de l'écrit électronique,

16. J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? », *Lamy, droit de l'informatique*, novembre et décembre 1988, n° 14, p. 12 du fasc. H.

17. Sur les notions d'acte et d'écrit voir M.A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J., Paris, 1975, p. 323.

18. En ce sens voir par exemple : A.F.N.O.R., N.F. Z 43-122, mai 1994, p. 10.

19. C'est le cas de l'article 970 du Code civil.

20. Com., 8 oct. 1996, *D. Affaires*, 1996, p. 1254 ; J. MESTRE, (1997) *R.T.D. civ.* 137.

sur ces points, n'a rien changé. Une approche juridique large s'impose depuis fort longtemps, intégrant les péripéties de l'évolution humaine, intégrant ses évolutions technologiques. Cette approche large apporte également et inévitablement ses conséquences sur les modes d'écriture. Pour les historiens, rejoignant ici le sens courant du terme, « [t]oute écriture est tracée, du point de vue matériel, sur un support [...] »²¹, ce qui leur fait considérer la reproduction par le disque ou le ruban magnétique comme une concurrente de l'écriture. Un enregistrement sur magnétophone n'est pas un écrit car les signes représentant les sons ne sont pas tracés d'un point de vue matériel. Par contre, en admettant un enregistrement magnétique comme commencement de preuve par écrit, la notion juridique d'écriture néglige cet aspect purement matériel inhérent à l'acception courante du terme.

Cette interprétation juridique de la notion d'écriture se répercute sur les supports matériels possibles allant jusqu'au dessus et au côté d'une machine à laver le linge²². Il est clair qu'ils ne se réduisent plus au papier²³, même s'il demeure le plus traditionnel, ou du moins, celui auquel on pense en premier. Les supports matériels acceptables s'étendent au fur et à mesure du développement de la technologie. Leur liste ne nous semble pas devoir être considérée comme limitative, et l'introduction de la loi du 13 mars 2000 ne change rien sur ce plan. Ainsi, afin de reproduire un acte, une bande magnétique peut être classée parmi les supports admis, les microfilms ou les microfiches également, et surtout rien n'a jamais fait obstacle aux disquettes informatiques, aux CD, ou encore aux disques durs d'ordinateur. Aucune restriction n'existait auparavant²⁴. Grâce aux assouplissements considérables à la fois de la jurisprudence et du législateur, le support à un acte juridique est,

21. Ch. HIGOUNET, *op. cit.*, p. 7.

22. Civ., 26 juin 1987, *J.C.P. Not.*, 1987.II.96, note Venandet.

23. J. HUET, « Formalisme et preuve en informatique et télématique : éléments de solution en matière de relations d'affaire continues ou de rapports contractuels occasionnels », *J.C.P.*, 1989.II.35, n° 2.

24. Notons de plus, comme le sous-entend la notion de copie, que le support matériel reproduisant un acte n'est pas forcément l'original. Ceci explique que les photocopies soient reconnues comme des écrits. Cela s'applique sans surprise au « fax » ou télécopie qui n'est qu'une photocopie à distance d'un original (Com., 2 décembre 1997, *J.C.P. E.*, 1998, n° 5, p. 178, note Th. Bonneau ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, n° 548 ; J. HUET, « La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex », *D.*, 1992, p. 33 et s.).

et surtout était déjà avant 2000, pour ainsi dire libre²⁵. Sur la notion d'écriture, l'impact lié à l'introduction de l'écrit électronique est nul. Qu'en sera-t-il concernant le second critère ?

B. L'origine de l'écrit

10. Tous les écrits répondant à la notion d'écriture ne sont pas pour autant admissibles. Seuls ceux ayant une origine précise le seront. Cette origine est représentée par la notion d'auteur, par la détermination de l'auteur de l'écrit. C'est par l'objet de la preuve que nous soulignerons le lien subjectif permettant de préciser le sens juridique à accorder à cette notion. Tous les droits dont une personne est titulaire ont été acquis par elle à la suite d'un acte ou d'un fait juridique. Il est nécessaire de prouver cet acte ou ce fait²⁶. Ainsi, l'objet de la preuve dans le domaine des actes juridiques est l'acte juridique. S'agissant du *negotium*, l'objet de la preuve s'attache à la manifestation de la volonté faite par une ou plusieurs personnes avec l'intention de créer, de modifier ou d'éteindre un droit ou une obligation. La preuve des actes juridiques consistera donc à prouver cette manifestation de volonté. Ne pouvant créer des preuves soi-même²⁷, il est évident que cette manifestation ne doit pas être exclusive de la personne qui l'invoque. La seule manifestation valable sera extérieure à cette personne. Ce sera celle, par exemple, de la partie cocontractante. Les auteurs sont donc les personnes dont on veut établir la manifestation de volonté²⁸. Seuls les écrits dont l'origine est attribuée à ces personnes sont admissibles. Évoluant dans la situation d'un procès, il s'agira de la partie adverse, l'écrit aura pour origine celui à qui on l'oppose.

25. En ce sens : J. LARRIEU, *op. cit.*, n° 21, p. 14 du facs. H. Par sa généralité, l'arrêt du 2 décembre 1997 en est une confirmation antérieure à 2000 : « l'arrêt du 2 décembre 1997 n'a pas vocation à se limiter à l'acte d'acceptation de la cession de créance professionnelle et que la télécopie, ou tout support informatique ou électronique, pourra [...] se voir reconnaître une force probatoire dans de très nombreux contextes ». Autrement dit, le type de support matériel utilisé n'est pas un obstacle à la qualification d'écrit.

26. N.C.P.C., art. 9 et art. 12, al. 1 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, thèse, Poitiers, 1954, p.1. Voir aussi F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, Paris, 1930, n° 205.

27. H. CROZE, « Informatique, preuve et sécurité juridique », *D.*, chr. 165, n°s 7 et s. ; A. BENSOUSSAN, « Informatique et droit de la preuve », dans *Travaux de l'A.F.D.I.*, Édition des Parques, Paris, 1987, p. 74. Principe confirmé récemment : Civ., 2 avr. 1996 (J. MESTRE, (1997) *RTD civ.*, janv.-mars) ; C.A. Aix-en-Provence, 28 nov. 1997, *Juris-Data* n° 047782.

28. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 403.

11. Cette définition de l'auteur exige une double précision. Tout d'abord, il n'est pas nécessaire que l'écrit soit l'œuvre matérielle de ces personnes. C'est par rapport au contenu de l'écrit que son origine doit être appréciée²⁹. La notion d'auteur intellectuel est sur ce point particulièrement explicite³⁰. On retrouve la même logique concernant ceux qui agissent en tant qu'intermédiaires. Ils peuvent rédiger l'acte, et dans certains cas, comme les notaires, le signer. Ils ne font que formaliser un écrit dont le contenu ne les concerne pas³¹. Ainsi, par exemple, « un acte notarié, ne peut, en général, former contre le notaire qui l'a reçu, un commencement de preuve par écrit des faits constatés ou énoncés dans cet acte »³².

Ensuite, il n'est pas non plus nécessaire que l'écrit émane directement des personnes considérées comme les auteurs. Dans ce cas, non seulement ils n'ont pas participé à l'élaboration matérielle de l'écrit, mais aussi, la manifestation de volonté semble apparemment ne pas les lier. Autrement dit, l'auteur n'est pas toujours et uniquement la personne dont la manifestation de volonté a été visible. D'un côté, il peut y avoir eu représentation. Le représentant « s'efface » pour laisser la place au représenté. Ainsi, les écrits émanant des représentants d'une partie au procès³³, ou à l'acte³⁴, ou encore des tuteurs dans les limites de leur administration, sont admissibles afin d'être opposés au représenté ou au pupille. D'un autre côté, sont assimilés à l'auteur³⁵ les ayants cause à titre universel. Ces personnes prennent la place du défunt. Elles seront alors considérées comme les auteurs de l'écrit alors que l'écrit n'est pas leur œuvre matérielle et n'émane pas directement d'eux.

29. En ce sens voir : AUBRY et RAU, *op. cit.*, §764, p. 349.

30. Req., 6 décembre 1933, *D.*, 1935.1.61, note Désiry ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, §758, note n° 11, p. 271.

31. Même s'ils doivent, pour certains, contrôler ce contenu. Le contenu de l'acte fera foi jusqu'à l'inscription en faux si l'officier public a contrôlé tout ce qui s'y trouve mentionné. Voir en ce sens : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, n° 668, note de bas de page n° 233, p. 649 ; G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Encyclopédie Dalloz*, 1979, Recueil, V° Preuve, n°s 1134 et s.

32. AUBRY et RAU, *op. cit.*, §764, p. 349. Toujours dans le même esprit, un enregistrement de la voix d'une personne par une autre pourra être opposé à la première alors qu'il s'agit de l'œuvre matérielle de la seconde.

33. Et ceux l'ayant représentée (voir art. 1347, al. 2). Voir : Civ., 19 déc. 1995, *Juris-Data*, n° 003728.

34. Concernant les représentants d'une partie à l'acte, voir par exemple : Civ 1^{er}, 4 décembre 1984, *Bull. civ.*, I, n° 324, p. 276 ; *Gaz. pal.*, 1985, panor p. 92, obs. S. Piédelièvre ; *Defrénois*, 1985, art. 33600, chron. jur. civ. gén., n° 95, obs. Vermelle ; Civ. 1^{re}, 28 juin 1989, *R.T.D. civ.*, 1990, p. 286, obs. J. Mestre.

35. Pris dans le sens : auteur de l'écrit.

12. En définissant ainsi l'origine des écrits admissibles, une conséquence logique sur le rôle de l'écrit apparaît : il doit permettre une appréciation de la manifestation de volonté à établir. L'idéal demeure la reproduction par l'écrit de l'acte juridique. L'appréciation est alors complète et directe. Mais cette appréciation n'est pas toujours possible, comme dans le cas où aucun écrit reproduisant l'acte juridique n'existe. Cette appréciation utilisera d'autres voies et se fera indirectement. La connaissance de la manifestation de volonté sera alors incomplète, mais son appréciation sera tout de même possible. On s'intéressera alors aux écrits contenant des informations rendant l'acte juridique vraisemblable³⁶. Dans ce cas on « établit donc, non pas directement l'acte que l'on veut prouver, mais un fait voisin, et qui rend son existence non seulement possible, mais vraisemblable »³⁷. Il appartient au juge d'apprécier cette vraisemblance. Comme l'a exprimé Bartin, nous sommes en présence d'un déplacement de la preuve³⁸. À ces écrits s'ajoutent les constatations faites par un juge au cours d'un procès. « [D]es déclarations verbales, lorsqu'elles sont constatées par un écrit, peuvent valoir comme commencement de preuve par écrit. Même l'inaction ou le silence d'une partie relatés dans un écrit peuvent être retenus. »³⁹. Ainsi, en admettant une appréciation indirecte et incomplète de la manifestation de volonté de l'auteur, le contenu des écrits ne se résume pas uniquement à l'acte juridique, ne se résume pas uniquement au *negotium*. L'écrit ne reproduira pas forcément l'acte juridique, il peut être simplement son expression. Une expression rendant son existence vraisemblable.

13. Qu'en est-il maintenant de l'impact de la notion d'écrit électronique sur ce critère ? De toute évidence, il est nul, mais cette fois-ci non pas parce que le droit positif antérieur était suffisant, mais parce que sur ce critère la notion d'écrit électronique est sans conséquence. Mais ne nous trompons pas, cela affaiblit d'autant l'impact que nous cherchons à révéler. À l'évidence, la notion d'écrit est, et a toujours été, une notion comportant très peu de restrictions dans ses critères de détermination généraux. Que l'on se

36. Par exemple : la Cour d'appel de Caen a retenu comme commencement de preuve par écrit d'un contrat de prêt, la photocopie de la reconnaissance de dette écrite et signée par le débiteur, qui ne contestait ni l'existence de l'acte ni la conformité de la photocopie à l'original, selon lui détruit (C.A. Caen, 2 avr. 1992, arrêt n° 319 D).

37. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 398-1.

38. AUBRY et RAU, *op. cit.*, §749, note n° 10 bis, p. 78.

39. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 668.

tourne vers la notion d'écriture ou l'origine de l'écrit, une approche très ouverte s'est imposée. Seule limite : l'écrit doit avoir pour origine celui à qui on l'oppose. « [I]l faut donc interpréter le mot « écrit » dans un sens large et compréhensif. »⁴⁰. Ainsi, les écrits admissibles issus de la combinaison des critères pour la qualification d'écrit ne sont pas infinis mais assurément potentiellement très nombreux⁴¹. Admettre cependant une grande variété d'écrits comme procédé de preuve ne signifie pas qu'ils soient tous appréciés de la même manière. L'effet probatoire des écrits admissibles par les combinaisons possibles des notions d'écriture et d'auteur n'est pas uniforme. Des distinctions importantes apparaissent, s'articulant autour de notre second rideau de critères. Par ces différences probatoires, une hiérarchisation des écrits naîtra, illustration de leur différenciation. Notre recherche de l'impact de l'écrit électronique sur la notion d'écrit suivra, bien évidemment ces différenciations probatoires. Si l'impact de l'écrit électronique sur l'admissibilité des écrits est nul, cela ne signifie pas nécessairement que ce sera le cas sur un plan probatoire. Mais cela nous permet d'ores et déjà d'affirmer que l'introduction de l'écrit électronique n'a en aucun cas influé sur les critères d'admissibilité, autrement dit, avant la réforme de 2000, ils étaient déjà parfaitement admissibles. La constatation est importante.

II- L'IMPACT SUR LES CRITÈRES PROBATOIRES

14. Les critères pour la qualification des écrits serviront de pivot à leur hiérarchisation. Ils permettront de distinguer les écrits par rapport à leurs effets probatoires en nous permettant, du même coup, de souligner l'absence ou l'existence d'un impact sur ces critères.

Ces critères complètent les précédents en précisant les subdivisions à conséquence probatoire au sein de la notion d'écrit. Sur ce plan, trois catégories d'écrits émergent : ceux qualifiés d'authentiques, ceux qualifiés de sous seing privé, et les autres, ceux que nous qualifierons d'ordinaires. On accorde à chaque catégorie des forces probantes distinctes, même si des regroupements sont possibles. Les deux premières catégories représentent

40. Alger, 18 novembre 1931, *D.*, 1934, p. 115.

41. R. MEURISSE, « Le déclin de la preuve par écrit », *Gaz. pal.*, 1951, 2, p. 50 et s. ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, Études Rippert, tome 1, p. 93, n° 19.

le contenu de la notion de preuve que nous qualifierons d'absolue. Il s'agit des écrits instrumentaires. Ce sont des écrits à grande force probante. Ils font non seulement pleine preuve, ils n'ont pas à être complétés, ils s'imposent au juge, mais aussi, ils ne peuvent pas être combattus librement. La troisième catégorie représentant le contenu de la notion de preuve qu'on pourrait qualifier de relative : ce sont des écrits à force probante nettement plus faible. Soit ils rendent simplement la preuve libre afin d'être complétés (ex. : commencement de preuve par écrit), ou encore afin d'être combattus (ex. : les copies fidèles et durables, les registres et papiers domestiques respectant l'article 1331). Soit le juge apprécie librement la force de conviction qui s'en dégage (ex. : les livres de commerce). Il y a donc d'une part les écrits retirant au magistrat son pouvoir d'appréciation, et d'autre part, ceux lui redonnant ce pouvoir plus ou moins directement⁴². C'est sous cet angle que se justifie notre distinction entre preuve absolue et preuve relative. C'est sous cet angle que les subdivisions de la notion d'écrit se dessineront à travers une série de critères représentée par deux notions : la notion de prédétermination **(A)** et la notion de préconstitution **(B)**. C'est par rapport à ces deux notions que l'impact de l'écrit électronique sera apprécié.

A. La prédétermination de l'écrit

15. Il faut, pour la qualification d'écrit, un ou des auteurs. Se pose ici le problème de leur identification, c'est-à-dire qu'il faut être certain que la ou les personnes sont l'auteur ou les auteurs de l'écrit. De plus, il faut être certain de leur adhésion volontaire. Un lien fiable est nécessaire entre la notion d'écriture et celle d'auteur. Il faut que l'auteur indique sa volonté de s'approprier l'écrit. Sur ce point le droit ne témoigne pas d'une très grande originalité puisqu'il n'admet qu'une seule technique : la signature⁴³. La définition de la signature donnée par l'article 1316-4, alinéa 1 est sans ambiguïté : « Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».

42. Pour un raisonnement très proche voir : F. CHAMOIX, *op. cit.*, n° 11.

43. V.D. LAMÉTHE, « Réflexions sur la signature », *Gaz. pal.*, 1976, 1, p. 74 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction : les personnes*, P.U.F., n° 57.

16. L'appartenance à la catégorie de preuve absolue passe par l'existence de la signature de la personne à l'origine de l'écrit ou de la signature d'un officier public. C'est une exigence prédéterminée, seule cette technique d'appropriation est admise. Ainsi, seul un écrit signé par la personne à son origine pourra être qualifié d'écrit sous seing privé. De même, seul un écrit signé par un officier public pourra être qualifié d'authentique⁴⁴, c'est le cas des actes notariés⁴⁵. Mais l'obligation de respecter cette unique technique d'appropriation reste cantonnée à la preuve littérale, aux preuves absolues. Autrement dit, l'absence de signature ne conduit pas forcément à refuser l'écrit comme procédé de preuve. Ainsi, en cas d'absence ou de signature non valable, un écrit peut tout de même être considéré comme un écrit ordinaire dont l'effet probatoire pourra découler de sa reconnaissance comme commencement de preuve par écrit, ou comme copie, ou de l'hypothèse d'impossibilité de prouver par écrit aux termes des articles 1330, 1331, 1347 et 1348. Mais même s'il s'agit d'un écrit ordinaire, il faut malgré tout être certain de son origine et de l'adhésion volontaire de la personne. La distinction par rapport à la preuve littérale résidera dans la technique utilisable. Le lien entre l'écrit et la personne ne passera pas par la signature⁴⁶. Il passera par la graphologie⁴⁷, ou encore, par toutes les techniques permettant de qualifier une copie de fidèle. En fait, peu importe la technique, l'essentiel étant de convaincre le juge. Mais quelle que soit la technique et aussi fiable soit-elle, juridiquement elle ne sera jamais considérée comme suffisante⁴⁸. Seules les deux précédentes le sont. La Cour de cassation le reconnaît implicitement en conditionnant les notions d'intégrité et d'imputabilité à une vérification ou à une absence de contestation. Elle le reconnaît explicitement en écartant, pour absence de signature, le télex en matière d'aval d'une lettre de change⁴⁹.

44. La signature de l'officier public va garantir son origine et la volonté de la ou des personnes à y adhérer.

45. Notons le cas des copies de plus de trente ans qui en cas de perte de l'original font foi (art. 1335,2°).

46. En ce sens : Com., 2 décembre 1997, J.C.P., 1998, n° 5, p. 178, II, note Th. Bonneau ; P. CATALA et P.-Y. GAUTIER, « L'audace technologique à la cour de cassation, vers la libéralisation de la preuve contractuelle », J.C.P., 1998, n° 23, p. 884.

47. Rapport d'étape du groupe de travail de l'O.J.T.I., mai 1992, p. 6.

48. Sur la signature informatique : Montpellier, 9 avril 1987, *R.T.D. civ.*, 1988, p. 758, obs. J. Mestre ; *R.T.D. com.*, 1988, p. 269, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

49. Com., 26 nov. 1996, J.C.P. éd. E, 1997, II, 906, note T. Bonneau ; *Quot. jur.*, 28 janv. 1997, p. 10 ; D. 1997, somm. p. 262, obs. M. Cabrillac.

17. La signature représente le premier critère de subdivision des écrits en distinguant, non seulement, les écrits considérés comme des preuves relatives avec ceux considérés comme des preuves absolues, mais aussi, parmi ces derniers, ceux qualifiés d'actes authentiques et ceux qualifiés d'actes sous seing privé. Mais ces implications théoriques ne s'arrêtent pas là. Elles se poursuivent sur le choix du support utilisable. C'est à ce seul niveau qu'apparaît l'impact de la notion d'écrit électronique par l'introduction officielle dans le droit positif français de la signature électronique. La loi du 13 mars 2000 apporte pour la première fois dans notre droit positif une définition légale de la signature. L'innovation s'arrête là, car paradoxalement cette définition ne dit pas ce qu'est une signature, elle ne précise que son rôle, sa fonction juridique (voir *supra*). Ainsi, les interprétations traditionnelles⁵⁰ s'attachant à préciser ce qu'est une signature matériellement, au-delà de sa fonction juridique, ne sont donc pas remis en cause. Seule l'introduction de la signature électronique permet d'apporter une nuance, à notre avis une exception.

18. L'interprétation traditionnelle de la signature conduit à limiter les supports utilisables en imposant en particulier trois conséquences : tout en admettant la séparation de la signature et du nom patronymique⁵¹, la signature ne saurait être remplacée par une croix, un dessin, l'apposition d'un sceau ou d'empreintes digitales⁵² car si l'identification est certaine, l'adhésion ne l'est pas ; elle doit être originale, ce qui interdit tout procédé de reproduction de signature⁵³ ; elle doit être rédigée à la main, ce qui interdit toute signature de type mécanique. Ceci limite les types de signatures possibles : la signature consiste exclusivement en un signe original écrit à la main. C'est cette conception de la signature qui conditionne le support utilisable.

Tout d'abord ce support doit être l'original, une signature ne pouvant être une reproduction. Ceci explique que même les copies fidèles et durables d'un écrit sous seing privé n'ont pas la même

50. F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 522.

51. J.-M. LELOUP, « Le pseudonyme », *R.T.D. civ.*, 1963-449 ; Req., 20 octobre 1908, *D.*, 1910-1-291 ; E. NORMAND, *De la signature des actes authentiques et privés*, thèse Rennes, 1930, p. 27 ; J. PLAS, *La signature. Condition de forme et manifestation de volonté*, thèse Poitiers, 1935, p. 37 et s.

52. Req., 8 juillet 1903, *D.*, 1903.1.507 ; Soc., 26 novembre 1987, *R.T.D. civ.*, 1988, p. 756, obs. J. Mestre.

53. Rennes, 22 novembre 1957, *D.*, 1958, 631, note J. Chevallier.

force probante que l'original⁵⁴. Conséquemment, un original sera l'écrit sur lequel est apposée une signature originale.

Ensuite, la signature doit être écrite à la main. Le support doit donc permettre une écriture tracée d'un point de vue matériel, que l'écriture soit mécanique, électronique ou à la main. Cette exigence exclut certains supports pourtant englobés dans la notion d'écriture. Ce sera le cas des bandes magnétiques mais aussi celles audiovisuelles. La seule exception concernerait, peut-être, les testaments dans la forme mystique et une autre concernerait, certainement, les supports électroniques par l'introduction à l'article 1316-4 de la signature électronique. L'impact de l'écrit électronique sur la notion d'écrit est certain. Par l'introduction de la signature électronique, il est possible maintenant d'admettre comme preuve absolue des écrits qui auparavant ne pouvaient pas être admis à ce niveau probatoire du fait de leur support ou, plus précisément, de leur impossibilité de respecter le notion traditionnelle de signature.

19. Ainsi, un écrit afin d'être qualifié d'authentique ou de sous seing privé ne pourra, en règle générale, utiliser qu'un support original permettant une écriture tracée d'un point de vue matériel. À part rechercher une certaine fantaisie avec l'emploi, par exemple, d'un parchemin, toutefois admissible, le papier sera le plus couramment rencontré. Tous les supports ne permettant pas le respect de la notion de signature rejettent automatiquement les écrits les utilisant parmi ceux ordinaires, sans autres considérations. À cette règle générale, il convient de préciser une très importante exception pour l'écrit électronique. Ce type d'écrit pourra utiliser un support électronique, le lien fiable entre l'écrit et la personne à son origine passant par la signature électronique. Conformément aux articles 1316-1 et 1316-3, l'acte sous seing privé électronique a la même force probante que celui sur support papier. Aucune hiérarchisation ne doit être établie entre eux. Tous les deux font partie de la catégorie des preuves littérales, des preuves absolues. Il s'agit d'un nouveau type de preuve littérale dont l'originalité découle exclusivement de la notion de signature électronique qui, en écartant l'interprétation traditionnelle, écarte les supports permettant une écriture tracée d'un point de vue matériel pour laisser la place aux supports électroniques, parfaitement admissibles conformément à la notion d'écriture qui, comme on le sait, n'apporte aucune restriction sur ce plan. L'innovation n'est pas négligeable. L'impact de l'écrit électronique sur la notion de preuve littérale est remarquable.

De manière générale et quel que soit le type d'écrit, la notion de signature et toutes ses contraintes caractérisent l'*instrumentum*. Ce sera aussi le cas de la notion de préconstitution.

B. La préconstitution de l'écrit

20. Nous sommes en présence d'un acte juridique lorsque le changement de la situation juridique d'une personne a été voulue par cette dernière. Traditionnellement, on considère que cette existence de volonté explique la sévérité du législateur concernant la preuve des actes juridiques. La volonté étant préexistante, il est possible de la consigner par écrit. Il est possible de préconstituer un écrit constatant cette manifestation de volonté afin d'en faire la preuve. L'écrit sera rédigé avant que le litige ne survienne. Il sera rédigé au moment où la manifestation de volonté a lieu. Il préexistera. Ainsi, un écrit respectueux de la notion de préconstitution reproduira l'acte juridique et préexistera. La notion de préconstitution se répercute donc sur le contenu de l'écrit et sur le moment de sa rédaction.

21. Trois catégories d'écrits s'intègrent à cette définition : les écrits authentiques, sous seing privé (traditionnel ou électronique), et les copies⁵⁵. Ces écrits sont conçus dans l'objectif unique de conserver la preuve de leur manifestation de volonté en reproduisant l'acte juridique. Mais il ne faut pas en déduire que seuls les écrits rédigés en vue de faire preuve puissent être considérés comme des *instrumenta*. La notion de préconstitution n'est pas dépendante de la fonction attribuée à l'écrit. Dans le respect de la notion de prédétermination, un écrit peut préexister et reproduire l'acte juridique, et donc être considéré comme une preuve absolue, sans forcément avoir été rédigé dans le but de faire preuve. Ainsi, une lettre missive, qui n'a pas été rédigée en vue de faire preuve, si elle contient l'acte juridique et est signée pourra être qualifiée d'écrit sous seing privé et devra donc être considérée comme un écrit instrumentaire. L'*instrumentum* ne doit pas s'apprécier d'un point de vue fonctionnel. Il n'est pas forcément un écrit dressé

54. M. VION, *op. cit.*, plus particulièrement nos 5 à 8 ; Civ., 9 mai 1996, Juris-Data n° 001784.

55. Voir en ce sens : J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 670.

directement en vue de faire preuve⁵⁶. Le respect de la notion de préconstitution impose seulement la préexistence de l'écrit et la reproduction de l'acte juridique.

22. Mais ce respect ne s'applique pas à tous les écrits admissibles. Par exemple, ceux admis par le biais de l'article 1347 s'en écartent, écartant du même coup la notion d'écrit de celle de préconstitution. Certains écrits seront admis alors qu'ils ne reproduisent pas systématiquement l'acte juridique⁵⁷. Ils ne permettent pas une connaissance directe et complète de l'acte juridique. Ils permettent seulement de rendre son existence vraisemblable, même s'ils préexistent au litige⁵⁸. Bien plus, dans certains cas, l'écrit n'est même pas préexistant. Il peut naître au cours du procès, en admettant les paroles prononcées ou l'attitude du plaideur comme des commencements de preuve par écrit. « Il s'agit là [...] d'une remise en cause de l'idée de preuve préconstituée. »⁵⁹.

23. La notion de préconstitution organise donc une distinction par rapport au contenu des écrits et le moment de leur rédaction. Ce premier aspect de la notion de préconstitution constitue un critère de subdivision des écrits en distinguant, à la fois, les écrits authentiques, sous seing privé, et les copies avec les autres, mais aussi, parmi les écrits ordinaires, les copies des autres. L'écrit électronique, pareillement au critère consacré à l'origine de l'écrit, est sans influence sur la notion de préconstitution, et ceci pour les mêmes raisons.

24. Les notions de prédétermination et de préconstitution sont les notions charnières servant de pivot à la différenciation des écrits. Elles représentent les fondements conceptuels à l'évaluation

56. L'amalgame est compréhensible. L'*instrumentum* fait toujours preuve du *negotium*, mais il n'est pas toujours pensé pour cette fonction. Définir l'*instrumentum* par rapport à cette fonction est un raccourci rapide pouvant conduire à l'erreur en considérant que seuls les écrits conçus à cette fin sont des *instrumenta*. Ce qui est faux comme l'illustre le cas des lettres missives.

57. Pas systématiquement, car des écrits authentiques ou/et sous seing privé ne respectant pas certaines conditions de forme pourront être considérés comme des commencements de preuve par écrit. Pourtant ces écrits à l'origine étaient établis pour servir de preuve.

58. Les livres de commerçant, qui peuvent à travers une écriture comptable rendre l'acte juridique vraisemblable.

59. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 398. Voir aussi : X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 295 et 295, n° 176.

probatoire des écrits. Elles agissent, par les contraintes qui en découlent, comme une série de cercles concentriques délimitant le noyau central des écrits considérés comme des preuves absolues, écrits retirant au magistrat son pouvoir d'appréciation. Il s'agira uniquement des écrits dont l'origine est attribuée, dans le respect de la notion de signature, à la ou aux personnes dont on veut établir la manifestation de volonté, et qui reproduisent, par l'intermédiaire d'une écriture tracée d'un point de vue matériel, l'acte juridique, quasi obligatoirement sur un support papier, et dans certains cas suivant des contraintes de forme. La subdivision entre écrit authentique et sous seing privé passe par l'origine de la signature et la nature des contraintes de forme. Dans le respect des notions d'écriture et d'auteur, tous les autres écrits seront rejetés en preuve relative. Il s'agit des écrits ordinaires. En suivant cette logique nous avons pu souligner l'impact de l'introduction de l'écrit électronique dans le droit de la preuve. Nous avons constaté que cet impact se résume à l'introduction de la notion de signature électronique. Événement assurément important mais qu'il ne faut pas surestimer et ceci pour deux raisons.

Tout d'abord, il ne concerne pas l'admissibilité des écrits électroniques. On l'a vu, avant l'introduction de la signature électronique, rien n'interdisait les supports électroniques. Un écrit électronique était donc parfaitement admissible comme moyen de preuve en tant qu'écrit ordinaire⁶⁰.

Ensuite, la reconnaissance de la signature électronique n'a de conséquences que sur un plan probatoire. Conséquences qu'il ne faut pas négliger car elles permettent de classer l'écrit électronique parmi les actes sous seing privé, mais qu'il faut relativiser. Avant l'introduction de la signature électronique, le Code civil français ne donnait, et c'est toujours le cas à l'heure actuelle, aucune définition de ce qu'est la signature⁶¹. La conception traditionnelle de la signature évoquée précédemment est d'origine prétorienne, cela signifie qu'une autre interprétation était toujours possible. Une interprétation qui aurait conduit à admettre une signature sur un support électronique et qui aurait donc permis d'admettre parmi les actes sous seing privé, les écrits électroniques. Connaissant la force des traditions chez les juristes français, cela ne se serait pas

60. Ce sera également le cas lorsque la signature ne respecte pas les conditions techniques fixées par le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001.

61. L'article 1316-4, al. 1 du Code civil ne présente que son rôle.

fait sans mal. Il est donc évident que l'intervention du législateur sur ce point a le mérite de clore le débat. Incontestablement, l'écrit électronique fait maintenant partie des preuves littérales, alors qu'avant il était classé parmi les preuves ordinaires. Il s'agit d'une belle promotion, mais qu'il faut fortement nuancer cette fois-ci sur un plan pratique.

Nous nous situons dans le régime légal, les moyens de preuve sont encadrés. Ce régime s'applique à la preuve de tous les actes juridiques en matière civile, mais uniquement si la valeur de l'acte est supérieure à 800€ (ce nombre passera d'ailleurs à 1500€ au 01/01/05). Dès lors que l'on se situe à ce seuil, ou en dessous, la preuve est libre, et la notion de preuve littérale n'a plus de sens. Il n'est pas nécessaire d'effectuer des études statistiques poussées pour être convaincu que la plupart des actes juridiques en matière civile seront égaux ou en dessous de ce seuil. Ainsi, seule une minorité d'actes sont concernés, d'autant moins que le système imaginé par le législateur pour garantir la fiabilité de la signature électronique est extrêmement lourd. Lorsque le législateur parle de signature électronique, il ne s'agit pas de n'importe laquelle. À travers le décret n° 2001-272 du 23 mars 2001, il a défini sa conception de la signature électronique. Sans entrer dans les détails, le système est pour le moins compliqué et onéreux en particulier en faisant intervenir des tiers certificateurs et par l'utilisation de matériel homologué. Une chose est claire : cette signature électronique ne concernera pas les actes de la vie courante, et pour les autres, on peut légitimement se demander si l'utilisation du papier n'est pas plus simple. Cette réforme ne nous semble pas avoir résolu les problèmes pratiques. La très grande majorité des écrits électroniques ne pourront être classés parmi les preuves littérales soit parce que la preuve sera libre, soit parce que les exigences du décret du 23 mars 2001 ne seront pas respectées. En s'adressant, dans les faits, à une minorité d'écrits électroniques on peut se demander si le législateur a atteint son objectif. Après un impact sur le fond du droit faible, la faiblesse des considérations pratiques conduit à porter un jugement pour le moins très nuancé sur l'importance de l'impact de l'écrit électronique en droit de la preuve français.