

# La télétransmission confrontée au droit de la preuve

## Un aspect de la banque à distance



**Pierre Villeroil**  
Responsable opérations de banque commerciale  
Crédit lyonnais

« **U**ne banque sans guichet, entretenant avec ses clients des relations d'affaires grâce à la télétransmission » voilà un slogan qui désormais ne relève plus de la fiction. Il recèle même actuellement un très fort pouvoir de séduction.

Une telle formule soulève néanmoins pour le juriste une interrogation de conséquence. Comment les opérations ainsi passées seront-elles établies et, en cas de contestations, le règlement de celles-ci sera-t-il possible ou, à tout le moins, n'en sera-t-il pas rendu plus difficile ?

Exprimé en termes techniques, la preuve des actes juridiques intervenant à l'occasion des relations nouées entre une banque et son client pourra-t-elle être administrée et les différends qui viendraient à les opposer pourront-ils trouver une solution judiciaire appropriée ?

L'interrogation mérite d'autant plus d'être posée que dans le domaine de la télétransmission la technologie évolue de façon considérable et est appelée à des progrès qualifiés de révolutionnaires par les spécialistes eux-mêmes.

D'ores et déjà, il est recouru dans la vie des affaires à la télétransmission pour communiquer l'écrit, la voix, l'image voire des « données » dématérialisées à l'effet de conclure des transactions.

Aussi bien, n'est-il pas sans intérêt d'examiner comment la télétransmission – scripturale, phonique et visuelle – est apte à prouver les actes ainsi que les faits juridiques et comment ces nouveaux modes de preuve, utilisés dans le domaine bancaire notamment, sont admis par les différentes juridictions.

Que vaut en effet un droit si son titulaire ne peut en rapporter la preuve en cas de litige ? A cet égard, la judiciarisation de la vie des affaires, pour utiliser un néologisme en vogue, donne un regain de jeunesse au vieil adage « idem est non esse et non probari ».

Assez curieusement, l'importance de la jurisprudence, d'un point de vue exclusivement quantitatif bien sûr, est loin d'être à la hauteur du nombre considérable de messages télétransmis. Les jugements et les arrêts prononcés en ce

domaine sont cependant suffisamment nombreux et caractérisés pour pouvoir dégager, sinon toujours des solutions définitives, du moins des orientations très précieuses pour les praticiens.

L'étude de la jurisprudence met en évidence, d'une part, que la preuve par la télétransmission se heurte à des principes juridiques lesquels comportent néanmoins certaines exceptions (I) et, d'autre part, que la télétransmission bénéficie d'une reconnaissance auprès des juridictions – quel que soit leur ordre – sans doute prudente mais certaine (II).

### I Des contraintes légales nuancées assorties d'exceptions.

Quelles sont les règles qui régissent la preuve dans les différents domaines où elle doit être administrée et celles-ci peuvent-elles être librement écartées par les parties ?

#### A Les dispositions légales

Les contraintes légales procèdent tout à la fois des règles relatives à la preuve telles qu'elles sont posées par le code civil et le code de commerce et de celles qui sont prescrites par le nouveau code de procédure civile, montrant ainsi le double rôle de la preuve en dehors de tout litige et lors de la survenance de celui-ci.

##### 1. Les règles édictées en matière civile

Si l'on fait abstraction des aménagements apportés par la loi du 12 juillet 1980, lesquels n'ont pas remis en cause les principes posés par le code civil, le droit de la preuve date de 1804 (1). Ces principes reposent, on le sait, sur le système de la preuve légale. Une énumération limitative des modes de preuve utilisables est donnée : l'écrit, les témoignages, les présomptions, l'aveu, le serment. De plus le code civil détermine les conditions d'admissibilité et la force probante de ces moyens.

Un tel système instaure une hiérarchie entre les différents modes de preuve, laquelle s'impose au juge, et limite son pouvoir d'appréciation. Cette hiérarchie consacre la prééminence de l'écrit. Tout différent est le système de l'intime conviction qui existe en droit pénal où la preuve par tous moyens est de règle. L'utilisation des différents moyens de preuve énumérés de manière limitative par le code civil n'est donc laissée ni à la discrétion des magistrats ni à celle des plaideurs d'ailleurs.

Rappelons que l'article 1341 du code civil pose le principe selon lequel la preuve de l'existence et du contenu d'un acte juridique doit résulter d'un document écrit, acte authentique ou le plus souvent sous seing privé assorti de la signature de son auteur aux fins d'identification et d'acquiescement (2).

L'écrit peut résulter aussi de simples lettres missives, ou de registres et papiers domestiques. Il s'agit d'une preuve préconstituée dès lors qu'elle est établie avant tout litige au moment où l'accord des parties intervient. Le seuil de 5 000 francs, inchangé depuis le décret du 15 juillet 1980, apparaît d'autant plus faible en pratique que, fréquemment, les articles 1342 et 1345 du code civil en limitent encore la portée.

En l'absence d'une définition légale de la signature, la jurisprudence, se conformant ainsi à l'usage, considère celle-ci comme étant la représentation graphique et manuscrite du nom patronymique de l'intéressé. La Cour de cassation estime donc que le seul paraphe ou l'empreinte digitale, ou bien encore une simple croix, sont insuffisants (3). La signature n'est toutefois pas le moyen exclusif d'imputation d'un acte. L'origine de celui-ci peut, en effet, être aussi établie par la seule écriture de son auteur.

Certes traditionnelle, cette conception de la signature comme mode d'identification apparaît, au regard des techniques actuelles d'authentification, comme étant de plus en plus contingente, voire même arbitraire. Il est en effet plus aisé de confectionner une signature apocryphe dont le «spécimen» fait l'objet d'une large et inévitable diffusion que de déceler, grâce à une nécessaire indiscrétion, un code dont le titulaire a seul connaissance (4).

Les autres modes de preuve n'ont évidemment pas la même portée. La preuve testimoniale peut être en effet écartée ou retenue en totalité ou partiellement par le juge, lequel dispose d'un pouvoir souverain à son sujet. Ce même pouvoir d'appréciation concerne les présomptions. Celles-ci sont abandonnées «aux lumières et à la prudence du magistrat» (art. 1353 c. civ.) ce dernier ne devant retenir que des «*présomptions graves, précises et concordantes*».

Quant à l'aveu, aux termes de l'article 1356 c. civ. il «*fait pleine foi contre celui qui l'a fait*» à la condition cependant qu'il soit intervenu devant le juge, l'aveu extrajudiciaire étant, de son côté, laissé à l'appréciation souveraine de celui-ci. Le serment, pour sa part, revêt un caractère supplétif sous ses deux formes.

Sans doute la règle posée par l'article 1341 c. civ. comporte-t-elle des exceptions. Il n'est pas sans intérêt de les rappeler pour vérifier si elles sont applicables en cas de télétransmission.

L'exception la plus importante en pratique est énoncée à l'article 1347 c. civ. Il s'agit du commencement de preuve par écrit, lequel en raison de son caractère imparfait doit être complété pour constituer une preuve décisive. Si le document peut revêtir des formes très diverses il est nécessaire, en revanche, d'une part, qu'il émane de la personne à qui on

l'oppose – nul ne peut lui-même se constituer des preuves en sa faveur – et, d'autre part, qu'il rende vraisemblable le fait allégué. Ce commencement de preuve par écrit doit par conséquent être complété par des témoignages ou des présomptions. Les tribunaux ont une conception assez large de la notion de commencement de preuve par écrit. C'est ainsi que les déclarations consignées dans une pièce de procédure ont été retenues comme commencement de preuve par écrit (5). Il en a été de même au sujet d'un chèque irrégulier (6).

Quant à l'article 1347 al. 3 c. civ. il assimile au commencement de preuve par écrit l'attitude d'une partie devant le juge, telle son absence de comparution devant lui. De son côté l'article 198 NCPC autorise le tribunal à tirer «toutes conséquences de droit» de l'absence d'une partie ou du refus de réponse de celle-ci. Le tribunal peut y voir un commencement de preuve par écrit. Il y a là une évolution libérale de la notion de commencement de preuve par écrit dès lors qu'il n'y a pas d'écrit émané de la personne à qui on l'oppose. En dépit de cette évolution, le recours à l'article 1347 c. civ. n'est finalement pas subordonné à l'existence d'un écrit, il n'est pas certain que les documents télétransmis puissent, toujours, satisfaire à la condition posée par cet article. Tel est notamment le cas lorsque le message fait l'objet de données dématérialisées.

L'autre exception est énoncée à l'article 1348 c. civ. Elle vise essentiellement le cas où une impossibilité matérielle ou bien une impossibilité morale a empêché l'une des parties de préconstituer une preuve de l'engagement dont elle bénéficie ou du fait qu'il lui incombe d'établir. Pareillement la perte du titre par suite d'un cas fortuit ou de force majeure autorise la preuve par témoignage ou présomption (article 1348 alinéa 1<sup>er</sup> in fine). La jurisprudence a souvent marqué une certaine souplesse dans l'application de ce texte et notamment dans la conception qu'elle se faisait de l'impossibilité morale d'obtenir un titre et de l'absence d'écrit résultant d'un usage. Malgré cette conception souple, il ne semble pas que l'on puisse faire bénéficier les utilisateurs de la télétransmission de ce texte. C'est en effet sciemment, et de manière délibérée, que les parties ont eu recours à un tel mode de transmission au lieu et place de la preuve écrite requise par l'article 1341 c. civ.

En revanche, la faculté offerte par la loi du 12 juillet 1980 – art. 1348 al. 2 – à la partie qui n'a pas conservé le titre original de présenter «*une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable*» ouvre de larges perspectives comme nous le verrons ultérieurement.

La prééminence de l'écrit déjà consacrée par l'article 1341 c. civ. a été encore rehaussée ces dernières années par un renouveau du formalisme – essentiellement scriptural – regardé comme protecteur. Il est recouru de plus en plus souvent à des mentions manuscrites imposées dont l'objet est d'éclairer les consommateurs ou les cautions sur la portée des obligations qu'ils souscrivent. Antérieurement seuls certains actes devaient respecter un formalisme particulier en raison de leur importance. Tel est le cas du testament olographe pour lequel l'article 970 c. civ. impose qu'il soit daté, écrit et signé de la main du testateur.

Cette renaissance du formalisme écrit est souvent difficilement compatible avec la télétransmission. Celui-ci concerne tout spécialement l'activité bancaire. C'est ainsi que la loi du 3 janvier 1972 modifiée par la loi du 14 décembre 1985 et complétée par celle du 31 décembre 1989 sur le démarchage en valeurs mobilières exige, en principe, l'envoi

d'une note d'information succincte sur chaque valeur proposée quelle que soit la forme du démarchage. L'article 2 vise également le démarchage par communications téléphoniques. De son côté la loi du 31 décembre 1987 sur le marché à terme impose l'envoi d'une note d'information par lettre recommandée avec avis de réception lors des opérations de démarchage. Avant l'expiration d'un délai de sept jours aucun engagement ne peut être recueilli et aucun fonds ne peuvent être reçus.

Quant aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers, ils font l'objet d'une réglementation particulière : remise obligatoire d'une offre écrite à laquelle est joint un bordereau de rétractation que le client doit signer de sa main.

Le démarchage et la vente à domicile de produits et de services non financiers font l'objet, eux aussi, d'une réglementation précise. Un écrit doit être remis au client comportant, à peine de nullité, certaines mentions ainsi que les conditions d'exercice de la faculté de renonciation. Tous les exemplaires doivent être signés et datés de la main du client. Cette réglementation s'applique à certaines formes de ventes opérées lors de réunions ou d'excursions.

La loi du 23 juin 1989 a complété (art. 2 bis nouveau) celle du 22 décembre 1972 pour viser le démarchage par téléphone ou «*par tout autre moyen technique assimilable*». Une confirmation écrite doit être adressée par le professionnel au consommateur, lequel n'est engagé que par sa signature. L'on sait qu'aux termes de l'art. 10 de la loi du 31 décembre 1989 les personnes physiques et morales peuvent demander à ne pas faire l'objet de démarchages effectués par telex ou télécopie en se faisant inscrire sur un fichier public. Cette inscription est gratuite aux termes du décret du 9 juillet 1991.

La vente à distance ainsi que les télé-achats ont, pour leur part, fait l'objet d'une réglementation précise concernant la preuve. Rappelons que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1988 vise toutes les ventes à distance : par correspondance, minitel, télévision, téléphone, etc., et que l'acheteur dispose d'un délai de sept jours pour retourner le produit sans pénalité. En outre, l'article 5 de la loi du 11 janvier 1992 prescrit que toute offre de vente adressée à distance à un consommateur doit indiquer le nom et l'adresse du professionnel ainsi que ses coordonnées téléphoniques.

Enfin, il convient de relever que le législateur précise souvent que l'engagement doit être revêtu de la «*signature manuscrite*» et impose fréquemment des clauses stéréotypées, des contrats standards ou bien des formules types.

## 2. Les règles édictées en matière commerciale

Les règles édictées par le code civil ne s'appliquent pas aux actes de commerce lesquels peuvent, comme les faits juridiques, se prouver librement en principe. Aux termes de l'article 109 du code de commerce la preuve peut être rapportée par tous moyens, entre commerçants, et à l'égard des commerçants. La preuve préconstituée est donc écartée en matière commerciale. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé le 19 mars 1980 «*que si le cautionnement doit être exprès, il peut, en matière commerciale, être prouvé par tous moyens*» (7). L'acte mixte peut également être prouvé par tous moyens, mais à l'égard du commerçant seulement.

Même les contrats pour lesquels le code civil dispose qu'ils doivent être établis par écrit, peuvent être prouvés par tous moyens. Ainsi, la chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle considéré qu'une transaction conclue en matière commerciale pouvait être prouvée librement malgré les

termes de l'article 2044 C. civ. al. 2. prescrivant sa conclusion par écrit (8).

Toutes les fois que l'acte sera justiciable de l'article 109 c. co. non seulement la formalité du double ne s'appliquera pas (9) ni celle du «*bon pour*» (10) mais la date certaine ne sera pas requise (11). L'existence même de l'acte pourra être établie librement sans qu'un commencement de preuve par écrit soit nécessaire (12).

Certaines conventions internationales prévoient que l'usage de la télétransmission est autorisé. C'est ainsi que la convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises écarte pour la formation du contrat toute exigence d'un écrit en son article 11. Elle précise en son article 13 que «*le terme "écrit" doit s'entendre également des communications adressées par télégrammes ou par télex*». De son côté les Règles et usances de la CCI relatives au crédit documentaire (Brochure n° 500 1994 art. 20 b), ainsi que celles relatives aux encaissements documentaires (Brochure n° 522 1996 art. 1 c, 12 a et 14 a) considèrent comme valables les documents produits par des systèmes automatisés ou informatisés.

La liberté de la preuve en matière commerciale souffre néanmoins de très nombreuses exceptions.

Parmi celles-ci on peut citer l'exigence de l'écrit pour les ventes et les nantissements de fonds de commerce aux termes de l'article 10 de la loi du 17 mars 1909 et de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Pareillement les statuts des sociétés doivent être établis par écrit aux termes de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1966, ainsi que le contrat de groupement économique aux termes de l'article 6 al. 1 de l'ordonnance du 23 septembre 1967.

Cette même exigence de l'écrit concerne des actes aussi différents que les cessions de brevet d'invention – art. 43 de la loi du 2 janvier 1968 – les ventes d'aéronefs ainsi que les hypothèques aériennes – art. L. 121-8 et L.122-5 du code de l'aviation civile, ou les ventes de navires ainsi que les hypothèques maritimes, articles 10 et 43 de la loi du 3 janvier 1967. Il convient néanmoins de relever que lorsqu'en matière commerciale la preuve par écrit est requise, la jurisprudence interprète souvent cette règle avec un grand pragmatisme. Ainsi dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997 la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que la vente d'un navire pouvait avoir été réalisée grâce à un bon de commande dès lors que les prescriptions de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1967 avaient été respectées (13).

L'exception la plus notable est celle concernant la signature des effets de commerce et des bordereaux de cession simplifiés de créance. La loi du 16 juin 1966 n'a cependant autorisé la signature par un procédé non manuscrit que pour certains engagements cambiaires. C'est ainsi que la signature «à la griffe» est autorisée pour le tireur d'une lettre de change et pour les endosseurs. Elle est, en revanche, refusée pour l'acceptation d'une lettre de change et pour l'aval. Il en va de même pour le chèque et le warrant. La loi du 2 janvier 1981 qui a autorisé la confection du bordereau de cession grâce à un listage informatif a permis, elle aussi, la signature du créancier cédant grâce à un procédé non manuscrit. En revanche à la différence des effets de commerce, la loi du 2 janvier 1981 n'a pas autorisé la signature «à la griffe» pour l'endossement des bordereaux lorsque ceux-ci sont stipulés endossables. Exceptionnelle en pratique il est vrai, l'acceptation doit être, elle aussi, convenue par écrit aux termes de l'article 6.

De son côté la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 a exigé que la renonciation au bénéfice de la clause de réserve de propriété soit faite de façon expresse par écrit, mais l'acceptation peut être tacite. Rappelons que la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé dans son arrêt du 11 juillet 1995 (14) que *«l'opposabilité à l'acheteur d'une clause de réserve de propriété n'est pas subordonnée à l'existence d'une acceptation écrite de sa part»*.

En revanche, la cour d'appel d'Aix a jugé dans son arrêt du 25 février 1993 (15) qu'une commande contractée par minitel, dont il n'est pas établi qu'il existe une transcription écrite de celle-ci, contresignée par l'acquéreur, ne répond pas à la condition exigée par l'article 121 al. 2 de la loi du 25 janvier 1985.

Souvent requis dans les transactions conclues entre un professionnel et un consommateur, le formalisme écrit est également voulu dans les conventions passées entre professionnels toutes les fois que l'un d'eux est considéré comme étant «économiquement en position dominante». C'est ainsi que la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur *«la loyauté et l'équilibre des relations commerciales convenues entre les parties»* a complété la loi du 10 juin 1994. L'on sait que cette loi avait permis que la clause de réserve de propriété figure «dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales entre les parties». Un écrit est exigé pour déroger à la règle nouvellement instituée selon laquelle les conditions générales du vendeur prévalent désormais sur celles de l'acheteur (16).

## **B Les conventions relatives à la preuve**

Les conventions probatoires bénéficient d'une reconnaissance légale dont le caractère n'est cependant pas absolu.

### **1. Une licéité de principe**

Bien qu'une certaine doctrine ait estimé dans le passé que les parties ne pouvaient modifier par convention les règles relatives à la preuve, la doctrine contemporaine admet la validité de principe de telles conventions. Dès lors que les règles relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public, les parties peuvent organiser celles-ci librement. De son côté, la Cour de cassation admet tant la validité des conventions sur les modes de preuve que la validité des conventions sur la charge de la preuve.

C'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 19 juillet 1965 (17) que dans un mandat d'intérêt commun, les parties pouvaient convenir que l'une d'elles pouvaient rompre le contrat sans rapporter la preuve d'une cause légitime de rupture. En pareil cas, il appartient à l'autre partie de rapporter la preuve de l'abus. Pareillement dans son arrêt du 6 mars 1958, la Cour de cassation (18) a estimé que les renoncements au bénéfice des règles normales d'attribution de la charge de la preuve étaient valables. Aux termes de celles-ci, l'une des parties offre volontairement de prouver les faits qu'elle n'était pas tenue d'établir. Considérant que les règles relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public mais d'intérêt privé, la Cour de cassation en conclut que les parties peuvent renoncer à invoquer l'article 1341 C. civ. de manière exprès ou bien tacite. Elles peuvent donc prouver, non pas par écrit mais librement, une obligation bien que le montant en cause eût requis ce mode de preuve. Enfin une jurisprudence traditionnelle autorise les parties à aménager les règles fixant la force probante des différents procédés de preuve. Ce caractère d'intérêt privé des règles

de preuve, a conduit la Cour de cassation à juger le 28 avril 1975 (19) qu'un tribunal ne pouvait invoquer d'office la prohibition de la preuve par témoins ou présomptions. Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré dans son arrêt du 9 avril 1970 (20) que le fait d'avoir déclaré une enquête inutile, ou d'avoir participé à une expertise sans protestations ni réserves, constituait une renonciation aux dispositions de l'article 1341 c. civ. Pareillement la participation à une mesure d'instruction visant à recueillir des preuves par présomptions ou par témoins s'analyse aussi en une renonciation à la preuve littérale.

L'on sait que la licéité des conventions relatives à la preuve a été consacrée dans le domaine bancaire par la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 8 novembre 1989 (21). Rappelons qu'une cliente de la société Crédicas contestait la dette résultant d'achats réalisés grâce à l'usage d'une carte magnétique subordonnée à la composition concomitante d'un code confidentiel. Cet arrêt est considéré comme une consécration de la «signature informatique». Au demeurant, dans son rapport annuel pour 1989, la Cour de cassation a observé que *«ce procédé moderne présente les mêmes garanties que la signature manuscrite, laquelle peut être imitée tandis que le code secret n'est connu que du seul titulaire de la carte»*.

Le jugement déféré à la Cour suprême avait estimé que la simple production de documents émanant d'une machine dont la société Crédicas avait la libre et entière disposition ne pouvait constituer la preuve de l'engagement de rembourser. La Cour de cassation a considéré *«qu'en statuant ainsi, alors que la société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le tribunal a violé les textes susvisés (art. 1134 et 1341 C. civ.)»*. La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence reconnaissant les conventions relatives à la preuve dans son arrêt du 1<sup>er</sup> mars 1994 (22). La composition d'un code confidentiel facilitera aussi l'utilisation d'Internet. Rappelons que dans un souci de sécuriser les opérations, le Groupement Carte bancaire, entre autres, a développé une formule de paiement unique sur ce réseau. Désormais, les internautes pourront donc régler leurs achats sur le web en insérant leur carte dans un lecteur approprié et en composant leur code secret.

Les conventions probatoires ne concernent pas uniquement la preuve des opérations réalisées grâce aux cartes magnétiques avec utilisation d'un code personnel et confidentiel en vue d'un paiement ou d'un retrait d'espèces. Le développement de la banque «à distance» nécessite en effet une transmission des ordres soit par téléphone, soit par télécopie, soit par tout autre moyen équivalent. Les opérations pour lesquelles le client passe ses ordres à la banque en recourant à ces techniques font l'objet de conventions appropriées pour prévenir toutes discussions. Aux termes de telles conventions, les parties arrêtent les modalités d'utilisation de ces modes de transmission et notamment les conditions de sécurité. Naturellement elles conviennent aussi de la valeur probante des documents ou des messages ainsi échangés. L'utilisation de ces techniques donne lieu, pour certaines d'entre elles, à l'édition d'un support chez le destinataire qui reflète – sauf dysfonctionnement – le message transmis par l'émetteur, lequel reçoit généralement de son côté un rapport d'émission. Entre banques les télex «chif-

frés» ou «testés» d'usage courant font l'objet de conventions préalables et la clé informatique permet d'identifier sans risque d'erreur l'émetteur et le récepteur du message, dans la mesure où un organe central intervient jouant le rôle de «tiers certificateur».

La difficulté pourrait naître des ordres télétransmis par voie orale. Or la banque à distance repose naturellement sur la transmission de nombreux ordres par téléphone. Toutefois les caractères propres à la voix de chaque personne – hauteur, timbre et phrasé notamment – permettent une identification certaine de l'auteur. Cette identification est d'autant plus sûre que les moyens techniques actuels sont extrêmement fiables. Les contrats proposés à la clientèle comportent donc des conventions spécifiques relatives à la preuve en ce domaine. Aux termes de celles-ci les parties conviennent que les instructions pourront être données par téléphone. Elles s'accordent aussi sur la valeur probante de ce mode de transmission. L'accès aux «services téléphoniques» est bien sûr protégé par un code personnel et confidentiel que le client est seul à connaître et dont il est responsable.

Afin de se mettre en mesure de prouver la réalité des ordres, la banque et son client conviennent que la reproduction sur bandes magnétiques des entretiens téléphoniques constitue une preuve des opérations passées. Les banques américaines stipulent généralement dans leurs contrats que «*la reconnaissance de la carte et du code d'accès confidentiel équivaut à la signature du client. En conséquence, toute interrogation sera réputée émaner du client lui-même*». Par ailleurs, le client reconnaît «*être informé de l'enregistrement, sur bande magnétique, des appels téléphoniques entre lui et la banque et y donner son accord*».

Les contrats stipulent couramment que la preuve des transactions résultera suffisamment des enregistrements, lesquels sont conservés par la banque pendant une durée déterminée. En outre, il est parfois convenu que les réclamations ne sont recevables que pendant un délai limité.

Les opérations de change à terme donnent lieu, elles aussi, à des conventions probatoires nécessitées par la rapidité avec laquelle les ordres sont passés.

C'est ainsi que : «La convention cadre relative aux opérations de marché à terme» (Modèle établi sous l'égide de l'Association française des banques) stipule à l'article 4-1 que «*Les transactions sont conclues par tous moyens et prennent effet dès l'échange des consentements des parties. A cet effet, les parties s'autorisent mutuellement à procéder à l'enregistrement des conversations téléphoniques relatives à la conclusion de leurs transactions*». Les parties conviennent par ailleurs à l'article 4-2 que «*La conclusion de chaque transaction devra être suivie d'un échange de confirmations par lettre, télex, télécopie ou toute transmission télématique présentant un degré suffisant de fiabilité pour les parties. L'absence de confirmation par l'une des parties n'affectera en rien la validité de la transaction. En cas de désaccord sur les termes d'une confirmation, lequel devra être notifié immédiatement à l'autre partie, chaque partie pourra se référer à ses enregistrements téléphoniques comme mode de preuve pour établir les modalités de la transaction correspondante*».

De son côté le *schedule to the ISDA Master Agreement* stipule : *Part 5 Other provisions 4/ telephonic recording* : «*The parties agree that each may record all telephonic conversations between them and that any such tape recordings may be submitted in evidence to any court or any proceedings relating to this agreement*».

La télétransmission par câble ou satellite permet aussi d'échanger directement, c'est-à-dire d'émettre et de recevoir des messages dématérialisés sans support, notamment papier. Outre qu'il accroît la fiabilité des traitements, l'échange de données informatisées génère un gain de temps considérable puisqu'il n'est plus nécessaire de saisir à nouveau les données.

La preuve des actes de commerce entre commerçants étant libre, les entreprises peuvent entre elles recourir à l'EDI (23). D'ores et déjà, dans le commerce international les Incoterms de 1990 ont reconnu la validité des EDI. Par ailleurs, un tel procédé est admis, pour les factures, par l'administration fiscale aux termes de l'article 47 de la loi de finance rectificative 1990 n° 90 1169 du 29 décembre 1990. Cette possibilité est toutefois subordonnée à un agrément de la part de l'administration fiscale et à un droit pour elle de contrôler le dispositif technique utilisé.

Le recours à l'EDI implique la conclusion «d'accords d'interchange». Dans ces accords les parties précisent le cadre technique ainsi que les normes de sécurité et conviennent, au plan juridique, de ne pas contester la valeur probante des messages. Eu égard à l'importance de cette technique la Commission des Communautés européennes a émis une recommandation le 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'EDI. De son côté le comité directeur de la CCI a adopté le 22 septembre 1987 des Règles de conduites uniformes tendant à instaurer un usage international en ce domaine (UNCID). La sécurité des échanges sera bien sûr facilitée par le recours à la cryptologie désormais facilité par le décret du 24 février 1998 pris en application de la loi du 26 juillet 1996.

Il convient de souligner qu'en dépit de sa souplesse, l'EDI ne peut être utilisé toutes les fois que l'on est en présence de titres représentatifs d'une créance – les effets de commerce – ou d'une marchandise – les connaissements –. Par ailleurs les techniques bancaires qui reposent sur des supports papiers – crédits documentaires, garanties justifiées – excluent toute dématérialisation. De telles conventions d'interchange se conçoivent entre professionnels en raison du caractère continu des relations qu'ils entretiennent. Bien qu'elles soient au moins autant nécessaires avec les consommateurs elles sont souvent plus difficiles à mettre en place en pratique. En outre, la dématérialisation est souvent incompatible avec le formalisme écrit regardé comme un facteur de protection des consentements ainsi que nous l'avons vu.

## 2. Des exceptions limitées

En dépit de leur licéité de principe, les conventions relatives à la preuve peuvent dans certains cas exceptionnels ne pas être reconnues valables ou doivent être assorties de conditions. La validité des conventions probatoires comporte en effet certaines limites. D'ailleurs dans son arrêt Crédicas la Cour de cassation a circonscrit la validité des conventions relatives à la preuve «*aux droits dont les parties ont la libre disposition*».

Bien sûr les droits dont les intéressés ne peuvent disposer – l'état et la capacité des personnes – ne peuvent faire l'objet de semblables conventions. Dans de tels domaines la réglementation sur la preuve est d'ordre public. Il en va de même pour les règles qui ont trait à l'organisation judiciaire. C'est ainsi que le nouveau code de procédure civile rappelle que le juge ne peut se voir dénier le droit de déci-

der lui-même si les éléments de preuve qui lui sont soumis sont de nature à justifier les prétentions des parties. Aussi bien ses prérogatives ne peuvent-elles être limitées par l'avis d'un technicien commis dans le cadre d'une mesure d'instruction. Celui-ci, aux termes de l'article 238 al. 3 NCPC, ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique. Le ferait-il, le juge ne serait pas lié par ses constatations ou ses conclusions.

Une jurisprudence ancienne considère que les parties ne peuvent, par convention expresse, priver les constatations personnelles faites par un officier public dans l'exercice de sa mission de l'autorité qui y est attachée. Seule, la procédure d'inscription de faux autorise une telle contestation.

Certains grands principes, tel celui du contradictoire, ne peuvent faire l'objet de conventions. Dans un arrêt ancien du 19 octobre 1937 (24) la Cour de cassation après avoir rappelé que «*la preuve n'est légalement faite que si elle est administrée suivant les formes prescrites par le code de procédure civile, à moins qu'il ne soit établi que les parties y ont renoncé*» a souligné que les juges ne peuvent se fonder sur des renseignements «*sans constater qu'ils ont fait l'objet d'une discussion contradictoire entre les parties*». Il en irait de même d'une convention qui autoriserait une personne tenue au secret professionnel à s'en affranchir.

Sans être exclues, les conventions relatives à la preuve peuvent dans certains domaines voir leur portée limitée. C'est ainsi que l'article 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 2 février 1995 ne déclare abusives que les seules clauses «*qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat*».

L'annexe au code de la consommation donne une liste indicative des clauses qui peuvent être regardées comme abusives. Parmi celles-ci figurent celles qui ont trait aux moyens de preuve et à la charge de la preuve : «*q) De supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat*».

On rappellera que la télésurveillance dont sont dotés la plupart des lieux ouverts au public est portée à la connaissance des clients, lesquels sont avisés que les clichés peuvent être remis aux autorités compétentes sur réquisition judiciaire. L'on sait par ailleurs que les écoutes téléphoniques ne sont tolérées qu'en matière pénale, dans le cadre d'une information judiciaire (25).

Le souci de protéger les titulaires de carte contre les déficiences techniques a conduit la Commission des communautés à émettre une recommandation. Cette recommandation procède de l'inquiétude de voir l'émetteur des cartes qui a la maîtrise du dispositif technique être, lui seul, en mesure d'administrer la preuve de l'opération dont il se prévaut.

En pratique, la preuve que le dispositif ne souffrait d'aucune déficience au moment où l'opération critiquée a été réalisée constitue, à tout le moins, un commencement de preuve que l'appareil était bien en état de marche. Signaux qu'à l'effet de favoriser un règlement amiable des réclamations éventuelles l'article 14 al. 2 du contrat C B

(version 6 du 6 octobre 1993) stipule : «*Les deux parties conviennent d'apporter les meilleurs soins à leur information réciproque sur les conditions d'exécution de l'opération*».

## II Une reconnaissance jurisprudentielle circonspecte

Quelle est la valeur de la preuve administrée grâce à la télétransmission lorsque les parties contractantes n'ont pas conclu de convention probatoire et comment celle-ci est-elle reçue dans le cadre de l'instance judiciaire ?

### A L'admission dans le domaine contractuel

Bien que la jurisprudence ne soit pas très abondante, l'examen des décisions rendues en la matière permet de retracer une évolution indéniable, marquée par une volonté d'adapter le droit de la preuve aux technologies actuelles. Les décisions concernent tout à la fois le télex, la télécopie et l'enregistrement vocal. Elles ont été rendues au sujet d'obligations très variées, dont certaines sont empreintes d'un formalisme accentué.

#### 1. La jurisprudence antérieure aux arrêts de la Cour de cassation de 1996-1997

Dès le début des années 70, les cours d'appel ont reconnu le télex comme mode de preuve, approuvées en cela par la Cour de cassation. C'est ainsi que la chambre commerciale dans un arrêt du 19 décembre 1973 (26) a estimé que la cour d'appel de Paris avait pu «*dégager souverainement la portée d'un télex invoqué comme moyen de preuve de l'existence d'accords conclus en vue de compléter un contrat au transport maritime*». Plus récemment, par un arrêt du 15 décembre 1988 (27), elle a approuvé la cour d'appel d'Aix de s'être fondée sur des télex pour apprécier «*la commune volonté des parties*».

Pareillement, la cour de Versailles dans son arrêt du 26 septembre 1991 a considéré que le chargeur dûment avisé par télex de la livraison de la marchandise sans remise du connaissance, et cela plusieurs mois avant l'expiration du délai de prescription institué par l'article 108 c. co., ne pouvait valablement se prévaloir de l'adage «*contra non valentem agere...*» dans son recours contractuel contre le commissionnaire de transport. Le pourvoi formé par le chargeur a été rejeté par un arrêt du 11 janvier 1994 (28).

Cette même cour de Versailles, par un arrêt du 18 juin 1992 a reconnu la valeur contractuelle d'un échange de télécopies à l'occasion d'une cession de créances. En l'espèce, les parties au cours de leurs pourparlers s'étaient accordées sur le prix ainsi que sur les modalités de la cession, et avaient marqué leur consentement par un échange de télécopies. L'une des parties avait cependant entendu que tout accord soit formalisé par un acte «*définitif et détaillé*». La cour de Versailles a donc considéré que si un accord de principe résultait effectivement de l'échange de télécopies, les négociateurs avaient prévu l'établissement d'autres actes. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 15 novembre 1994 par la chambre commerciale (29).

De son côté, la cour d'appel de Paris (8 ch. A) a reconnu, dans son arrêt du 21 juin 1994 (30) la valeur d'une télécopie à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage. En l'espèce, le propriétaire d'un véhicule avait marqué son

accord par télécopie sur le seul remplacement de la boîte de vitesse. Le garagiste avait effectué d'autres travaux, lesquels n'étaient pas impliqués par le remplacement de cette dernière. La cour a considéré que le seul document contractuel à prendre en considération était la télécopie établissant l'accord du client en vue d'une réparation déterminée. L'arrêt précise que le caractère contractuel de la télécopie ne pouvait être mis en cause «*par les attestations des employés du garagiste*».

Ultérieurement, dans un arrêt du 7 février 1995 (31), la cour de Paris a approuvé le tribunal de commerce d'avoir considéré «*qu'un accord par échange de télécopies a manifestement été passé entre les parties*» en vue de conclure un contrat destiné à l'organisation d'un voyage collectif.

Ayant à se prononcer dans une autre espèce sur la validité de l'acceptation d'une offre de vente d'actions et sur celle du retrait de cette offre, la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 27 mai 1994 (32) s'est fondée sur les dates de réception des télécopies.

Dans le domaine de la concurrence déloyale, saisie d'une action en violation d'une clause de non concurrence, la cour de Paris dans son arrêt du 23 février 1995 (33) a considéré «*qu'il n'y avait pas lieu d'écarter les télécopies, non contestées dans leur matérialité, et dont il n'était pas démontré qu'elles auraient été obtenues par des procédés frauduleux*».

De son côté, la cour d'Aix a été amenée par un arrêt du 27 mars 1993 (inédit) à reconnaître la valeur d'une télécopie adressée en vue de formaliser la vente d'un navire. Cette vente nécessitait un écrit, sous peine de nullité, tant au regard de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1967 – la vente avait été conclue en France – qu'au regard de la loi anglaise – le navire était immatriculé à Guernesey –. L'offre de vente ayant été acceptée par deux acquéreurs potentiels c'est le «*bill of sale*» adressé par télécopie qui a été retenu, en raison de son antériorité, et bien que «*l'original*» n'ait pas été entre les mains du demandeur. La télécopie a donc été prise en considération de préférence aux documents «*traditionnels*» intervenus postérieurement. La cour d'Aix relève au sujet de la télécopie qu'il ne peut y avoir aucune contestation sur son existence réelle puisque cette pièce n'est pas arguée de faux et que l'existence ainsi que la teneur de l'original ne sont pas déniées.

Rappelons que l'arrêt du 9 avril 1996, par lequel la chambre commerciale (34) a considéré que le gage-espèces n'interdisait nullement le pacte comissoire, a été prononcé à l'occasion d'une affaire dans laquelle le télex avait été utilisé. On se souvient aussi que dans son arrêt du 16 avril 1996 (35), la chambre commerciale a approuvé la cour de Versailles d'avoir considéré que des télex adressés par le chargeur à l'armement maritime, il résultait de la part de son auteur un engagement souscrit en qualité de débiteur délégué et non pas une simple indication de paiement comme cela était prétendu.

Au demeurant très réservée, la jurisprudence est en revanche peu abondante en ce qui concerne la preuve vocale. On peut toutefois citer un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 1980 (36) rendu dans une espèce dans laquelle l'enregistrement des propos tenus par le représentant d'une société a été écarté des débats. La cour a, en effet, considéré qu'en ne prévenant pas l'auteur des propos litigieux, que ceux-ci allaient être enregistrés, et perdre ainsi leur caractère de conversation pour devenir des éléments de preuve, le défendeur avait commis une déloyauté.

Dans son arrêt du 15 janvier 1970 (37), la 3<sup>e</sup> chambre civile de la cour suprême avait déjà cassé un arrêt qui avait retenu la responsabilité d'un ingénieur-conseil dont la conversation avait été, elle aussi, enregistrée sur une bande magnétique. En effet, la cour d'appel ne s'était pas prononcée, comme cela lui était demandé, sur le défaut d'authenticité de l'enregistrement ainsi que sur la date à laquelle celui-ci était intervenu. Il est symptomatique que les critiques ne portent pas sur les qualités techniques de tels enregistrements, ni sur l'imputabilité des propos litigieux, mais sur le caractère éminemment contestable d'une captation de ceux-ci à l'insu de leur auteur en vue d'une utilisation judiciaire. Assez curieusement cette collecte déloyale n'avait pas été invoquée devant la cour de Dijon dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 29 juin 1955. On rappellera seulement que la cour de Dijon avait accueilli ce mode de preuve dans le cadre d'une action intentée par la mère d'un enfant contre le père adultérin, action qui tendait au versement d'une pension alimentaire. L'action reposait sur une conversation privée, en forme de reconnaissance de paternité, enregistrée en un lieu qui lui conférait un caractère d'intimité avérée. Cette jurisprudence avait été approuvée par une doctrine autorisée (38). Les réserves formulées à l'époque tenaient aux conditions dans lesquelles l'enregistrement avait été réalisé, à l'insu de l'auteur de l'aveu, subrepticement, à des fins probatoires, dans le cadre d'une instance judiciaire.

## 2. Les arrêts de la Cour de cassation de 1996-1997

La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion, ces derniers temps, de préciser sa position concernant le télex et la télécopie.

L'on sait que dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 26 novembre 1996 (39), une banque espagnole escompteuse de plusieurs lettres de change tirées par son client sur son acheteur français avait demandé à la banque de celui-ci d'intervenir en qualité d'avaliste. L'aval avait été souscrit au moyen d'un télex chiffré. La provision n'ayant pas été fournie semble-t-il, la banque française refusa d'honorer son engagement au motif principal que l'aval par acte séparé n'était pas revêtu de la signature requise par l'article 130 c. co. La cour de Montpellier estima que l'aval était effectivement irrégulier en raison de l'absence de signature.

Dans son pourvoi, la banque espagnole reprochait à la cour d'appel d'avoir dénié tout caractère cambiaire aux avals souscrits par télex en raison de l'absence de signature, alors qu'ils étaient authentifiés par une clé et que la banque française ne contestait d'ailleurs pas en être l'émettrice. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la banque espagnole sur le fondement de l'article 130 c. co. Dans son arrêt, la chambre commerciale a en effet estimé que la cour de Montpellier avait légalement justifié sa décision en considérant qu'au regard de ce texte «*la signature du prétendu avaliste ne pouvait résulter de la mention d'un numéro dans le texte d'un télex, s'agirait-il d'une "clé informatique"*».

Compte tenu de l'utilisation habituelle dans les relations entre banques du télex testé, lequel offre plus de sécurité que la signature manuscrite (40) il convient de souligner que cet arrêt a été prononcé en matière cambiaire. Aussi bien les autres engagements bancaires, tels que les cautionnements ou les garanties indépendantes ne sont-ils pas affectés par cette jurisprudence.

En l'absence d'une définition légale de la signature, la reconnaissance de la «clé numérique» était envisageable, comme le souhaitait d'ailleurs Madame l'avocat général Piniot dans ses conclusions (41). La solution finalement retenue trouve sans doute sa raison dans le formalisme qui caractérise le droit cambiaire. Cette solution s'explique aussi par le fait que la Cour de cassation a donné une définition des signatures requises par le droit du change. Dans son arrêt du 21 juin 1961 la chambre commerciale avait estimé que «*la signature manuscrite du tireur est une condition essentielle de la validité de la lettre de change*». Seule l'intervention du législateur – loi du 16 juin 1966 – a permis à la pratique de recourir à la signature apposée grâce à «tout procédé non manuscrit» et encore cela ne concerne-t-il que certaines signatures cambiaires, celle du tireur – Article 110 8 c. co. – et celle de l'endosseur – Article 117 al. 7 c. co.

Quant à la télécopie, la Cour de cassation a arrêté sa jurisprudence dans un arrêt du 2 décembre 1997 (42). Cette décision de la chambre commerciale est d'autant plus importante qu'elle est intervenue dans une matière empreinte d'un grand formalisme. L'article 6 de la loi du 2 janvier 1981 dispose en effet que l'engagement du débiteur cédé est constaté à peine de nullité, par un écrit intitulé : «Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle».

Rappelons qu'en l'espèce une banque avait escompté selon les modes simplifiés de la loi du 2 janvier 1981 des créances détenues par sa cliente à l'encontre d'un de ses acheteurs. La banque avait demandé au débiteur cédé d'accepter la cession. Accédant à cette demande, le débiteur cédé avait adressé son acceptation par télécopie. Il reprochait à la cour d'appel d'une part, de l'avoir condamné à payer la banque en l'absence d'écrit original comportant son acceptation et, d'autre part, de ne pas avoir retenu l'exception dont la créance fondamentale était affectée.

Devant la Cour de cassation, le débiteur cédé faisait grief à la cour d'appel d'avoir admis que la télécopie établissait la preuve de son acceptation alors que la télécopie ne constituait pas, prétendait-il, l'écrit exigé par l'article 6. Selon lui, le document ne valait pas preuve parfaite mais simplement indice ou commencement de preuve par écrit.

La cour suprême a considéré que l'acte d'acceptation «*peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées*». Déjà, on s'en souvient la 1<sup>re</sup> chambre civile avait estimé dans son arrêt du 25 juin 1996 (43) «*que la photocopie produite aux débats est une reproduction fidèle et durable du mandat... que, dès lors, ce document ne constituait pas un commencement de preuve par écrit, mais faisait pleinement la preuve de l'existence du contrat de mandat conformément à l'article 1348 al. 2 c. civ.*». L'arrêt du 2 décembre 1997 est très significatif car il a été rendu dans un domaine où la forme est essentielle. Il a même été jugé que l'absence de l'adjectif «*professionnel*» devait emporter la nullité de l'acte d'acceptation (44). De son côté, la notification et la défense de payer ne peuvent procéder d'une demande d'acceptation pourtant régulière mais demeurée sans réponse (45).

Bien que les décisions que nous venons de relater aient été rendues en matière commerciale, sans que l'article 109 c. com. ne soit d'ailleurs visé, il n'est pas exclu, en rapprochant l'arrêt du 25 juin 1996 de celui du 2 décembre 1997, qu'en matière civile la télécopie aurait été acceptée de manière semblable.

## **B L'admission dans le domaine procédural**

### **1. La télétransmission et l'acte de procédure**

En dépit de leur faible nombre, les décisions de justice prononcées en ce domaine permettent néanmoins d'arrêter quelques repères. En premier lieu on constate que lorsque des formes particulières sont requises, la télécopie n'est généralement pas regardée comme un mode régulier de saisine. La même observation s'applique aux notifications faisant courir un délai. En second lieu, la reconnaissance de la télécopie est toujours subordonnée à la preuve de sa transmission effective et à l'absence de contestation quant à sa réception.

A titre d'illustration, on peut citer une décision du Conseil d'Etat rendue le 29 juillet 1994 (46) laquelle a considéré que la requête adressée par télécopie constituait un mode de saisine régulier. Plus récemment, par une décision du 13 mars 1996 (47), le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence. De son côté, le tribunal des conflits (48) a estimé au sujet de l'arrêté de conflit que «*la procédure de conflit avait été valablement engagée par l'envoi au greffe de la télécopie*». Pareillement, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé par arrêt du 22 janvier 1992 (49) qu'un pourvoi avait été régulièrement formé par l'envoi d'une déclaration adressée par télécopie au secrétariat greffe, l'article 984 NCPC n'exigeant pas de forme particulière en raison de l'absence de représentation obligatoire. La cour d'appel de Toulouse, chambre sociale, a considéré dans son arrêt du 20 janvier 1995 (aff. SA Sematec c/Hermen inédit) qu'un appel avait été valablement interjeté par voie de télécopie. Après avoir souligné que le rapport d'activité du télécopieur fourni par le greffe établissait que la télécopie avait bien été réceptionnée par celui-ci, la cour relève que «*la télécopie constitue un moyen moderne permettant à l'appelant de relever appel dans les délais de la loi, même en dehors des heures d'ouverture du greffe*».

Toutes les fois que la réalité de la transmission n'est pas discutable, la jurisprudence se montre donc très libérale. Tel est le cas en matière de notification d'acte. C'est ainsi que le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a considéré par un jugement du 3 décembre 1991 (50) qu'une requête à fin de sursis à exécution pouvait être notifiée par voie de télécopie. Après avoir relevé très précisément les circonstances dans lesquelles l'émission et la réception de la télécopie étaient intervenues, le tribunal administratif a conclu que le caractère contradictoire de la procédure avait été respecté, la transmission étant certaine.

A l'occasion d'un désistement d'instance, la cour d'appel de Toulouse a rendu le 15 mars 1994 (51) un arrêt reconnaissant la valeur d'une télécopie, sans doute en raison du caractère oral de la procédure devant les juridictions consulaires. Comme l'on sait, le désistement d'instance doit, aux termes de l'article 395 NCPC, être accepté par le défendeur sauf si aucune défense au fond n'a été présentée au moment où le demandeur se désiste. Or, en l'espèce, des conclusions au fond avaient été transmises par télécopie la veille de l'audience au cours de laquelle le désistement était intervenu. La cour d'appel de Toulouse a considéré que ces conclusions au fond ayant été régulièrement communiquées par télécopie au conseil du demandeur, le désistement devait, en conséquence, être accepté par la partie adverse alors même que le dépôt au greffe n'était intervenu qu'ultérieurement.

Dans le même souci de faciliter la transmission rapide des actes de procédure, la chambre criminelle a considéré par son arrêt du 9 octobre 1989 (52) que l'envoi du pouvoir requis par l'article 576 CP P pour déclarer un pourvoi pouvait s'opérer par télécopie. Elle a également estimé par un arrêt du 30 mai 1989 (53) que la diffusion de commissions rogatoires par télécopie n'était pas entachée de nullité et par un arrêt du 3 juillet 1989 (54) que la notification effectuée par télécopie d'une ordonnance de maintien en détention était valable au regard de l'article 183 alinéa 2 CP P.

L'enregistrement au greffe se voit cependant reconnaître la préférence en cas de contestation. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de connaître d'une affaire dans laquelle une défaillance technique imputable au greffe – défaut de papier – était à l'origine de l'absence de transmission. Pour rejeter le recours exercé par le ministère des postes & télécommunications contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 8 avril 1993 (55) rendu dans le cadre d'une contravention de grande voirie, le Conseil d'Etat a estimé que *«si une transmission par télécopie effectuée avant l'expiration du délai d'appel est susceptible d'être prise en considération, alors même que l'original n'est enregistré que postérieurement à l'expiration de ce délai, il appartient à la personne qui s'en prévaut de justifier que la copie des documents ainsi transmis est effectivement parvenue au greffe de la juridiction pour être enregistrée en temps utile ; que la seule production des rapports d'émission de télécopie ne peut, eu égard aux conditions techniques dans lesquelles un tel document est établi, prévaloir sur les mentions figurant aux registres du greffe»* (décision du 30 octobre 1995 inédite – voir aussi CE 27 avril 1994 DS 94 p. 341 concl. J. Arrighi de Casanova).

De son côté, la chambre criminelle, en cas de contradiction entre le rapport d'émission de l'expéditeur et les mentions figurant sur les registres du greffe, se prononce en faveur de ces dernières. C'est ainsi que par arrêt du 10 janvier 1991 (56), la chambre criminelle a approuvé la chambre d'accusation de n'avoir pas pris en considération le mémoire transmis par voie de télécopie antérieurement à l'audience mais sur lequel le greffier avait apposé la mention *«reçu au greffe le 18 septembre 1990 à 18 heures»*, c'est-à-dire seulement le jour de l'audience.

Afin de faciliter la communication des mémoires, l'article 198 CP P dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1993 a autorisé leur envoi sous forme de télécopie. L'article 198 CP P limite toutefois ce mode de transmission aux instances dans lesquelles l'avocat n'exerce pas dans la ville où siège la chambre d'accusation. Dans son arrêt du 19 juillet 1993, la chambre criminelle (57) a en conséquence approuvé une chambre d'accusation d'avoir refusé d'examiner le mémoire adressé dans les délais légaux sous forme de télécopie dès lors que l'avocat exerçait dans la ville de son siège. Par ailleurs la chambre criminelle veille à ce que le mémoire transmis par télécopie parvienne bien à ses destinataires, comme le prévoit l'article 198, *«avant le jour de l'audience»*. Aussi par un arrêt du 16 mai 1994 (58) a-t-elle estimé que, si un avocat n'exerçant pas dans la ville où siège la chambre d'accusation pouvait adresser un mémoire par télécopie, celui-ci devait *«pour être valable, être visé par le greffier avant le jour de l'audience, la date et l'heure du dépôt au greffe étant celles indiquées au visa»*. En l'espèce le mémoire n'avait été visé par le greffier que le jour de l'audience, bien que le rapport d'émission attestait son envoi dans un délai légal.

En revanche, lorsque des formes particulières sont expressément prescrites, la jurisprudence écarte alors la télécopie. C'est ainsi qu'en matière d'expropriation, la Cour de cassation (3<sup>e</sup> civ.) a cassé un arrêt du 19 juin 1996 (59) au motif que la cour d'appel n'avait pas relevé d'office le moyen tiré de l'irrégularité de la déclaration d'appel, sous forme de télécopie. L'article R 13-47 du code de l'expropriation dispose en effet que l'appel doit être interjeté par les parties par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou sinon par déclaration au secrétariat greffe.

Ce même respect des formes a conduit la deuxième chambre civile par un arrêt du 8 juin 1995 (60) à juger que lorsque l'appel contre une décision gracieuse devait être formé, conformément à l'article 950 NCPC, par une déclaration faite ou adressée par pli recommandé au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision, *«la télécopie ne répond pas à ces conditions»*.

Un raisonnement identique a conduit la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 juin 1992 (61) à considérer qu'un appel ne pouvait être interjeté par télécopie eu égard aux prescriptions énoncées aux articles R 516.35 et R 517 c. trav. (déclaration faite ou adressée par pli recommandé au secrétariat-greffe de la juridiction prud'homale).

Enfin, concernant une constitution de partie civile, la cour d'appel de Pau, sur le fondement de l'article 420.1 CP P, a estimé par arrêt du 24 février 1993 (62) que celle-ci ne pouvait être régularisée par voie de télex. Cette décision s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence constante qui considère que le télégramme, la lettre simple ou la lettre recommandée ne peuvent suppléer les formes requises par des textes spécifiques.

## 2. La télétransmission et la preuve judiciaire

L'admission de la preuve par la télétransmission varie très sensiblement selon que la juridiction est civile, pénale ou administrative. La différence ne s'explique pas seulement par la traditionnelle opposition entre la procédure accusatoire – juridiction civile – et la procédure inquisitoire – juridictions administrative et pénale – dans la mesure où le nouveau code de procédure civile confère un rôle désormais actif au juge civil dans le déroulement de l'instance. Celle-ci, on le sait, n'est plus laissée à la seule initiative des plaideurs. Sans doute, le principe de l'intime conviction est-il à l'origine de certaines décisions prononcées dans le domaine pénal.

C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 novembre 1991 (63) a cassé un arrêt qui avait retenu l'existence d'une faute grave imputable à une caissière indélicat au motif que la preuve des agissements répréhensibles était administrée au moyen d'un enregistrement vidéo dont le dispositif avait été dissimulé par l'employeur. Au visa de l'article 9 NCPC, la chambre sociale a estimé que *«si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite»*.

Il est intéressant de relever qu'alors que la cassation était proposée par l'avocat général sur le fondement de l'article 1134 c. civ., elle l'a été sur celui de l'article 9 NCPC.

La conception différente de la chambre criminelle apparaît dans son arrêt du 23 juillet 1992 (64) dans lequel elle a admis que la preuve d'un délit pouvait être administrée grâce à une caméra cachée. En l'espèce un *«supermarché»*

avait vu ses encaissements diminuer de façon considérable. Le dispositif vidéo établit que certains membres du personnel s'emparaient du numéraire et détruisaient les tickets de caisse. Les personnes poursuivies soutenaient devant la chambre d'accusation que l'enregistrement constituait une atteinte à leur vie privée et que «*tout enregistrement, quels que soient les motifs, d'images et de paroles à l'insu des personnes, constitue un mode de preuve illicite*».

La chambre criminelle a rappelé «*qu'aucun texte de procédure pénale n'interdit la production par le plaignant, à l'appui de sa plainte, de pièces de nature à constituer des charges contre les personnes visées par celle-ci*». Après avoir rappelé que seuls les actes d'information étaient susceptibles d'être annulés en application de l'article 172 CP P, la chambre criminelle a souligné qu'il appartenait aux juridictions répressives d'apprécier la valeur des pièces produites par le plaignant «*au regard des règles relatives à l'administration de la preuve des infractions*».

Ultérieurement, dans un arrêt du 6 avril 1994 (65), la cour a rappelé sa doctrine. Poursuivi pour abus de confiance au vu des enregistrements d'une caméra dont l'officine pharmaceutique était équipée, le prévenu soutenait qu'il y avait là une atteinte à sa vie privée et que ce mode de preuve devait être annulé sur le fondement de l'article 368 CP.

Après avoir relevé que l'article 368 CP n'était pas applicable – l'officine n'étant manifestement pas un lieu privé – la chambre criminelle a estimé «*qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale*». Il appartient seulement aux juges répressifs «*en application de l'article 427 CP P d'apprécier la valeur probante*», et cela, dans le cadre d'un débat contradictoire.

Cette liberté dans la recherche de la preuve se traduit à propos du harcèlement téléphonique par le fait que l'enregistrement des appels par les victimes aux seules fins d'identification de leur auteur ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'article 368 du code pénal. La chambre criminelle a rappelé ce principe dans un arrêt du 13 mai 1992 (66) «*le demandeur ne saurait se faire grief de l'enregistrement des paroles prononcées par lui dans des circonstances... constitu-*

*tives d'une infraction pénale, lesdites paroles ne pouvant en l'espèce entrer dans le cadre des prévisions de l'article 368 du code pénal*».

En dernier lieu nous rappellerons tout d'abord que l'écrit garde sa prééminence en matière d'arbitrage. C'est ainsi que l'article 1443 NCPC dispose que «*la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère*». A l'occasion d'une vente internationale, la cour d'appel de Paris s'est prononcée par arrêt du 15 mai 1990 (67) sur une clause d'arbitrage figurant dans un bon de commande envoyé par télécopie. Elle a considéré que le fait que cette clause ait été envoyée par télécopie n'était pas de nature à la rendre inopposable. Quant aux règles dérogatoires de compétence, l'article 48 NCPC dispose que la clause les instituant doit être spécifiée «*de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée*». De son côté, l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 prescrit que «*la convention attributive de juridiction doit être conclue soit par écrit, soit verbalement avec confirmation écrite, soit dans le commerce international, sous une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître*».

L'examen rapide des principales décisions rendues dans le domaine de la télétransmission montre que le droit de la preuve n'est pas resté à l'écart des transformations technologiques. A la défiance observée naguère, a succédé rapidement une reconnaissance judiciaire toujours soucieuse de ne pas exposer les justiciables à des bouleversements pouvant compromettre leurs droits essentiels.

Sans doute, pour l'utilisateur contemporain l'acceptation de la télétransmission comme mode de preuve a-t-elle été favorisée par une meilleure sécurité. C'est ainsi que dans le domaine bancaire, le recours au microprocesseur, à la piste magnétique et au code confidentiel, a dissipé les appréhensions initiales des porteurs de CB (68). Une évolution bénéfique à l'égard de ce nouveau mode de preuve que pourraient illustrer ces alexandrins de Corneille (69) :

*«Il m'a fait trop de mal pour en dire du bien.*

*Il m'a fait trop de bien pour en dire du mal.* ■

(1) La Chancellerie a réuni un groupe de travail qui a élaboré un avant-projet de loi. Celui-ci donne une nouvelle définition de la preuve littérale et fixe la force probante de l'écrit ainsi que de la signature électronique. De son côté le Parlement européen et le Conseil ont établi une Proposition de directive sur un cadre commun pour les signatures électroniques (JOCE C 325/5 du 23 octobre 1998, (voir sur ce point P. Catala et P.-Y. Gautier. *JCP E et A* 98-884. Par ailleurs la «Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles» détermine la loi relative à la preuve (art. 14) voir à ce sujet J. Foyer «Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles» *Clunet* 1991 p. 601 n° 51 et suiv. et P. Lagarde «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980» *Rev. crit. DIP* 1991 p. 287 n° 55.

(2) Lorsque l'acte comporte un engagement de payer, la mention manuscrite doit être assortie d'un «bon pour» avec la somme en lettres pour éviter les abus de blanc seing. En revanche la mention «lu et approuvé» pourtant consacrée par la pratique n'a jamais été exigée. Cass. civ. 27 janvier 1993 *Bull. civ.* n° 39 p. 25.

(3) Cass. civ. 15 mai 1934 *Sem. jur.* 34.869 note H. M.

(4) Rapport de la Cour de cassation 1989. *La Documentation française*.

(5) Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 octobre 1976 *Bull. civ.* IV n° 283.

(6) Cass. com. 5 février 1991 *Bull. civ.* IV n° 54, Cass. civ. 1<sup>re</sup> 10 mars 1992 *Bull. civ.* I n° 78.

(7) Cass. com. 19 mars 1980 *Bull. civ.* IV n° 136 p. 105.

(8) Cass. civ. 1<sup>re</sup> 26 décembre 1950 S. 52.1.37 note Meurisse.

(9) Cass. com. 25 avril 1968 *Bull. civ.* IV n° 132 p. 116.

(10) Cass. com. 16 juillet 1973 *Bull. civ.* IV n° 244 p. 221.

(11) Cass. com. 25 avril 1983 D S 84.1. p. 1 note P. Jourdain.

(12) Cass. com. 19 mars 1980 *Bull. civ.* IV n° 136 p. 106.

(13) Cass. com. 1<sup>er</sup> juillet 1997 DMF 97 p. 859. Rapport de Monsieur le Conseiller référendaire Rémy.

(14) Cass. com. 11 juillet 1995 *Bull. civ.* IV n° 210-D S.96 Som. com p. 211 obs. F. Pérochon ; *JCP* 95.I. n° 513 n° 13 obs. P. Pestel.

(15) Aix 25 février 1993 D S 93 Som. com. p. 290 note F. Pérochon.

(16) L'article 19 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 a en effet souhaité remédier aux difficultés qui opposaient l'acheteur et le vendeur lorsque les conditions générales d'achat et les conditions générales de vente étaient opposées sur la CRP. A cet effet l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985 a été modifié comme suit «*Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier*».

(17) Cass. com. 19 juillet 1965 *Bull. civ.* III n° 456.

(18) Cass. civ. 6 mars 1958 *JCP* 58 II 10902 note Chevallier.

(19) Cass. com. 28 avril 1975 *Bull. civ.* IV n° 113.

(20) Cass. soc. 9 avril 1970 *Bull. civ.* V n° 234.

(21) Cass. civ. 8 novembre 1989 D S 90 p. 369 note Ch. Gavalda - D S 90 som. p. 327 obs. J. Huet - D S 91 som. p. 38 obs. M. Vasseur. Un litige de même nature avec la même société avait donné lieu à un arrêt de la Cour de Montpellier du 9 avril 1987, *JCP* 88 G 20984 note M. Boizat.

(22) Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 1994 D S 95 p. 167 note F. Ekollo.

(23) L'acronyme est identique en anglais : Electronic Data Interchange.

- (24) Cass. civ. 19 octobre 1937. D.H. 37 p. 584.  
 (25) Cass. Ass. plén. 24 novembre 1989 *JCP* 90 G II 21418 concl. E. Robert.  
 (26) Cass. com. 19 décembre 1973 *Bull. civ.* IV n° 333 p. 297.  
 (27) Cass. com. 15 décembre 1988 *Juridisc. Lamy*.  
 (28) Cass. com. 11 janvier 1994 *Bull. civ.* IV n° 22 p. 18.  
 (29) Cass. com. 15 novembre 1994 *Lexilaser* n° 92 19931.  
 (30) Paris 21 juin 1994 *Jurisdata* n° 021 864.  
 (31) Paris 7 février 1995 *Jurisdata* n° 020 122.  
 (32) Paris 27 mai 1994 *Jurisdata* n° 022 259.  
 (33) Paris 23 février 1995 *Jurisdata* n° 020 204.  
 (34) Cass. com. 9 avril 1996 DS 96 p. 399 note Ch. Larroumet.  
 (35) Cass. com. 16 avril 1996 D S 96 p. 571 note Ch. Larroumet - DMF 96 p 796, Rapport de Monsieur le Conseiller référendaire Rémyer.  
 (36) Paris 29 janvier 1980 D S 80 IR p. 131.  
 (37) Cass. com. 15 janvier 1970 *JCP* 70 II 16320.  
 (38) Note R. Legeais sous Trib. civ. Dijon 16 novembre 1954 *JCP* 55 II 8550 ; CA Dijon 29 juin 1955 *JCP* 55 p. 583.  
 (39) Cass. com. 26 novembre 1996 *JCP* 97 II 906 note Th. Bonneau ; *Trimco* 97 p. 119 obs. M. Cabrillac, *Banque* 1997 p. 90 obs. J.-L. Guillot ; *Revue de droit bancaire* 1997 p. 22 obs. F. Crédot et Y. Gérard.  
 (40) J. Huet «La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex» D 92 Chron. p. 33 n° 5.  
 (41) *RJDA* 1/97 p. 3.  
 (42) Cass. com. 2 décembre 1997 - *JCP* 98 p. 178 note Th. Bonneau - D S 98 p. 192 note D. Martin - *Trimco* 98 p. 187 obs. M. Cabrillac - *Banque* 1998 p. 88 obs. J.-L. Guillot ; *Revue de droit bancaire* 1998 p. 9 obs. F. Crédot et Y. Gérard.  
 (43) Cass. civ. 25 juin 1996 *Bull. civ.* I n° 270 p. 190.  
 (44) Cass. com. 5 novembre 1991 *Bull. civ.* IV n° 329.  
 (45) Cass. com. 7 janvier 1997 *Trimco* 97 p. 300 obs. M. Cabrillac.  
 (46) Préfet du Val-de-Marne c/M. Tari, Décision du CE n° 143018.  
 (47) C E 13 mars 1996 *JCP* 96 IV 1349, l'Actualité juridique droit administratif 1996 p. 930.  
 (48) TC 2 décembre 1991 Rec. p. 482.  
 (49) Cass. civ. 22 janvier 1992 *Lexilaser* arrêt n° 457.  
 (50) P. A 23/11/92 n° 141 p. 13.  
 (51) Toulouse 15 mars 1994 *DS* 94 p. 320 notes E. Putman.  
 (52) Cass. crim 9 octobre 1989 *Bull. crim.* n° 344 p. 834.  
 (53) Cass. crim 30 mai 1989 *Lexilaser* pourvoi n° 89.81.578.  
 (54) Cass. crim 3 juillet 1989 DS 89 IR p. 246 *Bull. crim.* n° 281 p. 693.  
 (55) CAA Nancy, 8 avril 1993 DS 94 Som. com. p. 288 obs. H. Maisl.  
 (56) Cass. crim. 10 janvier 1991 *Lexilaser* pourvoi n° 90.86.307.  
 (57) Cass. crim 19 juillet 1993 *Bull. crim.* n° 246 p. 625.  
 (58) Cass. crim. 16 mai 1994 *Bull. crim.* n° 182 p. 416.  
 (59) Cass. 3<sup>e</sup> civ. 19 juin 1996 *JCP* 97 G. n° 22751 note A. Bernard.  
 (60) Cass. 2<sup>e</sup> civ. 8 juin 1995 (deux arrêts) *JCP* 95 G. n° 22512 note D. Ammar.  
 (61) Paris 24 juin 1992 *JCP* 92 G. IV 2590.  
 (62) Pau 24 février 1993, *Droit pénal* août-septembre 1994 n° 198 obs. A. Maron.  
 (63) Cass. soc. 20 novembre 1991 *DS* 92 p. 73 concl. de Monsieur l'avocat général Chauvy.  
 (64) Cass. crim. 23 juillet 1992 *DS* 93 som. p. 206 obs. J. Pradel.  
 (65) Cass. crim 6 avril 1994 *Bull. crim.* p. 302 n° 136.  
 (66) Cass. crim. 13 mai 1992 *Dt pénal* janvier 1993 n° 8 obs. M. Véron.  
 (67) Paris (15<sup>e</sup> A) *Jurisdata* Doc. n° 023.089.  
 (68) «Les français possèdent plus de 30 millions de cartes bancaires. 330 milliards de francs ont été retirés dans les 27 000 DAB». *Le courrier de la monétique* 1998 n° 284.  
 (69) Poésies diverses. Vers composés à l'occasion de la mort du Cardinal de Richelieu.

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue *Banque & Droit* n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs. Le contenu de ces articles n'engage pas la revue *Banque* ou l'AFB qui n'entendent pas prendre position à leur égard. La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans *Banque & Droit*, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

BANQUE & DROIT Une publication de la Revue Banque – 18 rue La Fayette, 75009 Paris ■ Fondateur : François de Juvigny

Adresse Internet : www.revue-banque.fr e-mail : banque@iplus.fr Fax 01 48 24 12 97.

■ Directeur de la publication : Olivier Robert de Massy ■ RÉDACTION rédacteur en chef : Colette Cova ; assistante : Christine Hauvette (01 48 00 54 10) ; secrétaire de rédaction : Marie-Madeleine Martin (01 48 00 54 16) ; maquette : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

■ COMITÉ DE LECTURE Mme Bloch, MM. Bonneau, Cerles, Crédot, Dibout, Ducaroir, Gardella, Guillot, Mattout, Menneteau, Rives-Langes, Vasseur, Vedrenne, Wissing ■ ABONNEMENTS Johan Defert (01 48 00 54 02),

VENTES AU NUMERO Ondine Franca (01 48 00 54 54) ■ PUBLICITÉ GÉNÉRALE Danièle Billon (01 48 00 54 20).

CPPAP – N° 70 756, Imprimé par Léonce Deprez, Béthune, Dépôt légal 1<sup>er</sup> trimestre 1999.