

LE SENEGAL A L'HEURE DE L'ECONOMIE NUMERIQUE : DU PROJET DE LOI SUR LES TRANSACTIONS ELECTRONIQUES

PREMIERE PARTIE : Présentation générale ou macroscopique du projet de loi : du quasi-monopole du support papier à la consécration de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent

CHAPITRE I- Une situation classique marquée par le règne quasiment sans partage du support papier : l'ère de la « plume » ou du « bic »

Jusqu'à une époque récente, l'*instrumentum* n'était, pour l'essentiel, concevable et conçu que dans le sens de support papier – manuscrit ou dactylographié – :

- matérialisant l'accord de volonté des parties voire l'acte ou l'engagement unilatéral ;
- avec, à la fin du document, la signature autographe (réalisée par l'apposition manuelle d'un signe, généralement le nom, sur une feuille de papier, en tout cas sur un support tangible) ;
- et, sur chaque page, le paraphe (les initiales des contractants ou du souscripteur de l'acte).

Seuls bémols à cette « dictature » de l'écrit sur support papier :

- Les survivances de la tradition orale et, partant, des droits usuellement dits coutumiers. La plupart des sociétés africaines traditionnelles ont été et demeurent des sociétés et des peuples de tradition orale (l'absence d'écrit étant néanmoins suppléée par ce qu'il a été convenu d'appeler la mémoire africaine). En effet, hormis le Nord islamique et l'Ethiopie, l'Afrique n'a jamais connu l'écriture ou ne l'a connue que très tardivement. Ainsi – et n'en déplaise parfois aux législateurs avant-gardistes et aux positivistes –, de larges secteurs de la vie africaine sont encore irrésistiblement dominés par des droits coutumiers aussi variés que difficiles d'accès en raison, notamment, de leur légendaire oralité.
- Les possibilités théoriques ou, au mieux, embryonnaires de relations contractuelles par voie électronique en réseau fermé avec les Echanges de données informatisées (EDI), le Minitel ou encore, peut-être, la télévision interactive.

Toujours est-il que, sans avoir effectivement fini d'explorer ces dernières possibilités, les Sénégalais ont été, du fait de la mondialisation, brutalement précipités (en théorie) dans la « toile d'araignée mondiale ». Alors que l'écrit sur support papier n'a toujours pas complètement évincé l'oralité de l'univers juridique africain, alors que l'accès à l'internet est encore très restreint dans le « continent noir », le support électronique y est pourtant apparu et s'y installe progressivement selon un phénomène que semblent pouvoir traduire, toutes proportions gardées, ces paroles d'un poète sénégalais disciple de SENGHOR :
*« Dans mon pays il est des arbres qui naissent
un matin avec fruits aux branches
dans un jardin jamais préparé »¹.*

¹ A. L. SALL, Amantes d'aurores, Les éditions feu de brousse, 1998, p. 83.

CHAPITRE II- Une situation nouvelle marquée par la conquête du support électronique ou support écran : l'ère de la « souris » ou du « clic »

L'expérience a montré que l'évolution du monde se traduit, entre autres, par la multiplication des découvertes scientifiques et de leurs applications concrètes, c'est-à-dire par des innovations techniques. Ainsi, les modes de communication (ou circulation des informations) ont littéralement explosé avec, notamment, l'avènement de l'informatique et, à sa suite, de l'internet. En effet, la naissance et l'essor de l'informatique et de l'internet ont bouleversé les manières et les moyens de communiquer (faire circuler des informations), de penser et/ou d'agir, les rapports des hommes au temps et à l'espace, leurs rapports aux sources d'information et, au-delà, leurs rapports à l'écriture ou aux signes... « Notre époque est dédiée, pour le meilleur et pour le pire, à la technologie, qui permet notamment aux êtres humains de communiquer entre eux par l'intermédiaire des ordinateurs et de se passer en un trait de temps, d'un point à un autre de la planète, des images, des sons et des textes ». Traduisant une forme de triomphe du « système technicien », ce nouvel élément a suscité la naissance de nouvelles disciplines juridiques au premier rang desquelles figure, notamment, ce qu'il a été convenu d'appeler le droit de l'informatique ou, plus spécialement, celui de l'internet. Par ailleurs, l'avènement du « clic » et de la « souris », comme manifestation du consentement ou de l'action, est désormais une réalité : pour ne pas entraver le commerce électronique et les contrats ou actes en ligne par des règles de formation ou de preuve qui ne leur sont pas adaptées, il a été décidé, dans la plupart des systèmes juridiques actuels, de donner droit de cité à l'écrit et à la signature électroniques. Et même si d'aucuns y verront une nouvelle manifestation de mimétisme juridique, le Sénégal se devait de ne pas faire exception à la règle d'adaptation et de modernisation de sa législation.

D'où, entre autres, le projet de loi sur les transactions électroniques qui entend, en guise de droit commun, favoriser le développement du commerce juridique par l'Internet en posant des règles précises. Tout cela se faisant dans la droite ligne des objectifs, axes et principes dégagés par la loi d'orientation sur la société de l'information (LOSI).

Ledit projet de texte institue notamment :

1. Une **définition claire de la notion de communication au public par voie électronique**, cette expression regroupant deux variantes ou sous-ensembles : la communication au public en ligne et la communication audiovisuelle classique ; de la sorte, la LTE permet d'éviter que les principales règles applicables à l'audiovisuel classique ne restent lettre morte sur le terrain plus récent de l'Internet ;
2. Une **consécration, certes sous bénéfice d'inventaire, de la liberté de communication en ligne**. Sans absolutité, le principe de liberté posé par le texte souffre deux séries de limites qui sont autant de soupapes de sécurité contre d'éventuelles atteintes à certains droits et libertés fondamentaux, qu'ils soient individuels ou collectifs, patrimoniaux ou extra-patrimoniaux.
3. Des **obligations (minimales de surveillance) et, partant, des règles**

relatives à la responsabilité des prestataires techniques (fournisseurs d'accès, hébergeurs, éditeurs) ;

4. Une **définition claire de la notion de commerce électronique** ainsi que, entre autres, une sorte de « responsabilité globale » du fournisseur électronique de biens ou de services, un encadrement des sollicitations commerciales par l'interdiction de la publicité non sollicitée par message électronique (« spamming »), sans avoir obtenu le consentement préalable des destinataires ; Ainsi défini, l'originalité du commerce électronique réside, surtout, dans la suppression des distances géographiques et la réduction du temps grâce à la dématérialisation du réel.

Il présente de nombreux avantages pour l'ensemble de ses acteurs :

- pour les entreprises : accès à un marché mondial, réduction des coûts, notamment par la suppression des intermédiaires (liaison directe avec les consommateurs finaux), etc.
- pour les consommateurs : commande sans déplacement, grand choix de produits, disponibilité des services 24 heures sur 24, possibilité de faire jouer la concurrence, etc.

Cela dit, au-delà des faiblesses générales de l'internet (limites quant à l'information, limites quant à la communication, limites quant à la culture, limites quant aux pays en voie de développement...), le développement du commerce électronique a été et, dans une moindre mesure, reste freiné par les craintes engendrées par la dématérialisation des opérations et le remplacement du support papier par un support électronique. En effet, le contrat par l'internet étant dématérialisé – à la différence des contrats traditionnels –, l'absence de support physique paraissait et paraît encore générateur d'insécurité juridique (en rapport avec l'insécurité technique). Néanmoins, prenant acte des garanties apportées par le « système technicien », il a été prévu des dispositions textuelles propres à atténuer voire dissiper les appréhensions et, de la sorte, accroître les transactions et services électroniques.

5. La **participation des hébergeurs et des fournisseurs d'accès à la lutte contre les contenus illicites** ;

6. Une **consécration, dans un double souci d'efficacité et de sécurité, de l'écrit électronique comme équivalent du support papier à plusieurs niveaux** : obligations conventionnelles en général, contrats en général, preuve, signature (avec un corps de mesures réglementaires), facturation.

Eu égard au temps limité qui m'est imparti, j'axerai cette présentation sur ce qui me paraît être le cœur du dispositif, en l'occurrence les dispositions relatives à la preuve et à la signature électroniques. Sachant que, pour le reste, nous pourrions y revenir ensemble dans le cadre du débat qu'il y aura certainement.

DEUXIEME PARTIE : Présentation détaillée ou microscopique des dispositions du projet de loi relatives à la preuve (littérale) et à la signature électroniques

CHAPITRE INTRODUCTIF : La preuve et le droit

☛ NB : sommaire du texte	
PREMIERE PARTIE : Présentation générale ou macroscopique du projet de loi : du quasi-monopole du support papier à la consécration de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent	1
DEUXIEME PARTIE : Présentation détaillée ou microscopique des dispositions du projet de loi relatives à la preuve (littérale) et à la signature électroniques.....	3
☛ NB : sommaire du texte.....	4
§ 1- L'accession de l'écrit électronique au rang de preuve écrite.....	8
§ 2- Les conditions de validité de l'écrit en tant que mode de preuve littérale	8
§§ 1- Conditions relatives à l'écrit proprement dit : l'identification incontestable de l'auteur et l'intégrité de l'écrit.....	8
§§ 2- Conditions relatives à la signature électronique : la validité de la signature.....	10
A- Définition de la signature électronique.....	10
B- Exigence de fiabilité et modalités de sécurisation.....	10
1°) Consécration et relativité de la présomption de fiabilité	10
2°) Conditions de mise en œuvre de la présomption.....	11
a) Une fiabilité établie grâce à un dispositif de création de signature électronique.....	11
b) Une fiabilité établie grâce à un dispositif de vérification de signature électronique.....	12
CHAPITRE II- La force probante de l'écrit électronique	18
§ 1- L'équivalence entre l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique	18
§ 2- Les conflits entre preuves littérales traditionnelle et électronique	19
CHAPITRE III- L'extension à la preuve électronique des règles traditionnellement applicables à la preuve papier	20
§ 1- La charge de la preuve	20
§ 2- Le seuil d'exigence de la preuve écrite.....	20
§ 3- Le cas d'impossibilité de rapporter la preuve par écrit.....	21
§ 4- Le commencement de preuve par écrit informatique.....	21
§ 5- La règle du double original et la formalité du « bon pour » dans les actes sous seing privé.....	21
§§ 1- Exigence du double original	22
§§ 2- Mécanisme du « bon pour ».....	22
§ 6- Le statut des copies et des documents assimilés.....	23
§ 7- La place de l'aveu	23
CONCLUSION GENERALE.....	25

Sens commun de la preuve. Trouvant son étymologie dans le mot latin « *probare* », la preuve est « la démonstration de l'existence d'un fait (...) ou d'un acte (...) dans les formes admises par la loi » (Vocabulaire juridique H. Capitant, sous la dir. de G. Cornu, *Quadrige/Puf*, V° Preuve, 1).

Intérêt et spécificités de la preuve en droit. En cas de contestation, le fait de ne pas pouvoir prouver son droit équivaut, en pratique, à être privé du droit contesté dès l'instant que l'obstacle de la preuve empêche son exercice (sachant que, dans de nombreux cas, particulièrement en matière de contrats, la question de la preuve va se poser dans le contexte d'un litige dont est saisi le juge).

Au regard d'autres preuves comme la preuve scientifique ou la preuve historique, la preuve juridique présente certaines spécificités confinant parfois à la curiosité :

- ainsi, par exemple, tous les moyens ne sont pas permis puisque, dans certains cas, il y a des modes de preuve admissibles et d'autres qui ne le sont pas ;
- en outre, la recherche de la vérité n'est pas toujours le but de la preuve et, aussi curieux que cela puisse paraître, il arrive parfois que l'établissement de la vérité soit interdit ou que l'on préfère recourir à des fictions juridiques.

Domaine du texte : seulement le droit commun de la preuve littérale et, plus précisément, les modes de preuve par écrit électronique. Il existe une grande diversité des règles de preuve selon la discipline concernée (matière pénale, matière civile...) et, dans une même matière, selon l'objet des questions considérées : ainsi, en matière civile, une distinction est faite entre les règles du droit commun de la preuve (preuve des obligations et du paiement) et les régimes spéciaux (en matière d'état des personnes, en matière de propriété, etc.). Dans le cadre du présent texte, ne sont traités que le droit commun et, plus précisément, les modes de preuve par écrit électronique (même s'il convient de ne jamais perdre de vue les liens étroits que cette question entretient avec d'autres : objet de la preuve, la charge de la preuve, autres modes de preuve...).

Vocation du projet de loi à ratisser large en tant que source (complémentaire) d'un droit commun de l'acte ou document juridique électronique. Avec, certes, la préexistence d'une source localisée du droit de la preuve et de la signature électroniques, en l'occurrence le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA). Dans le cadre du programme de modernisation des systèmes de paiement initié par la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), il a été institué un dispositif juridique s'attachant, notamment, « à la sécurisation des paiements électroniques par la reconnaissance dans la zone UEMOA de la preuve électronique relativement à tous les instruments et procédés de paiement électronique ». Il s'agit, en l'occurrence, du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA), édicté par le Conseil de ministres de ladite organisation : le Titre I de la deuxième partie, composé des articles 17 à 30, étant expressément intitulé « *De la preuve électronique* ».

Mais force est de constater le caractère parcellaire ou sectoriel du domaine desdites dispositions qui ne sont applicables qu'à certains « participants » déterminés et à certaines « opérations » données, en l'occurrence les transactions bancaires et financières et les systèmes de paiement. Il s'ensuit

que, malgré l'intimité du couple forme/preuve, ce n'est pas, en réalité, le « contrat électronique », variété de contrat à distance ou par correspondance, qui est encadré par le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA. Qu'elle soit de gré à gré ou d'adhésion², une telle modalité de contrat ne fait donc pas l'objet, de *lege lata*, de dispositions spécifiques ni en droit de l'UEMOA, ni en droit interne sénégalais.

Ainsi, pour remédier aux carences du droit positif en la matière, le projet de loi rapporté entend faire en sorte que, au-delà du cadre strict du paiement, l'acte écrit électronique, de manière générale, fasse son entrée dans le droit civil sénégalais.

Ainsi, le champ d'application de l'écrit numérique sera, comme en droit français, très étendu :

- les contrats synallagmatiques de tous ordres, personnels ou portant sur des droits réels, ayant trait aux choses corporelles ou incorporelles ;
- les actes et contrats unilatéraux comme les reconnaissances de dettes, les titres de créance, le paiement³, etc. : l'article 25 du texte relatif aux mentions à y porter voit à cet égard la mention « *de sa main* » remplacée par les mots « *par lui-même* », ce qui donne une place à la « souris », en concurrence avec la main de l'homme (alors que, par exemple, l'article 22 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales reste encore partiellement vieillot).
- les actes sous seing privé (sous certaines réserves : voir *infra*) et tous les actes authentiques (sans distinguer, l'article 43 dispose que l'acte authentique « *peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par la présente loi* »..

² Le contrat électronique peut prendre essentiellement deux formes :

- en premier lieu, il peut s'agir d'un contrat de gré à gré passant par un échange de messages électroniques entre les parties (« Voulez-vous conclure tel accord, à telles conditions ? Si oui, retournez-nous le présent contrat en fichier attaché, muni de votre signature électronique ») ;
- en second lieu, il peut s'agir d'un contrat d'adhésion (sorte de formulaire électronique) figurant sur l'une des pages du site exploité par le professionnel et proposé comme tel à l'internaute (souvent consommateur), lequel donnera son consentement graduellement en cliquant sur les cas indiquées à cet effet.

³ La doctrine traditionnelle regarde le paiement comme un acte juridique, issu de l'accord des parties (*accipiens* et *solvens*). Mais, en réalité, le paiement n'est certainement pas par nature une convention : il n'exige pas l'accord du créancier qui ne peut refuser un paiement pure et simple (il exige, en revanche, l'accord du créancier et devient alors une convention lorsqu'il y a paiement partiel ou dation en paiement). Cela dit, il convient de ne pas assimiler convention et acte juridique : si le paiement n'est pas une convention, il n'en reste pas moins un acte juridique, c'est-à-dire un acte fait en vue de produire des effets de droit. Du point de vue de son auteur, le paiement est incontestablement un acte juridique et cette nature justifie que le paiement soit soumis aux conditions de capacité, de consentement et de preuve des actes juridiques. Sous l'angle du créancier, la question de la nature juridique du paiement devient complexe : en principe, il n'a pas à donner son accord et le paiement apparaît alors comme un acte unilatéral de son auteur (*solvens*) ; mais, en pratique, il accepte ce paiement et participe même à sa réalisation (par exemple en portant un chèque à l'encaissement), encore que cette acceptation ne constitue qu'une reconnaissance du caractère satisfaisant du paiement et donc une renonciation à élever ensuite une contestation. Il s'ensuit que le paiement est, plutôt qu'une convention proprement dite, une juxtaposition de deux actes unilatéraux : un paiement du côté du *solvens* et une renonciation du côté de l'*accipiens* (cf. A. Bénabent, Droit civil. Les obligations, Montchrestien, 7^e éd., n° 783).

Il convient toutefois de souligner les exceptions prévues par l'article 26, sans doute pour éviter les dangers qu'il y aurait à verser dans le « tout numérique » :

« Il est fait exception aux dispositions de l'article 25 pour :

1° Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ;

2° Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ».

CHAPITRE I- Les conditions de validité de l'écrit électronique à titre de preuve littérale

§ 1- L'accession de l'écrit électronique au rang de preuve écrite

En vainquant certaines « cyberrésistances », une des grandes innovations du projet de loi tient à la reconnaissance de l'écrit électronique en tant que preuve littérale. Alors qu'elle était jusqu'alors assimilée à l'écriture manuscrite (ou dactylographiée) fixée sur support papier, la preuve par écrit fait l'objet d'une redéfinition dans l'objectif de l'adapter aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Selon l'article 39, « *la preuve littérale ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quels que soient le support et les modalités de transmission* ».

Souplesse : extension de la preuve littérale « à l'espace illimité de l'informatique et de la télécommunication »⁴. L'article 39 ne tient aucun compte du support et des modalités de transmission : la preuve littérale n'est plus liée à un support physique, le papier ; elle ne dépend pas davantage de son mode de transfert en cas de communication à distance. L'éventail des supports apparaît ainsi très large : alphabet quelconque, ponctuation, idéogrammes, empreintes digitales, logos, etc.

Correctif nécessaire. L'exigence d'intelligibilité de l'écrit constitue un correctif nécessaire à la souplesse de la définition textuelle de la preuve littérale et amène à se poser la question de savoir si un texte crypté est *a priori* admissible ou, au contraire, condamné. A cette interrogation, l'*opinio doctorum communis* semble admettre que les textes cryptés ne sont pas bannis puisqu'ils restent compréhensibles par certaines personnes. En effet, dès lors qu'un écrit crypté, même si une seule personne est à même de le déchiffrer, peut être compris, il répond à l'exigence d'intelligibilité formulée à l'article 39 du projet de texte : le secret ne vaut pas mystère ! D'ailleurs, en prévoyant un encadrement de la cryptologie, le projet de texte lève toute équivoque quant à l'intelligibilité du procédé.

§ 2- Les conditions de validité de l'écrit en tant que mode de preuve littérale

§§ 1- Conditions relatives à l'écrit proprement dit : l'identification incontestable de l'auteur et l'intégrité de l'écrit

Des conditions vraiment nécessaires (le pourquoi ? des conditions). Alors que les garanties du support papier sont bien connues (intégrité, durabilité, possibilité d'apposer une signature sur le même support matériel que le texte de

l'engagement ou de l'opération...), il y aurait une insécurité informatique et, donc, juridique certaine : l'intégrité d'un document, sa durabilité, sa liaison avec un fichier comportant une signature étant entièrement subordonnées à l'efficacité des systèmes qui, même s'ils sont bien faits pour restituer l'information qu'on y inscrit, soumettent constamment celle-ci à des possibilités de traitement et, partant, à des risques d'altération. Le support écrit informatique, pour s'aligner sur le support écrit papier en ce qui concerne lesdites garanties, a donc besoin d'un « extra », d'un « plus » : il faut que le fichier informatique représentatif de l'*instrumentum* connaisse un état fixe pendant le temps juridiquement nécessaire, au minimum celui requis pour l'exécution des obligations, au maximum celui imposé par les règles de prescription.

Des conditions effectivement posées. Conscient des risques précités, les textes subordonnent la recevabilité et l'efficacité de l'écrit électronique comme preuve à certaines conditions au nombre de deux : aux termes de l'article 40 du projet, « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier (...) sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* »⁵.

Sachant que, selon le même texte, « *la conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de xxx ans et dans les conditions suivantes* :

1. *l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ;*
2. *le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ;*
3. *les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent ».*

Moyens techniques de mise en œuvre des conditions : le cryptage. Plusieurs techniques, qu'il serait prudent de combiner, sont *a priori* envisageables. Il peut s'agir, en premier lieu, de l'attribution de clés (c'est-à-dire un code d'accès chiffré) pour accéder au fichier qui se trouve ainsi placé dans une sorte de coffre-fort virtuel (sachant qu'il y aurait plus de sécurité si l'accès à un seul partenaire indépendamment de ou des autres est impossible). Mais sachant qu'il y a toujours, même avec un code d'accès (qui peut être perdu, volé ou « bidouillé »), des risques de diffuser en clair un document dans un emplacement quelconque, il est possible et conseillé de recourir à une deuxième technique, en l'occurrence celle du cryptage, ce que fait le projet de texte. Par ailleurs, il y a le mécanisme de la tierce certification qui, comme son nom l'indique, suppose l'intervention d'un tiers chargé soit de la gestion des clés par l'émission de certificats, soit de la détention de l'*instrumentum* (ce qui l'apparenterait à un « notaire électronique »). Cette dernière voie présente ~~française avait posées~~ en 1997 pour admettre que la cession d'une créance professionnelle pouvait valablement être acceptée par le débiteur par le moyen d'une télécopie (Cass. com., 2 décembre 1997, JCP 1998. II. 10097, note L. Grynbaum).

toujours, même en présence de clés et/ou de cryptage, un intérêt certain dès l'instant que, en dehors des systèmes conventionnels, il subsistera toujours une suspicion que la preuve, détenue par un seul partenaire, ne respecte pas totalement le principe selon lequel on ne peut se préconstituer sa preuve à soi-même.

§§ 2- Conditions relatives à la signature électronique : la validité de la signature

Sachant que la signature des parties constitue ainsi une condition intrinsèque de validité de l'acte sous seing privé (qui dit preuve littérale dit signature de sorte que, après avoir reconnu l'écrit électronique, il fallait définir et organiser la signature électronique), il convient d'ajouter aux deux exigences posées par l'article 39 du projet une autre condition, en l'occurrence celle de la validité de la signature électronique. Traditionnellement, la signature est réalisée par l'apposition manuelle d'un signe, généralement le nom, sur une feuille de papier, en tout cas sur un support tangible. Puisque les procédures informatiques excluent toute possibilité de manuscrit, on est bien obligé, comme le fait le projet précité, d'accueillir la signature selon le mode numérique (cyber-signature)⁶.

A- Définition de la signature électronique

Le projet, après avoir donné une définition de la preuve littérale suffisamment souple pour englober ses divers modes d'expression (voir *supra*), précise que la signature, lorsqu'elle est électronique, « *consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* » (article 42, al. 2). Il est donc exigé, à juste titre, la fiabilité du procédé utilisé et, en outre, le lien de l'identifiant numérique avec l'acte qui porte sa signature.

B- Exigence de fiabilité et modalités de sécurisation

Comme processus de sécurisation, on songe naturellement au cryptage (auquel on pourrait ajouter la tierce certification). L'alinéa 3 de l'article 42 du projet énonce une présomption simple de fiabilité lorsque la signature électronique est créée : « *la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat qualifié* ».

1°) Consécration et relativité de la présomption de fiabilité

⁶ Notons que la validité de la signature par code secret de la carte bancaire a déjà été admise (cf. Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 342).

En disposant que « *la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire* », l'article 42, al. 3, du projet de loi pose ouvertement et très clairement une présomption simple de fiabilité lorsque la signature électronique est créée. Cette présomption opère un renversement de la charge de la preuve, alors que celui qui s'appuie sur une signature ordinaire devrait en prouver la fiabilité.

2°) Conditions de mise en œuvre de la présomption

Aux termes de l'article 2 du projet de décret sur la signature électronique, la présomption de fiabilité de la signature électronique ne joue que lorsque celle-ci est « *établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat qualifié* ».

a) Une fiabilité établie grâce à un dispositif de création de signature électronique

➤ **Sens.** Un dispositif de création de signature électronique est un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les éléments propres au signataire, tels que des clés cryptographiques privés utilisés par lui pour créer une signature électronique (cf. article 1^{er} du projet de décret sur la signature électronique).

➤ **Conditions de la sécurisation.** Le dispositif de création de signature électronique peut être regardé comme sécurisé s'il **satisfait à diverses exigences** positives (« *doit* ») et négatives (« *ne doit* ») énumérées à l'article 4 du projet de décret précité :

- préservation de l'unicité et de la confidentialité des données de création de signature électronique,
- protection contre les falsifications,
- protection contre toute utilisation par des tiers,
- non-altération du contenu de l'acte à signer.

➤ **Certification de conformité aux exigences de la sécurisation.** Outre les exigences précitées, le dispositif de création de signature électronique doit être **certifié conforme aux exigences précitées** par des organismes agréés par l'Agence de Régulation des Télécommunications (dont les services chargés de la sécurité des systèmes d'information assurent, selon l'article 5, le contrôle de la mise en œuvre des règles prévues à l'article 4) selon des règles définies par instruction prise à cet effet par elle. Cela aboutit à la délivrance d'un certificat de conformité, laquelle est publiée dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de l'Agence de Régulation des Télécommunications.

« *Un dispositif de création de signature électronique ne peut être considéré comme sécurisé que s'il **satisfait aux exigences définies** à l'alinéa 2 ci-après et*

s'il est **certifié conforme** à ces exigences dans les conditions prévues par l'alinéa 3 ci-dessous.

Un dispositif sécurisé de création de signature électronique :

1. doit garantir, par des moyens techniques et des procédures appropriés, que les données de création de signature électronique ne peuvent être :

- établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ;
- trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ;
- protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ;

2. ne doit entraîner aucune modification du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer.

Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit être certifié conforme aux exigences définies à l'alinéa 1 par des organismes agréés par l'Agence de Régulation des Télécommunications et selon des règles définies par instruction prise à cet effet par elle.

La délivrance d'un certificat de conformité est publiée dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de l'Agence de Régulation des Télécommunications ».

b) Une fiabilité établie grâce à un dispositif de vérification de signature électronique

➤ **Sens.** Un dispositif de vérification de signature électronique est un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les éléments de vérifications comme des clés cryptographiques publiques utilisés pour vérifier la signature électronique (cf. article 1^{er} du projet de décret).

➤ **Obligation d'évaluation pour possibilité de certification du dispositif de vérification.** Selon l'article 6 du projet de décret, « *Un dispositif de vérification de signature électronique peut faire, après évaluation, l'objet d'une certification, selon les procédures définies par l'article 4, alinéa 3, du présent décret, s'il répond aux exigences suivantes :*

1° *Les données de vérification de signature électronique utilisées doivent être celles qui ont été portées à la connaissance de la personne qui met en oeuvre le dispositif et qui est dénommée vérificateur ;*

2° *Les conditions de vérification de la signature électronique doivent permettre de garantir l'exactitude de celle-ci et le résultat de cette vérification doit sans subir d'altération être porté à la connaissance du vérificateur ;*

3° *Le vérificateur doit pouvoir, si nécessaire, déterminer avec certitude le contenu des données signées ;*

4° *Les conditions et la durée de validité du certificat électronique utilisé lors de la vérification de la signature électronique doivent être vérifiées et le résultat de cette vérification doit sans subir d'altération être porté à la connaissance du vérificateur ;*

5° *L'identité du signataire doit sans subir d'altération être portée à la connaissance du vérificateur ;*

6° *Lorsqu'il est fait usage d'un pseudonyme, son utilisation doit être clairement portée à la connaissance du vérificateur ;*

7° *Toute modification ayant une incidence sur les conditions de vérification de la signature électronique doit pouvoir être détectée ».*

➤ **Mentions obligatoires du certificat électronique.** Aux termes de l'article 7 du projet de décret :

« Un certificat électronique ne peut être regardé comme qualifié que s'il est délivré par un prestataire de services de certification qualifié et s'il comporte :

1° *Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ;*

2° *L'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'Etat dans lequel il est établi ;*

3° *Le nom du signataire ou un pseudonyme, celui-ci devant alors être identifié comme tel ;*

4° *Le cas échéant, l'indication de la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat électronique est destiné ;*

5° *Les données de vérification de signature électronique qui correspondent aux données de création de signature électronique ;*

6° *L'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ;*

7° *Le code d'identité du certificat électronique ;*

8° *La signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification électronique qui délivre le certificat électronique ;*

9° *Le cas échéant, les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé ».*

➤ **Auteur de la délivrance du certificat électronique.** Aux termes de l'article 7 du projet de décret, « *un certificat électronique ne peut être regardé comme qualifié que s'il est délivré par un prestataire de services de certification qualifié...* » (voir *infra*). Sachant que, selon l'article 10, « *un certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique établi dans un Etat étranger a la même valeur juridique que celui délivré par un prestataire établi sur le territoire sénégalais, dès lors :*

1° *Que le prestataire satisfait aux exigences fixées au 2° de l'article 8 du présent décret ;*

2° *Ou qu'un accord auquel le Sénégal est partie l'a expressément prévu ».*

➤ **Conditions et procédure de qualification des prestataires de services de certification.** Aux termes de l'article 9 du projet de décret :

« Les prestataires de services de certification électronique qui satisfont aux exigences fixées à l'article 7 peuvent demander à être reconnus comme qualifiés.

Cette qualification, qui vaut présomption de conformité auxdites exigences, est délivrée par les organismes ayant reçu à cet effet une accréditation délivrée par une instance désignée par arrêté du ministre chargé de l'industrie. Elle est précédée d'une évaluation réalisée par ces mêmes organismes.

L'arrêté du ministre chargé de l'industrie prévu à l'alinéa précédent détermine la procédure d'accréditation des organismes et la procédure d'évaluation et de qualification des prestataires de services de certification électronique.

Cette qualification vaut présomption de conformité et est délivrée par les services de l'Agence de Régulation des Télécommunications. Elle est précédée d'une évaluation réalisée par ces mêmes services.

Une instruction prise par l'Agence de Régulation des Télécommunications détermine la procédure d'évaluation et de qualification des prestataires de services de certification électronique ».

➤ **Obligations des prestataires de services de certification qualifiés.** Le certificat électronique est délivré par un prestataire de services (de certification électronique) qui est astreint à de nombreuses obligations précisées par l'article 8 du projet de décret : prévoir un service d'annuaire, assurer l'horodatage des données, employer un personnel compétent, prévenir les falsifications, etc.

« Un prestataire de services de certification électronique doit satisfaire aux exigences suivantes :

1° Faire preuve de la fiabilité des services de certification électronique qu'il fournit ;

2° Assurer le fonctionnement, au profit des personnes auxquelles le certificat électronique est délivré, d'un service d'annuaire recensant les certificats électroniques des personnes qui en font la demande ;

3° Assurer le fonctionnement d'un service permettant à la personne à qui le certificat électronique a été délivré de révoquer sans délai et avec certitude ce certificat ;

4° Veiller à ce que la date et l'heure de délivrance et de révocation d'un certificat électronique puissent être déterminées avec précision ;

5° Employer du personnel ayant les connaissances, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture de services de certification électronique ;

6° Appliquer des procédures de sécurité appropriées ;

7° Utiliser des systèmes et des produits garantissant la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assurent ;

8° Prendre toute disposition propre à prévenir la falsification des certificats électroniques ;

9° Dans le cas où il fournit au signataire des données de création de signature électronique, garantir la confidentialité de ces données lors de leur création et s'abstenir de conserver ou de reproduire ces données ;

10° Veiller, dans le cas où sont fournies à la fois des données de création et des données de vérification de la signature électronique, à ce que les données de création correspondent aux données de vérification ;

11° Conserver, éventuellement sous forme électronique, toutes les informations relatives au certificat électronique qui pourraient s'avérer nécessaires pour faire la preuve en justice de la certification électronique.

12° Utiliser des systèmes de conservation des certificats électroniques garantissant que :

- l'introduction et la modification des données sont réservées aux seules personnes autorisées à cet effet par le prestataire ;

- l'accès du public à un certificat électronique ne peut avoir lieu sans le consentement préalable du titulaire du certificat ;

- toute modification de nature à compromettre la sécurité du système peut être détectée ;

13° Vérifier, d'une part, l'identité de la personne à laquelle un certificat électronique est délivré, en exigeant d'elle la présentation d'un document officiel d'identité, d'autre part, la qualité dont cette personne se prévaut et conserver les caractéristiques et références des documents présentés pour justifier de cette identité et de cette qualité ;

14° S'assurer au moment de la délivrance du certificat électronique :

- que les informations qu'il contient sont exactes ;

- que le signataire qui y est identifié détient les données de création de signature électronique correspondant aux données de vérification de signature électronique contenues dans le certificat ;

15° Avant la conclusion d'un contrat de prestation de services de certification électronique, informer par écrit la personne demandant la délivrance d'un certificat électronique :

- des modalités et des conditions d'utilisation du certificat ;

- du fait qu'il s'est soumis ou non au processus de qualification volontaire des prestataires de services de certification électronique mentionnée à l'article 9 ;

- des modalités de contestation et de règlement des litiges ;

16° Fournir aux personnes qui se fondent sur un certificat électronique les éléments de l'information prévue au 15° qui leur sont utiles.

17° Posséder des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités et, le cas échéant, indemniser les utilisateurs de ses services ayant subi des dommages du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations ».

➤ **Contrôle et sanctions des obligations des prestataires de services de certification qualifiés.** Aux termes de l'article 11 du projet de décret :

« Le contrôle du respect par les prestataires de services de certification des exigences prévues à l'article 7 peut être effectué d'office ou à l'occasion de toute réclamation mettant en cause un prestataire de services de certification, par les services de l'Agence de Régulation des Télécommunications.

Lorsque ce contrôle révèle qu'un prestataire n'a pas satisfait à ces exigences, les services de l'Agence de Régulation des Télécommunications assurent la publicité des résultats de ce contrôle. Dans le cas où le prestataire a été reconnu comme qualifié, ils en informent l'organisme de qualification.

L'Agence de Régulation des Télécommunications fixe par Instruction les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre des prestataires défaillants. Ces sanctions, pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer l'activité de prestataire de services de certification, seront prononcées par les services compétents de l'Agence de Régulation des Télécommunications. Toute sanction prononcée devra faire l'objet de publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de l'Agence de Régulation des Télécommunications.

Les mesures prévues à l'alinéa précédent doivent faire l'objet, préalablement à leur adoption, d'une procédure contradictoire permettant au prestataire de présenter ses observations ».

CHAPITRE II- La force probante de l'écrit électronique

§ 1- L'équivalence entre l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique

Textes. Deux textes – faisant, quelque part, double emploi mais rappelant aussi l'aphorisme selon lequel « c'est à force de taper sur un clou qu'on l'enfoncé » – proclament la force probante de l'écrit électronique :

- Article 40, al. 1^{er}, du projet de loi : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».
- Article 3 du projet de décret : « *Une signature électronique ne peut être déclarée irrecevable au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.*

La signature électronique sécurisée liée à un certificat électronique qualifié a la même force probante que la signature manuscrite ».

Règle d'équivalence ou absence de hiérarchie entre l'écrit traditionnel et l'écrit électronique. De ces dispositions, il résulte clairement qu'il y a une nette équivalence entre l'écrit traditionnel et l'écrit électronique satisfaisant aux conditions exigées par le projet de loi. Il n'y a, ainsi, aucune hiérarchie établie entre l'écrit classique et l'écrit électronique, ce dernier ne constituant donc pas une preuve de second rang (ce qui aurait été le cas s'il avait été admis, d'une part, que la preuve contraire pourrait être rapportée contre un écrit électronique sur le fondement de présomptions graves, précises et concordantes et, d'autre part, qu'il ne pourrait pas être prouvé par écrit électronique contre ou outre un écrit rédigé sur des registres ou papiers quelconques signés par les parties⁷).

Appréciation critique. La règle d'équivalence entre l'écrit classique et l'écrit numérique a, sans aucun doute, le mérite – tout au moins théorique – de la simplicité puisque, en s'abstenant de dresser l'un contre l'autre les deux systèmes probatoires, l'antique et le moderne, les rédacteurs du projet de loi ont ainsi voulu (à l'instar du législateur français) se montrer respectueux du principe d'unité des règles de la preuve littérale. En effet, l'intérêt majeur de l'assimilation ainsi faite est de faire entrer la preuve informatique dans le système probatoire traditionnel sans lui attribuer de place particulière, plus forte ou moins forte que les modes de preuve classiques.

Il n'en demeure pas moins que cette orientation pourrait critiquée, comme risquée ou audacieuse, par certains dans la mesure où il paraît techniquement difficile de garantir l'intégrité de l'écrit électronique. « Il est prématuré de mettre à égalité la preuve papier et la preuve numérique, alors que le système informatique n'est pas à l'abri des risques de fraude et des erreurs de manipulation et que de telles preuves sont, pour une très large part, établies et

conservées de façon unilatérale par les professionnels, vendeurs de biens ou prestataires de services. La sagesse eût voulu que, dans un premier temps, l'écrit électronique pût être contesté librement, à l'opposé de l'acte sous seing privé classique destructible, quant à lui, uniquement par un autre écrit »⁸. En tout état de cause, la consécration, s'il y a lieu, de l'équivalence des deux modalités de preuve littérale conduit à s'interroger sur les conflits de preuve pouvant survenir entre écrit traditionnel et écrit électronique.

§ 2- Les conflits entre preuves littérales traditionnelle et électronique

Réalité du conflit. Le refus de toute hiérarchie entre l'écrit sur support papier et l'écrit électronique pose inévitablement, « pour les plus grands délices des amateurs du conflictualisme »⁹, le problème des conflits entre preuves littérales. La question est d'une réalité et d'une pertinence telles qu'elle a été envisagée ouvertement par le projet de loi : selon l'article 41, « *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ».

Silence du Règlement UEMOA sur la solution du conflit. Une disposition analogue à celle contenue dans l'article 41 du projet de loi n'a pas été reproduite dans le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA et, de ce fait, y reste entière l'incertitude sur la solution des conflits de preuve littérale. On pourrait néanmoins penser que, malgré le silence – somme toute curieux du texte dont les rédacteurs, pour une fois, auraient dû aller jusqu'au bout de leur penchant pour le mimétisme – du règlement, une solution analogue à celle du droit inspirateur pourrait être retenue : en l'absence de principes fixés par les textes et de convention des parties sur la preuve susceptible de prévenir le conflit, le juge aurait ainsi une liberté d'appréciation.

⁸ H. Roland et L. Boyer, Introduction au droit, Litec, 2002, n° 1752. Dans le même sens, F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6^e édition, 2003, n° 549 ; Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, Litec, 10^e édition, 2004, n° 574.

⁹ F. Terré, *op. cit.*, n° 550.

CHAPITRE III- L'extension à la preuve électronique des règles traditionnellement applicables à la preuve papier

Dès l'instant que « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* » (article 40 du projet de loi), les règles propres à la preuve papier peuvent s'appliquer à la preuve informatique, sauf exception juridiquement explicite ou techniquement implicite. Cela dit, la transposition de certaines de ces règles, traditionnellement conçues pour la preuve papier, dans l'univers électronique mérite des remarques particulières (les remarques ci-après ne seront donc pas exhaustives).

NB : dans le silence du projet de loi sur la plupart de ces règles classiques, il sera ici fait référence aux dispositions correspondant du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales (COCC).

§ 1- La charge de la preuve

Rappel du droit positif traditionnel. Le principe est que la charge de la preuve pèse sur le demandeur. Selon l'article 9 du COCC :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation (ou d'un paiement) doit en prouver l'existence.

Celui qui se prétend libéré doit prouver que l'obligation est inexistante ou éteinte ».

Le principe légal souffre néanmoins une exception constituée par les présomptions légales : « *celui qui établit les actes ou faits auxquels la loi a attaché une présomption bénéficie pour le surplus d'une dispense de preuve* » (article 10, al. 1^{er}, du COCC).

Difficultés pratiques probables dans le secteur informatique. Les règles précitées valables pour le papier le sont aussi pour le numérique et, par conséquent, celui qui veut détruire une apparence doit en prendre l'initiative. Or, en matière informatique, la difficulté est que celui contre lequel l'apparence est invoquée (« bénéficiaire de l'apparence ») sera le plus souvent le prestataire qui excipera d'un état. Par ailleurs, dans de très nombreuses conventions, seul le prestataire conservera sérieusement la trace informatique de l'opération. Ainsi, son partenaire récalcitrant, qui n'aura pas pris les mêmes précautions, exigera et obtiendra (en pratique), pour combattre l'apparence qui lui est défavorable, que la trace informatique présente dans les systèmes du prestataire soit représentée. Ce qui, le cas échéant, aboutira, du point de vue des dogmes classiques, à un renversement de la charge de la preuve.

§ 2- Le seuil d'exigence de la preuve écrite

Aux termes de l'article 14 du COCC (rappr. article 1341 du Code civil français), « *il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de*

toute convention (à laquelle on devrait ici assimiler, comme en droit français, l'opération de paiement) *dont l'objet excède 20.000 francs* ». Il y a donc lieu de soumettre l'exigence d'un écrit électronique également au dépassement de ce seuil et il ne pourrait pas y avoir deux seuils selon qu'un écrit est informatique ou non (même si l'on pourrait trouver le seuil actuel trop bas ou, au contraire, trop élevé).

§ 3- Le cas d'impossibilité de rapporter la preuve par écrit

Selon l'article 15 du COCC, « *la règle ci-dessus* (énoncée à l'article 14 précité) *reçoit exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer ou de produire une preuve écrite de la convention* (à laquelle on doit ici assimiler, comme en droit français, l'opération de paiement) ». On pourrait ainsi imaginer :

- une impossibilité physique de rapporter la preuve par écrit électronique (par exemple, logiciels trop dépassés pour être exécutés) ;
- une impossibilité morale de rapporter la preuve par écrit électronique, notamment dans les hypothèses traditionnelles où il existe des liens de famille ou, plus largement de proximité ;
- une perte de l'écrit électronique (détériorations de supports, effacements accidentels, effacements suite à des actes de sabotage ou de piratage, à l'infection par des virus...).

§ 4- Le commencement de preuve par écrit informatique

Aux termes de l'article 16, al. 1^{er}, du COCC, « *les témoignages et présomptions sont (...) recevables lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit* » défini, par l'alinéa 2 du même texte, comme « *tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué et qui émane de celui auquel on l'oppose, de son auteur ou de son représentant* ».

Avant la réforme opérée par la loi du 13 mars 2000, la jurisprudence française ne reconnaissait aux traces informatiques que la valeur d'un commencement de preuve par écrit. Depuis, on sait que « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci...* » sous certaines conditions d'intégrité et de signature (voir *supra*). Aujourd'hui, ce n'est donc que lorsque ces conditions ne sont pas réunies que la trace informatique ne serait considérée, au mieux, que comme un commencement de preuve par écrit : tel serait le cas de nombreux *emails* ou commandes à distance sur des sites puisque l'indication de l'identifiant de messagerie par un internaute ne remplit pas véritablement la fonction d'une signature électronique, l'ensemble du dispositif n'étant pas sécurisé.

§ 5- La règle du double original et la formalité du « bon pour » dans les actes sous seing privé

§§ 1- Exigence du double original

Dans le secteur traditionnel du papier. Pour les contrats synallagmatiques, catégorie qui comprend la quasi-totalité des contrats usuels, l'acte doit être établi en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct (pour permettre la comparaison), sachant que chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux établis. Ainsi, chacune des parties pourra contraindre la ou les autres à l'exécution de la convention puisque chacune aura entre les mains la preuve du contrat. Des copies, même certifiées conformes, et des photocopies du texte original signé ne sont pas des originaux et ne dispensent pas de la représentation de l'original, sauf s'il s'agit d'une copie certifiée conforme dans les conditions de l'article 28 du COCC (voir *infra*). S'il n'a pas été satisfait à la formalité du double original, la validité du contrat n'est nullement affectée mais l'écrit ne vaut plus que commencement de preuve par écrit (voir *supra*).

Quid dans le secteur moderne du numérique ? En matière informatique, la distinction entre original et copie devient techniquement illusoire et on peut même dire que, dans la plupart des cas, la première sortie papier n'est que la copie de ce que les rédacteurs ont préparé dans le système. Dès lors, on en arrive à se demander si la règle du double original, destinée à faciliter une comparaison entre les divers exemplaires, n'aurait pas perdu son intérêt dans ce secteur. On fait remarquer, en effet, que cette comparaison devient inutile si le même document (sécurisé) est librement accessible à chacune des parties ou, *a fortiori*, s'il n'est accessible qu'à l'issue d'une double démarche par utilisation de clés symétriques ou asymétriques.

Cela dit, dès lors que cela est techniquement faisable, rien n'interdirait d'organiser des procédures de comparaison automatique entre deux versions d'un même fichier ou de prévoir plusieurs fichiers en plusieurs endroits pour les opérations importantes.

§§ 2- Mécanisme du « bon pour »

Dans le secteur traditionnel du papier. Pour les actes contenant un engagement unilatéral, il suffit d'un original qui sera remis au créancier puisque lui seul aura besoin, le cas échéant, de faire la preuve de l'opération (c'est le cas, par exemple, d'une reconnaissance de dette, d'un cautionnement). Néanmoins, l'article 22 du COCC les soumet à la formalité du bon pour :

« L'acte sous seings privés contenant un engagement unilatéral doit être rédigé en entier de la main de celui qui le souscrit.

Dans le cas contraire, il faut que celui qui s'engage écrive de sa main, outre sa signature, un bon pour ou un approuvé portant en toutes lettres le montant de son obligation dont il fait preuve.

La présence des témoins certificateurs dispense les illettrés de l'accomplissement de la présente formalité ».

Quid dans le secteur moderne du numérique ? Tenant compte de l'accession de l'écrit électronique au rang de preuve littérale, l'article 25 du projet de loi (à

la différence du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA¹⁰) a, pour la mise en œuvre de la formalité du « bon pour » dans ce secteur, substitué la formule « écrite par lui-même » à celle précédente « écrite de sa main » (ce qui donne une place à la « souris », en concurrence avec la main de l'homme).

§ 6- Le statut des copies et des documents assimilés

Dans le secteur traditionnel du papier. Puisque l'exigence d'un écrit peut apparaître excessive dans certains cas, les textes ont prévu des tempéraments à cette règle. C'est ainsi qu'il a été permis, sous certaines réserves, de faire la preuve par la présentation d'une copie, ce qui évite d'avoir à conserver un titre original encombrant. Aux termes de l'article 28 du COCC :

« La copie, photocopie ou toute autre reproduction d'actes authentiques, ou d'actes sous seings privés a la même force probante que l'acte lui-même lorsqu'elle est certifiée conforme par un officier public ou, dans les limites de leurs attributions, par le conservateur de la propriété foncière et le receveur de l'enregistrement.

La copie, photocopie ou toute autre reproduction d'actes sous seings privés a également la même force probante que l'acte lui-même, lorsqu'elle est certifiée conforme par un officier de police judiciaire ».

Quid dans le secteur moderne du numérique ? Le statut des copies suit la même logique de dilution entre original et copie dans l'univers informatique : toutes les traces intégrées dans le système devront être considérées comme des originaux. Cela dit, reste envisageable la copie de certains éléments originaux comme les sorties d'écran ou listes d'imprimante (il est bien clair que le support de l'écrit électronique est le support électronique et non le tirage papier de l'enregistrement électronique).

§ 7- La place de l'aveu

L'aveu est la reconnaissance par une personne d'un acte (ou d'un fait) juridique invoqué contre cette personne. Il est traditionnellement considéré comme la reine des preuves, mais l'expérience démontre que ce « statut » n'est pas toujours conforme à la réalité. Sa force probante diffère selon que l'aveu est judiciaire ou extrajudiciaire mais l'entrée dans l'ère du numérique ne devrait rien changer aux règles traditionnelles.

L'aveu judiciaire correspond à la déclaration écrite (conclusions) ou orale (paroles prononcées lors d'une audience ou lors d'une éventuelle comparution personnelle des parties) que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. « Recevable en toute matière, l'aveu judiciaire de la partie, ou de son fondé de pouvoir spécial, fait pleine foi contre celui dont il émane » (article 33, al. 1^{er}, du COCC). Il présente un caractère irrévocable, sauf erreur de fait, et indivisible (article 33, al. 2, du COCC).

¹⁰ Sachant que le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA n'est à cet égard d'aucun secours et que cette démarche adaptatrice n'a pas encore été effectuée dans le COCC (dont l'article 22 précité reste inchangé), il s'ensuit, en l'absence de texte, qu'il appartiendra alors aux tribunaux de se prononcer, le cas échéant, sur les moyens d'appliquer les dispositions de l'article 22 aux actes établis sur support électronique.

L'aveu extrajudiciaire est celui qui est fait dans des conditions autres que celles de l'article 33 du COCC, c'est-à-dire soit en dehors d'un procès, soit ailleurs que devant le juge, par exemple au cours d'opérations d'expertise. La preuve d'un tel aveu doit être rapportée par celui qui l'invoque et, s'il y a lieu, il « *vaut présomption du fait de l'homme* » (article 32 du COCC). Or, d'après l'article 29 du même code, « *la preuve (...) par présomptions du fait de l'homme (n'est) admissible (...) que (lorsque) la préconstitution de la preuve écrite n'est pas obligatoire* » et qu' « *elle n'est pas recevable contre et outre le contenu d'un acte écrit* ». Quant à sa force probante, « *les (...) présomptions sont abandonné (e)s à la prudence du magistrat qui en apprécie la gravité, la précision ou la concordance* » (article 30 du COCC).

L'aveu extrajudiciaire conserve pleinement sa place dans l'univers électronique de sorte que, par exemple, un paiement pourrait éventuellement être constitutif d'un tel aveu.

CONCLUSION GENERALE

L'informatique et, grâce à elle, l'internet ont indéniablement constitué, dans tous les secteurs, un tournant déterminant dans l'art de la communication au sens de circulation des informations : la conjonction de ces deux outils a été à la source d'une (r)évolution technique comparable à celle provoquée, au XV^e siècle, par l'invention de l'imprimerie par Gutenberg. Il a donc fallu, pour que les risques d'insécurité informatique liés à la dématérialisation des supports n'aboutissent à une insécurité juridique, déclencher une (r)évolution juridique subséquente, notamment pour « fixer les formes qui seules peuvent faire retrouver les traces des obligations et des preuves de la libération ». C'est ainsi que, à côté de l'antique support papier et à la traditionnelle signature autographe, l'espace sénégalais du droit a dû « se brancher » et s'ouvrir au phénomène du « clic » ou de la « souris » par la consécration de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent.

