

L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent

Éric LABBÉ

Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage
Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP
/ CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION | 1 |
| 1. L'EFFICACITÉ TECHNIQUE EN TANT QUE FINALITÉ DE LA NORME | 4 |
| 2. L'EXIGENCE D'EFFICACITÉ PRÉCISÉE PAR LA DÉSIGNATION DE « TECHNIQUES PHARES » | 8 |
| CONCLUSION | 11 |

Introduction

Inspiré par la réception des nouvelles techniques par le droit de la propriété intellectuelle, André Lucas profitait d'une précédente conférence organisée par la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour dénoncer la technicité des récents développements législatifs et invitait les législateurs à faire preuve de plus de simplicité et de retenue dans la rédaction des instruments juridiques qui appréhendent les technologies¹. Quelques années se sont écoulées depuis cet appel, mais rien n'indique encore qu'il ait été entendu et compris. Interpellés par les différents lobbies et projetés dans l'univers souvent hypnotisant de la technique, les légistes n'ont pas cessé d'intégrer aux textes de loi des concepts issus de la technique elle-même, qu'ils ont pris soin de définir et auxquels ils ont accordés des effets juridiques rarement négligeables : certification, répertoire, intermédiaire, hébergement, intégrité, neutralisation, support numérique/électronique, cryptographie, etc. La loi se technicise toujours, attestant peut-être de la fonction

¹ Intervention présentée le 26 octobre 2000 dans le cadre du cycle de conférences *Le lisible et l'illisible* organisé par le Centre de recherche en droit public et la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le texte est disponible en ligne sur Juriscom.net : André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi, l'exemple de la propriété intellectuelle », (27 janvier 2001) *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/uni/doc/20010127.htm>.

réflexive du droit, qui rend la normativité juridique indissociable de la réalité qu'elle entend régir. S'abreuvant ainsi à un quotidien de plus en plus technicien, pour ensuite l'appréhender, les lois peuvent-elles être plus simples que les phénomènes qu'elles ont vocation à encadrer ?

À défaut de ne pouvoir (ou vouloir) formuler des lois moins techniques et plus accessibles, les législateurs ont tenté de limiter le nombre de leurs interventions en libellant les textes législatifs de manière à éviter qu'ils ne deviennent rapidement obsolètes sur le plan technique, suivant ainsi le principe des lois dites « technologiquement neutres ». Un tel objectif ne pouvait être poursuivi que par l'adoption de définitions techniques finalistes (ou normes de résultat²), par ailleurs favorables au développement de technologies concurrentielles : dans un contexte de libre marché, il est rarement souhaitable de choisir exclusivement une technologie particulière pour assurer un objectif légal³. Une telle stratégie crée une situation monopolistique que répugnent le principe de libre concurrence et son corollaire technique, le progrès.

La consécration des normes de résultat comme principal véhicule d'expression des lois « technologiquement neutres » ne se fait pas sans heurt. Les définitions finalistes de la technique, qui ont le désavantage d'être moins précises sur le plan technique, posent de nombreux problèmes d'interprétation, au risque de modifier ou d'affaiblir la portée des textes législatifs qui y ont recours. Au nombre des défis que pose l'encadrement juridique des technologies de l'information, apparaît donc la difficulté de concilier la pérennité

² On oppose la norme de résultat à la norme de moyen, qui concerne seulement une technologie particulière. Une norme dont l'application vise la cryptographie asymétrique (norme de moyen) se distingue, par exemple, d'une norme relative aux technologies assurant la confidentialité d'un contenu numérique (norme de résultat).

³ Pamela SAMUELSON, « Five Challenges for Regulating the Global Information Society », dans Christopher T. MARSDEN (dir.), *Regulating The Global Information Society*, London, Routledge, 2000, p. 316, en ligne : [http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/5challenges_feb22_v2\(final\).doc](http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/5challenges_feb22_v2(final).doc) : « *For a legislature to adopt, for example, a digital signature law that endorses a particular technology may be a mistake for at least two reasons: first, because such a law is likely to become outmoded as technology evolves; and second, because such a law may unwittingly tilt the market so as to benefit certain developers to the detriment of competitors who offer a different solution, as well as the public who might have preferred that other technology if given a chance* ».

technique du droit avec le besoin de certitude qui caractérise la normativité juridique⁴. Le processus actuel de technicisation des lois serait de la sorte marqué par un dilemme cornélien entre la prévisibilité technique, que sont sensées assurer les définitions techniques finalistes, et la prévisibilité juridique, que suppose l'incorporation législative de technologies spécifiques grâce à des normes de moyens.

L'intégration de plus en plus fréquente du concept d'efficacité technique en droit fournit une intéressante illustration de cette problématique. L'élaboration d'une réglementation consacrée à l'usage de techniques est un exercice qui ne peut faire fi de ce critère. Un organisme de normalisation qui entend, par exemple, adopter une norme de moyen, évalue généralement l'efficacité respective des techniques qui lui sont présentées en fonction d'objectifs préétablis. C'est ce que tout consommateur consciencieux effectue naturellement lorsqu'il acquiert un outil technique susceptible de répondre à ses besoins. Ce processus rationnel de sélection est cependant inexistant lorsque le principe de neutralité technologique est appliqué et que la norme envisagée reçoit en conséquence une formulation finaliste. Les destinataires/utilisateurs sont, dès lors, privés de l'indication précise du degré d'efficacité escompté, qui est inhérent dans le cas des normes de moyen⁵, au profit d'un libellé techniquement évolutif. Les descriptions techniques finalistes des normes technologiquement neutres, comme le fait de restreindre certains actes (dispositifs techniques de protection du droit d'auteur) ou de préserver l'intégrité d'un document électronique (pour en permettre la preuve), ne fournissent rien de plus que des objectifs. L'imprécision potentielle qui en résulte invite les législateurs à préciser davantage leur volonté.

Comment peut-on alors concilier le souci de neutralité technologique et le besoin de préciser le degré d'efficacité technique exigé par un instrument juridique? Les textes

⁴ Sur la question du besoin de certitude en droit, Jacques CHEVALIER remarque que l'ordre juridique doit, en tant que facteur de sécurité et de stabilité sociale, se présenter comme un ensemble cohérent, intégré et monolithique. L'idéal d'une logique juridique formelle ne constitue cependant qu'un mythe favorable à l'entreprise de systématisation du droit, auquel tendent les efforts de la communauté juridique. J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans J. CHEVALLIER et Danièle LOCHAK (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, CURAPP, 1983, p. 11-13.

⁵ Par exemple, la norme de moyen qui consacre la cryptographie asymétrique n'a pas à préciser le degré d'efficacité attendu : le degré d'efficacité sera celui que procure la cryptographie asymétrique.

législatifs qui ont tenté de relever ce défi adoptent au moins deux approches. La première stratégie consiste simplement à ajouter un critère d'efficacité technique aux finalités poursuivies par une norme de résultat (1). La seconde, plus exigeante, a pour effet de consacrer des « techniques phares » qu'un organisme spécialisé sélectionne en raison de leur niveau d'efficacité (2).

1. L'efficacité technique en tant que finalité de la norme

L'intégration par les Traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996⁶ du concept d'efficacité technique illustre bien la méthode qui, grâce à l'ajout d'une finalité, tente de délimiter le degré d'efficacité prescrit par une norme technologiquement neutre. En vertu de ces instruments juridiques internationaux, les États parties doivent prévoir une protection juridique adaptée contre la neutralisation de « mesures techniques efficaces » qui restreignent l'accomplissement d'actes, comme la reproduction d'une œuvre, non autorisés par les auteurs⁷. Il ne suffit pas que les dispositifs visés restreignent des actes réservés aux titulaires de droits, ils doivent également y parvenir efficacement. La formule, comme plusieurs l'ont déjà notée⁸, côtoie le paradoxe : pourquoi est-il nécessaire de sanctionner juridiquement la neutralisation de mesures techniques efficaces? Une réponse pragmatique à cette question est forcément dépendante d'une conception qualitative de l'efficacité technique, qui admet l'existence de techniques plus ou moins efficaces. Une conception binaire qui opposerait les techniques inefficaces aux techniques impossibles à neutraliser viderait, au contraire, la protection juridique de son sens. Dans la décision *Universal City Studio Inc. v.*

⁶ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, adopté par la Conférence diplomatique du 20 décembre 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/94 (23 décembre 1996) (ci-après WCT), et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, adopté par la Conférence diplomatique du 20 décembre 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/95 (23 décembre 1996) (ci-après WPPT).

⁷ Articles 11 du WCT et 18 du WPPT.

⁸ Jacques de WERRA, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », (2001) 189 *R.I.D.A.*, disponible également sur le site du Congrès de l'ALAI 2001 : <<http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/dewerraFR.doc>>; Pierre SIRINELLI, « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions au droit d'auteur et droits voisins », rapport présenté dans le cadre du Congrès de l'ALAI 2001 et disponible en ligne : http://www.alai-usa.org/2001_conference/Reports/GenRep_id2_fr.doc.

Reimerdes⁹, la Cour fédérale du district de New York n'interprète pas autrement la mise en œuvre américaine du critère d'efficacité :

« Yet defendants' construction, if adopted, would limit the application of the statute to access control measures that thwart circumvention, but withhold protection for those measures that can be circumvented. In other words, defendants would have the Court construe the statute to offer protection where none is needed but to withhold protection precisely where protection is essential. The Court declines to do so. »¹⁰

Si le libellé des articles 11 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et 18 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* appelle manifestement une gradation de l'efficacité technique, il ne fournit aucun indice sur le degré d'efficacité exigé pour rendre la protection juridique applicable. Comment alors tracer une ligne de démarcation précise ? Le législateur européen offre sur ce point une solution circulaire¹¹ étonnante :

« Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une oeuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection. »¹²

Selon cette formulation, une mesure technique de protection est donc réputée efficace lorsqu'elle atteint son objectif de protection. Ce retour à la case départ est évidemment inutile et ne fournit guère plus d'indication que les dispositions de l'OMPI. Pour Pierre Sirinelli, la formule retenue par le législateur américain constituerait, au contraire, une interprétation « rationnelle »¹³ de la condition d'efficacité. Celle-ci prévoit que :

⁹ 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000). Décision confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Universal City Studio Inc. v. Reimerdes* 273 F.3d 429 C.A.2 (N.Y. 2001).

¹⁰ *Id.*, 318.

¹¹ P. SIRINELLI, *loc. cit.*, note 8; Antoine LATREILLE, « La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation », (2002) 2 *Propriétés intellectuelles* 35, 41-42.

¹² *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, J.O.L. 167/10 du 22 juin 2001.

¹³ P. SIRINELLI, *loc. cit.*, note 8.

« (B) a technological measure "effectively controls access to a work" if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.

[...] (B) a technological measure "effectively protects a right of a copyright owner under this title" if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title. »¹⁴

Le recours à l'expression « dans le cours ordinaire de son opération » présente l'avantage d'exclure de la protection juridique toute mesure technique qui, en l'absence d'une intervention inhabituelle dans son processus, ne réussit ni à restreindre l'accès à une œuvre ni à empêcher l'exercice d'un droit d'auteur. Une mesure technique qui serait neutralisée accidentellement¹⁵ ou trop facilement¹⁶, d'un simple clic par exemple¹⁷, ne devrait bénéficier d'aucune protection au sens des Traités de l'OMPI de 1996. Le degré d'efficacité qu'implique une telle interprétation est donc minimal, puisque le critère d'efficacité n'est pas défini en fonction de l'ensemble des possibilités de neutralisation, comme en matière de sécurité informatique, mais selon une représentation abstraite de la mesure technique, qui fait fi de tout événement contraire à son fonctionnement normal. En matière de protection technique du droit d'auteur, l'adjonction de la condition d'efficacité à une technique n'a donc pas pour objectif l'infailibilité, mais vise au contraire à établir un seuil minimum d'efficacité. Cette solution « rationnelle » ne pouvait être dégagée qu'en présence d'un objectif opposable à l'efficacité technique que constitue le souhait de sanctionner juridiquement la neutralisation de certaines mesures techniques.

¹⁴ *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998), § 1201 (a) (3) (B) et (b) (2) (B).

¹⁵ A. LATREILLE, *loc. cit.*, note 11, 41, fait remarquer qu'« [u]ne définition trop accueillante [de la condition d'efficacité] pourrait être dangereuse pour les utilisateurs, puisque leur responsabilité serait engagée quelle que soit la qualité de la mesure technique. L'acte de contournement pourrait presque devenir involontaire ».

¹⁶ André LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, LITEC, 1998, p. 274.

¹⁷ Ou encore, par l'accès à un répertoire d'un site Web vers lequel il n'existe aucun lien hypertexte, mais qui ne fait l'objet d'aucun contrôle technique. Par analogie avec le domaine de la criminalité informatique, l'accès à un répertoire Web caché non protégé techniquement n'a pas été considéré par la Cour d'appel de Paris comme un accès frauduleux à un système automatisé de traitement de données. Pour la Cour, les parties du site auxquelles avait accédé l'accusé devaient « [...] être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès ». CA Paris, 12ème ch. 30 octobre 2002, *Revue Communication – Commerce électronique*, janvier 2003, p. 30, note Grynbaum.

Le seuil minimum d'efficacité qui en découle, adéquatement mis en œuvre par l'expression « dans le cours ordinaire de son opération », demeure cependant moins précis que le degré d'efficacité exigée par une norme juridique de moyen, c'est-à-dire par une technologie particulière prescrite par la loi. En effet, l'analyse de ce que constitue dans les faits « le cours ordinaire » d'une opération technique renvoie nécessairement à une interprétation de ce que constitue la normalité d'un processus technique. L'indétermination que laisse planer un tel standard peut évidemment conduire à des applications divergentes, mais offre un champ d'interprétations possibles moins large que la simple prescription du caractère efficace des mesures techniques. Dans cet ordre d'idées, on peut penser que les rédacteurs des Traités de l'OMPI auraient eu avantage à circonscrire autrement le seuil minimum d'efficacité technique, en recourant simplement à une solution semblable à la formulation américaine, reprise par ailleurs par le législateur australien dans son *Digital Agenda Act* de 2000¹⁸ et par l'actuel projet français de *Loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*¹⁹. L'objectif d'harmonisation poursuivi par l'OMPI en aurait probablement bénéficié.

¹⁸ *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, No. 110, 2000, disponible à <<http://scaletext.law.gov.au/html/comact/10/6223/top.htm>>. La loi australienne utilise l'expression « *in the ordinary course of its operation* » pour définir ce que constitue une mesure technique de protection (*technological protection measure*). Or, la protection accordée par la loi porte sur l'utilisation de dispositifs de neutralisation (*circumvention device*), lesquels sont définis à leur tour par rapport aux mesures techniques de protection qui sont « efficaces » (*effective technological protection measure*). L'expression « dans le cours ordinaire de son opération » ne vient donc pas, dans le cas de la loi australienne, définir ce que désigne la condition d'efficacité, comme dans la loi américaine. Néanmoins, nous pouvons envisager que le degré d'efficacité qu'elle établit ne devrait pas être modifié par l'ajout de la condition d'efficacité, qui ne présente dès lors aucune utilité.

¹⁹ *Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 1206, 12^e Législature (12 novembre 2003), en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/12/projets/pl1206.asp>. L'article 7 de ce projet de loi définit ainsi le concept de mesure technique : « *On entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie, dispositif, composant, qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection, ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection* ». Nous soulignons. À l'instar de la loi australienne, l'expression « dans le cadre normal de son fonctionnement », ne définit pas expressément la condition d'efficacité, mais en délimite le contour implicitement.

2. L'exigence d'efficacité précisée par la désignation de « techniques phares »

La détermination du degré d'efficacité requis par une norme technologiquement neutre peut également s'effectuer par la stratégie qui consiste à désigner certaines technologies reconnues comme satisfaisant le degré d'efficacité exigé par la loi. Ces « techniques phares » assurent à leurs utilisateurs une certaine sécurité juridique, garantie que leur activité est techniquement conforme à ce qui est prescrit, sans toutefois les priver de recourir à d'autres techniques, peut-être plus récentes ou moins répandues, susceptibles d'offrir un degré d'efficacité technique juridiquement satisfaisant. L'objectif de neutralité technologique peut alors se concilier avec une certaine prévisibilité juridique.

Le droit français de la signature électronique présente une intéressante illustration de cette méthode. En vertu du nouvel article 1316-4 du *Code civil*²⁰, ce type de signature est désormais admissible en preuve lorsqu'elle « [...] *consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ». La condition de fiabilité fixée par la loi, nécessaire dans un contexte technologique où les risques de sécurité sont très variables, est conforme au principe de neutralité technologique, mais n'est pas en soi une indication précise du degré d'efficacité, de fiabilité exigé par la loi. On envisage d'ailleurs aisément les difficultés qu'implique de prouver la fiabilité d'un mécanisme informatique et l'incertitude qui pourrait en découler pour l'avenir du commerce électronique. Suivant la distinction de la *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*²¹ entre « signature électronique » et « signature électronique avancée », le législateur français a donc ajouté à l'article 1316-4 une présomption de fiabilité en faveur de certains dispositifs :

« La fiabilité de ce procédé [de signature électronique] est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

²⁰ Tel qu'ajouté par l'article 4 de la *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, J.O. Numéro 62 du 14 Mars 2000, page 3968.

²¹ JO L 13/12 du 19 janvier 2000, article 2.

La difficulté qui s'ensuit consiste à déterminer avec soin les procédés présumés fiables afin de ne pas présenter aux utilisateurs des technologies qui ne soient pas suffisamment efficaces. Un fourvoiement dans l'identification de ces procédés affecterait sensiblement la cohérence de la présomption. Dans le but d'éviter un tel résultat, les décrets chargés de l'application de la présomption de fiabilité renvoient à la Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI) la mission de certifier les dispositifs de signature électronique dont la fiabilité aura été préalablement testée par des centres d'évaluation agréés²². En d'autres termes, la présomption de fiabilité de l'article 1316-4 repose sur un fait connu, la certification conforme des dispositifs avec lesquels la signature électronique a été réalisée, qui elle-même repose sur l'évaluation effective de la fiabilité du dispositif, établie grâce à des procédures d'évaluation technique standardisées et reconnues.

Qu'arrive-t-il si l'on établit qu'un dispositif ainsi certifié n'est plus aussi fiable que son certificat le laisse entendre, en raison, par exemple, de l'existence d'un bris de sécurité que l'évaluation n'aurait pas identifié ou de l'apparition de nouveaux modes d'exploitation d'une menace? Un tel constat risque d'enlever à la présomption de l'article 1316-4 une part de sa cohérence : en principe, le fardeau de la preuve relatif à la fiabilité d'une signature électronique réalisée avec des dispositifs certifiés, mais dont la sécurité s'avèrerait ultérieurement compromise, serait supporté par celui qui conteste cette caractéristique de fiabilité. Cela nous renvoie au problème de l'obsolescence technique qui est à l'origine des normes technologiquement neutres. Dans le cas particulier de cette présomption, un mécanisme de veille technique et de révocation des certificats de conformité semblerait tout désigné pour y remédier. Or, les décrets d'application de la présomption de fiabilité n'indiquent pas si les certificats de conformité ainsi octroyés pourront être révoqués pour ces raisons ou pour une autre. Rien ne précise d'ailleurs la durée pour laquelle ces certificats seront émis. Néanmoins, l'organisme chargé de la certification, la DCSSI, a indiqué dans son document de *Procédure d'attribution du*

²² Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, J.O. Numéro 77 du 31 mars 2001, p. 5070, art. 2, 3 II 1, 4 et 7; Décret no 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, J.O. Numéro 92 du 19 avril 2002, p. 6944.

certificat de conformité pour les dispositifs de création de signature électronique la volonté de prendre en compte les évolutions techniques et d'agir en conséquence :

« Le certificat de conformité au décret est lié au certificat CC ou ITSEC. Or l'état de l'art des attaques, pour lesquels le certificat CC ou ITSEC a été délivré, peut évoluer rapidement.

De ce fait, le certificat CC ou ITSEC, qui a permis l'attribution du certificat de conformité, doit rentrer dans un processus de surveillance, défini dans une procédure du schéma de certification. La DCSSI a donc la possibilité de demander, à tout moment, une évaluation supplémentaire du dispositif si elle estime que l'état de l'art a changé de manière significative.

En cas d'échec au processus de surveillance ou par tout autre fait porté à la connaissance de la DCSSI et qui remet en cause la conformité du dispositif aux exigences du décret, le certificat de conformité est révoqué. »²³

La procédure de la DCSSI est louable et répond à la fois aux attentes des utilisateurs en matière de sécurité technique et au problème de cohérence de la sécurité juridique qui, dans ce cas, dépend largement de la réalité technique. Il faut cependant faire attention de ne pas confondre ces deux niveaux de sécurité et d'accroître sans raison la portée de la présomption de fiabilité²⁴, qui ne permet pas à elle seule d'affirmer l'authenticité d'une signature²⁵ : d'autres facteurs, comme l'utilisation frauduleuse d'un procédé de signature électronique, peuvent établir la fausseté d'un acte sous seing privé réalisé sur ce support technologique.

²³ DCSSI, *Procédure d'attribution du certificat de conformité pour les dispositifs de création de signature électronique*, Réf. : SIG/P/01.1, Paris, Secrétariat général de la Défense nationale, avril 2003, p. 6-7, en ligne : DCSSI, <http://www.ssi.gouv.fr/fr/confiance/documents/SIG-P-01.pdf>. Nous soulignons.

²⁴ La portée de la présomption de l'article 1316-4 est une question qui peut être débattue à la lumière du nouvel article 288-1 du *Nouveau Code de procédure civile*, inséré par l'article 8 du *Décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002*, J. O. du 12 décembre 2002, qui précise que « [l]orsque la signature électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité, il appartient au juge de dire si les éléments dont il dispose justifient le renversement de cette présomption ». Pour Jean DEVÈZE, « Perseverare diabolicum : À propos de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information par le Décret no 2002-1436 du 3 décembre 2002 », *Revue Communication – Commerce électronique*, mars 2003, p. 13, cette nouvelle disposition consacre un régime distinct pour le support électronique, allant à l'encontre d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation à l'effet que, en matière d'acte sous seing privé, « [...] il appartient au juge de procéder à la vérification et il ne peut retenir l'acte contesté que s'il a constaté qu'il émane de la partie qui l'a désavoué ». La présomption de fiabilité de la signature électronique dite « sécurisée » conduit, selon cette interprétation, à présumer de la force probante de la signature. Une telle lecture est contestable, mais a le mérite de souligner la difficulté de distinguer l'efficacité technique d'un dispositif de la véracité d'un fait, une signature, qui en dépend pour partie.

²⁵ Isabelle de LAMBERTERIR et Jean-François BLANCHETTE, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique : lecture critique, technique et juridique », *JCP E et Affaires*, n° 30, 26 juillet 2001, p. 1269.

Conclusion

Certes, les lois se technicisent au détriment de leur clarté, de leur accessibilité. Cela ne signifie pas que leur rédaction soit exempte de bonne volonté : la recherche d'un cadre juridique durable, mais précis, guide assurément la production législative, comme l'illustre l'intégration du concept d'efficacité technique dans le droit. Cet exercice apparaît cependant aussi problématique que la pensée technicienne qui, comme le soulignait déjà le philosophe Jacques Ellul en 1988, « [...] *est toujours incapable de prévoir du nouveau, du véritablement nouveau : elle ne peut prévoir que le prolongement de ce qui existe* »²⁶. L'accommodement de la prévisibilité juridique à la prévisibilité technique présente sous cet angle un défi qui invite les législateurs à faire preuve d'ingéniosité. L'élévation de l'efficacité technique au rang de critère juridique fournit quelques indices des stratégies à emprunter, mais constitue en elle-même une preuve de la perte de l'autonomie législative, dont l'origine se trouve dans *l'attachement* du monde moderne au progrès technique.

²⁶ J. ELLUL, *Le bluff technologique*, Paris, Hachette, 1988, p. 118.