

Preuve électronique

Réflexions à propos d'une convention sur la preuve

Mars 2011. Une grande banque française propose à ses clients une [convention sur la preuve](#) concernant les données numériques, convention dont la teneur motive les commentaires juridico-techniques qui suivent. Il est opportun de réfléchir puisque, aux termes de l'article 1334 du code civil, "***les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites***".

On distingue dans l'énoncé de la convention proposée trois points principaux :

- conservation des données numériques par un tiers archiveur;
- recevabilité d'une *signature électronique manuscrite*;
- charge au Client en désaccord d'apporter une preuve contraire.

Sur le Tiers archiveur

Un tiers archiveur est un prestataire de services généralement spécialisé dans la conservation de données numériques. Il n'est encadré par aucun texte législatif. Or la convention sur la preuve proposée par la Banque charge le Tiers archiveur de garantir l'intégrité, la pérennité, la confidentialité et l'inviolabilité des données numériques *dans le strict respect de la législation applicable* (sic). Ceci revient à dire que, au vu de cette convention, le Tiers archiveur semble chargé d'administrer la preuve en lieu et place de la Banque, et il apparaît en tout état de cause que le rôle qui lui est conféré est crucial pour les droits des clients de celle-ci. Il convient alors de s'interroger sur les conséquences juridiques et techniques pouvant résulter d'une telle délégation.

La notion de tiers archiveur est une invention de la norme Afnor NF Z 42-013. On y lit qu'un tiers archiveur est chargé, entre autres opérations, de recopier périodiquement les données de support en support, d'effectuer assidument des interventions affectant le contenu des documents numériques en convertissant les données d'un format vers un autre, de gérer ou calculer des empreintes numériques, etc., et de délivrer diverses attestations de ses interventions. En bref, son activité consiste à réécrire les documents numériques en les changeant de support ou de langage. Cela signifie qu'un tiers archiveur ne se borne pas à être passivement dépositaire de l'*instrumentum*, mais qu'en intervenant sur les fichiers, il a un rôle actif et déterminant sur l'intégrité des données, donc sur la preuve.

Au plan technique, on peut tout d'abord se demander pourquoi une grande banque délègue ce genre d'opérations à un tiers archiveur. Car s'il s'agit de traiter des données numériques, il est clair que le service informatique d'une banque est au moins aussi bien équipé qu'un prestataire de services, et dispose de toutes les compétences requises. Il y a belle lurette que sauvegardes, backups et autres "migrations" sont banalisés dans l'informatique bancaire. En fait, aucune des opérations informatiques que le Tiers archiveur est appelé à faire n'échappe aux compétences des informaticiens d'une banque.

On croit comprendre en l'occurrence que le principal attrait du tiers archiveur n'est pas tant d'être "archiveur", que d'être "tiers". Regardons-y de plus près : s'il existait un support numérique irréversible et durable, il suffirait d'y enregistrer les documents dématérialisés. Mais les supports numériques sont réversibles et précaires et nécessitent diverses *migrations*. En cas de litige, on pourra toujours soupçonner le dépositaire des données d'avoir profité de cette réversibilité pour modifier le contenu des documents à son avantage. D'où l'idée de confier ces traitements aux diligences d'un tiers, c'est-à-dire à quelqu'un qui n'est pas censé être partie prenante.

Mais il n'en reste pas moins que, dans cette situation, les données sont maintenues sous une forme évolutive. Ceci fait que la preuve des documents numériques ne pourra pas reposer sur le constat que les données étaient non-modifiables, mais du fait que le Tiers archiveur attestera qu'elles sont intègres. Et puisque c'est précisément le Tiers archiveur qui est chargé de garantir cette intégrité, et que c'est même pour ça qu'il est payé par la Banque, on imagine mal qu'il dise le contraire, sauf à ruiner sa réputation professionnelle. Comme mode de preuve, il y a plus neutre...

De toute façon, au plan juridique, l'immixtion d'un tiers dans le champ de la preuve préconstituée s'appelle une *preuve par témoins*. On voit notamment, aux termes de l'article 199¹ du code de procédure civile, que la prise en compte d'attestations émanées de tiers est subordonnée à la recevabilité de la preuve par témoins. Or la convention proposée se situe clairement dans le champ de la preuve par écrit, où toute confusion avec la preuve testimoniale est prohibée par l'article 1341 du code civil : "*...il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes...*".

Au plan jurisprudentiel enfin, on observe que, dans un arrêt rendu le 23 juin 2009², la Cour de cassation, invoquant l'article 1341, rappelait que : "*...pour valoir commencement de preuve, les écrits doivent émaner de la personne à laquelle ils sont opposés et non de celle qui s'en prévaut ou de tiers ...*"

¹ NCPC, art. 199 : *Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales.*

²[http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020804698&fastReqId=969426125&fastPos=1)

[oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020804698&fastReqId=969426125&fastPos=1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020804698&fastReqId=969426125&fastPos=1)

Également l'arrêt ci-après (2005) qui, en application de l'article 1341, écarte même le témoignage d'un notaire

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007490283&fastReqId=1905303240&fastPos=1)

[oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007490283&fastReqId=1905303240&fastPos=1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007490283&fastReqId=1905303240&fastPos=1)

Sur la "signature électronique manuscrite"

La notion de *signature électronique manuscrite* n'est encadrée par aucun texte juridique précis. Pour autant, aucune loi ne semble la prohiber, et cette conception de la signature électronique mérite intérêt. Par contre, ses moyens de capture et d'archivage indiqués par la convention interrogent. Certes, celle-ci précise que les tablettes numériques destinées à recueillir la signature manuscrite des clients en agence sont "sécurisées", mais ça reste très vague. Notamment, l'application du décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique n'est pas évoquée. Dès lors, l'unicité du lien entre l'acte et la signature capturée par la palette graphique est-elle garantie? Le caractère indissociable dans le temps de l'acte et de la signature est-il certain? Un "copier-coller" de la signature est-il entièrement impossible?

Sur les moyens techniques de rapporter une preuve contraire

La convention proposée impute la charge de rapporter une preuve contraire au Client qui contesterait les documents numériques de la Banque. Il faut savoir qu'aux termes de l'article 1316-2³ du code civil, lorsque les moyens de preuve sont de nature différente, le juge se détermine en vertu du moyen qui lui semble le plus fiable, quel qu'en soit le support.

La question qui se pose alors est de savoir comment un simple client de la Banque pourra disposer d'un moyen de preuve valable. Et la réponse est fort claire, car contrairement à certaines idées reçues, préconstituer la preuve d'un document dématérialisé n'a rien d'alambiqué. Il suffit de l'enregistrer en clair sur un support irréversible et définitif, et d'horodater cet enregistrement de façon tout aussi irréversible. Un moyen technique approprié existe, il est opérationnel et il est bien connu. Il s'agit de la microfiche COM, support irréversible, non obsolète, autonome, inviolable, et garant d'une durée de vie de plusieurs siècles.

Partant, rien n'empêche les entreprises clientes de la Banque, ou ses clients privés, de faire enregistrer et horodater les documents probatoires qui les concernent sur microfiches COM. Il suffit pour cela de recourir aux services d'un façonnier en micrographie informatique⁴. Relevés de compte sur Internet, bordereaux, relevés d'opérations ou de transactions, captures d'écran..., tous ces documents numériques et bien d'autres peuvent être directement enregistrés sur microfiches haute définition en échange d'une somme modique. Une fois les documents enregistrés sur microfiche COM, la force probatoire découlera exclusivement des caractéristiques de la microfiche, c'est-à-dire d'une loi physique. En effet, l'enregistrement micrographique est un processus inexorable, ne pouvant pas aboutir à un autre résultat que l'irréversibilité du support.

Le Client possédant ainsi ses documents sur microfiches sera en mesure d'opposer un support inviolable et impartial lors du règlement d'un éventuel litige, que ce soit pour l'exécution de la convention proposée ou par application des termes de l'art. 1316-2 du code civil.

³ Code civil, art. 1316-2 : *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.*

⁴ On recommandera de faire appel aux façonniers signataires de la *Charte déontologique et qualitative*, régie par l'association Preuve & Archivage (http://www.megapreuve.org/crbst_9.html).

Le roi est nu

Il reste une dernière interrogation : s'agissant d'une grande banque et impliquant potentiellement un très grand nombre de personnes civiles, pourquoi la preuve des documents numériques devrait-elle faire l'objet de règles particulières, alors que *l'écrit sous forme électronique* est pris en charge par le code civil depuis la loi du 13 mars 2000? On se prend à penser que, si les supports numériques étaient en mesure de produire des preuves solides, personne n'éprouverait le besoin de recourir à une convention sur la preuve. On a le sentiment que cette stratégie est employée parce qu'on craint le débat ou qu'on veut l'esquiver, parce qu'on a compris qu'avec le numérique, on n'est jamais sûr de rien.

Le roi est nu.

Mais personne ne peut dire que cette convention sur la preuve est proposée parce qu'il n'existe pas d'autre solution, sauf à dénier la réalité technologique où la micrographie informatique montre toute sa pertinence.

Ce monde électronique et connecté où nous sommes, où l'information est devenue si fluide et si véloce, n'en a pas que plus besoin de moyens de preuve stables et impartiaux. Il semble à cet égard que chacun soit en droit d'attendre des grands intervenants de la Nation qu'ils aient des pratiques relevant de l'archivage responsable.

Lucien Pauliac

Président de l'Association

Preuve & Archivage

www.megapreuve.org