

De « tiers archiveur » à témoin gênant

« 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

PAR
**ARNAUD RAYNOUARD*
ET LUCIEN PAULIAC****

personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. » L'apparente simplicité de l'article 1316-1 du Code civil recèle bien des difficultés. C'est que la question de la preuve des actes juridiques établis au travers d'un processus électronique se prolonge d'un vaste problème : l'archivage de ces preuves...

L'incitation à utiliser la voie de l'électronique pour les actes de la vie courante est forte, qu'il s'agisse de formulaires en ligne (déclaration d'impôts sur le Web, par exemple), de la numérisation d'actes établis sur papier ou de l'usage du traitement de texte pour établir des preuves.

Cela est plein d'avantages, mais la conservation de tels documents sous forme électronique a pour effet de les maintenir dans un monde où tout est prévu pour les faire évoluer. S'ajoutent à cela une certaine précarité et un manque de fiabilité des supports numériques, rongés par une obsolescence matérielle et logicielle rapide, obligeant à de fréquentes opérations de copiage, régénération, migration... S'agissant de preuves, tout cela interroge.

Dans ce contexte, on voit émerger des offres commerciales de « tiers archiveur », se prévalant d'une invention de la norme Afnor NF Z 42-013, laquelle définit ce tiers comme la « *personne physique ou morale qui se charge pour le compte de tiers d'assurer et de garantir la conservation et l'intégrité de documents électroniques* ».

Cela semble judicieux : puisque l'intégrité des données conservées sous forme numérique risque d'être mise en cause par leur caractère modifiable, on fait intervenir une tierce personne, réputée neutre. Il ne reste plus qu'à déterminer le statut juridique du tiers archiveur.

À propos de l'immixtion d'un tiers dans l'administration de la preuve, l'article 199 du nouveau code de procédure civile précise que, « *lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers des déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont eu personnellement connaissance* ». Les déclarations émises de tiers sont donc admissibles, à condition que la preuve par témoins soit elle-même recevable. Or l'article 1341 du code civil indique à ce titre que la preuve par témoins n'est admise qu'à condition que la valeur en cause ne dépasse pas un certain seuil (1 500 euros depuis le 1^{er} janvier 2005, 800 euros auparavant), et elle est interdite à partir du moment où un écrit existe.

Le décret du 31 mars 2001 fixant les conditions techniques d'utilisation de la signature électronique prévu par l'article 1316-4 du Code civil consacre bien l'intervention d'un prestataire de services en certification électronique. Mais son intervention se limite à garantir l'attribution d'un certificat d'identification d'une signature électronique et ne couvre pas le rôle de tiers archiveur tel qu'envisagé par la norme 42-013.

Autrement dit, aux termes de la loi, dès qu'un écrit a été établi, aucune preuve par témoins n'est admissible. Or, avec le principe du tiers archiveur (chargé de garantir l'intégrité des données), lorsque le contenu d'un document électronique sera contesté en justice, on devra requérir une attestation d'intégrité du tiers. Faute d'être rapportée par le support d'enregistrement, celui-ci étant contesté, la preuve formelle du contenu de l'acte sera alors renvoyée aux déclarations d'une tierce personne, et on constatera l'insertion de la preuve par témoins dans le champ de la preuve littérale, situation prohibée par les textes.

Le comble, c'est que le tiers archiveur peut devenir... témoin gênant. En effet, garantir l'intégrité des données par le truchement de leur « gardiennage » revient à avouer que cette intégrité ne va pas d'elle-même, et semble indiquer que le système d'enregistrement est vulnérable. Voilà une porte grande ouverte aux contestations : si un tiers est obligé de garantir que le support numérique n'a pas été falsifié, c'est bien parce qu'il était falsifiable ! L'intervention judiciaire d'un tiers archiveur, pourrait donc agir à l'opposé de l'objectif de règles de preuve destinées à réduire le risque de contestation.

De plus, le tiers archiveur est susceptible de reproduire tout ce qui fait qu'on se méfie tant de la preuve par témoins : un témoin est quelqu'un qui peut disparaître, qui peut se tromper, qu'on peut suborner ou créer de toutes pièces... En cas de contestation, on imagine mal une société spécialisée dans la sécurisation des données avouer spontanément que son système est faillible, même si c'est le cas. Que le tiers archiveur soit une société commerciale établit un lien de dépendance client-fournisseur qui soulève une question d'éthique : est-il envisageable que la preuve des actes juridiques soit soumise à la loi du « business » ?

Ces contorsions judiciairement improbables établissent un piètre constat : inventer le « témoin déguisé en écrit » n'est-il pas un aveu d'impuissance du numérique face à la rigueur de l'administration de la preuve ?

Le principe consistant à sous-traiter son archivage à un professionnel n'est pas à mettre en cause. Encore faut-il ne pas en attendre ce qu'il n'est pas habilité à fournir. Surtout, à l'instant d'archiver la preuve de ses droits, il est prudent de s'en tenir à la réalité des textes, et de se souvenir à temps qu'en matière d'actes juridiques un moyen de preuve se doit avant tout de ne pas être... bizarre !

* Professeur de droit à l'université des sciences sociales Toulouse-I.

** Président de la commission de normalisation « archivage des données électroniques » à l'Afnor.