

Bien choisir sa preuve numérique : hiérarchie et stratégie

Selon le rapport 2023 de l'Arcep (Autorité de régulation des communications électroniques), le trafic vers les principaux fournisseurs d'accès à Internet a été multiplié par vingt au cours des dix dernières années ; cela signifie que les professionnels comme les particuliers interagissent toujours plus dans la sphère numérique, dont il est en conséquence primordial de maîtriser les modes de preuve pour prévenir et régler les éventuels conflits pouvant en résulter, en matière contractuelle comme délictuelle.

En effet, cette part dématérialisée des activités économiques et privées n'échappe pas à la règle de droit commun selon laquelle « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » (art. 9 CPC), étant également rappelé que « la preuve peut être apportée par tout moyen » (art. 1358 Code civil) ; c'est ainsi que la preuve absolue qu'est le constat de commissaire de justice a dû s'adapter aux contraintes numériques (1), et que d'autres moyens de preuve émergent désormais grâce aux garanties techniques offertes par les nouveaux « services de confiance » (2).

1. Force probante des constats de commissaires de justice en matière numérique

Pour faire foi jusqu'à preuve du contraire (A), le constat numérique de commissaire de justice doit répondre à une série d'exigences techniques (B) qui permettent de continuer à le privilégier comme mode probatoire dans les dossiers aux enjeux les plus importants.

A. Force probante jusqu'à preuve du contraire

En application de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 et de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, les constats de commissaires de justice font foi jusqu'à preuve du contraire, ce qui a notamment pour effet de renverser la charge de la preuve à l'encontre de la partie adverse, que ces constats soient dématérialisés ou non.

Précisons que le commissaire de justice est tenu de procéder personnellement aux constatations requises, et qu'en aval le formalisme s'avère également contraignant en ce que les minutes des procès-verbaux doivent être conservées pendant vingt-cinq ans et constituent des archives publiques.

B. Contraintes techniques en matière numérique

En ce qui concerne les constats numériques, les critères techniques ont été posés par la jurisprudence puis repris par la norme NF Z67-147 du 11 septembre 2010 : le processus opérationnel de chaque étape y est ainsi détaillé (phase préparatoire, de constat et finale) ; concrètement et préalablement aux constatations factuelles proprement dites, « il faut réaliser des travaux préparatoires aboutissant à la mise à disposition d'un espace neutre et vide de tout contenu parasite lors de l'exercice du constat », tels que l'analyse virale et celle des logiciels espions, la suppression des éléments d'historique et la synchronisation (art. 4.2.1 et 4.2.2).

Ajoutons qu'en termes de procédure, le non-respect de la norme NF Z67-147 entraîne un défaut de force probante du procès-verbal et non pas nécessairement sa nullité, dès lors que cette norme ne constitue pas une disposition légale ni réglementaire.

2. Force probante des horodatages électroniques effectués par les prestataires de services de confiance

En l'absence ou dans l'attente d'un constat de commissaire de justice, il est souvent vain de tenter de constituer une preuve numérique par simple capture d'écran, laquelle sera trop aisément réfutable pour manque de garantie et de sécurité juridique ; en revanche, un mode de preuve intermédiaire peut consister en un horodatage (A) effectué par un prestataire de services de confiance (B).

A. Horodatage électronique

Le Règlement eIDAS de l'UE n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance « *instaure un cadre juridique pour les services de signatures électroniques, de cachets électroniques, d'horodatages électroniques* » notamment (art. 1 Objet) ; dans ce cadre l'horodatage électronique est défini comme un ensemble de données « *qui associent d'autres données sous forme électronique à un instant particulier et établissent la preuve que ces dernières données existaient à cet instant* » (art. 3 Définitions).

En pratique, un tel horodatage peut ainsi garantir qu'un contenu numérique a été constaté à une date et heure précises s'il est conforme aux dispositions de l'article 42 du Règlement, prévoyant que l'horodatage lie « *la date et l'heure aux données de manière à raisonnablement exclure la possibilité de modification indétectable des données* » et qu'il soit « *signé au moyen d'une signature électronique avancée ou cacheté au*

moyen d'un cachet électronique avancé du prestataire de services de confiance qualifié ».

B. Prestataires de services de confiance

Les prestataires de services de confiance qui ont notamment pour activité la gestion des signatures et horodatages électroniques peuvent en outre obtenir le statut « qualifié » de la part d'un organe de contrôle, dans les conditions prévues par l'article 21 du Règlement eIDAS.

En France, c'est l'ANSSI (Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information) qui est chargée de qualifier les prestataires de services de confiance, et de publier la « *liste nationale de confiance* » correspondante (accessible sur le site ssi.gouv.fr).

*

Ainsi, entre la preuve « parfaite » qu'est toujours le constat numérique de commissaire de justice, et les preuves imparfaites que peuvent constituer de simples copies d'écrans, dans cette hiérarchie se sont immiscés de nouveaux modes probatoires intermédiaires qui pourront également être utilisés par le justiciable selon l'urgence et l'importance des enjeux.

Julie GRINGORE, DERBY Avocats



N°96

OCTOBRE
NOVEMBRE 2023

www.village-justice.com

Le Journal du Management

juridique et réglementaire d'entreprises

PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE
NTIC

CONTRACT
MANAGEMENT

COMPLIANCE

RECouvreMENT

