

Les contentieux liés à la dématérialisation

*Formation Technique CNEJITA
du 14 octobre 2010*

Isabelle Renard

Docteur Ingénieur – Avocat Associée

irenard@racine.eu

Sommaire

I : Quelles situations ?

II : Preuve numérique et règles de procédure

III : Quelle matière pour l'expertise ?



Première Partie

QUELLES SITUATIONS ?

- De nombreux éléments produits lors des litiges sont déjà dématérialisés : les e-mails, les données de connexion, les traces informatiques...
- **Nous nous intéresserons plus spécifiquement au cas du « document » numérique, dont l'origine ou le contenu sont remis en cause par une partie dans le cadre d'un litige**

D'après un des acteurs les plus avertis du marché (CDC Arkhineo), les projets de dématérialisation des documents vont en augmentant, ainsi que le type de documents dématérialisés :

- documents de gestion (factures)
- documents contractuels (contrats, conditions générales)
- bulletins de salaire
- fichiers de traçabilité
- CAO (aéronautique)
- enregistrements sonores dans le cadre de démarches de vente par enregistrement (secteur bancaire).

Les contentieux pourront porter sur le contenu du document (exemplaire papier produit par une partie vs exemplaire numérique conservé par l'autre partie) :

- contestation par l'emprunteur de la valeur du taux d'intérêt dans un prêt à la consommation conclu intégralement en ligne
- contestation par l'assuré du montant des garanties de l'assurance souscrite en ligne
- contestation par le client du contenu d'une facture dont seule la version électronique a été conservée par le fournisseur

Ou sur la réception du document :

- contestation par une personne de la réception ou du contenu d'une lettre recommandée électronique (cas de l'arrêt C.Cass du 4 décembre 2008)
- Non réception par la personne publique de la réponse d'un candidat à l'appel d'offre

Ou encore sur la validité d'une signature électronique :

- Factures
- Marchés publics

Dès lors que les enjeux le justifieront, ce type de litige nécessitera l'intervention d'un expert ... dont les compétences sont bien éloignées de celui du traditionnel expert en écritures



Seconde Partie

PREUVE NUMERIQUE ET REGLES DE PROCEDURE

- La preuve n'est pas une *valeur absolue* : **il n'existe pas à l'heure actuelle, comme certains le voudraient, de preuve numérique « 100% certifiée »**, pas plus que ce n'est le cas pour les documents papiers.
- **En cas de litige, c'est devant le juge que la preuve contestée devra être produite, et c'est en justice que la vérité sera établie.**
- Les règles de preuve permettent l'établissement judiciaire de la vérité.

Distinction de la preuve légale et de la preuve morale

- **Dans un système de preuve légale**, le législateur détermine les moyens de preuve, leur admissibilité et leur force probante. Il ne s'agit pas pour les parties de convaincre le juge de la véracité de leurs affirmations : il faut lui montrer que les conditions que la loi pose pour réputer avéré un fait sont réunies. (*Juridictions civiles et commerciales*)
- **Dans un système de preuve morale**, l'essentiel est l'intime conviction du juge. A la condition que les moyens présentés par les parties ne soient ni illicites, ni déloyaux, c'est au juge et à lui seul qu'il revient d'apprécier leur force probante. Un tel système fait une large place au juge dans l'administration de la preuve, mais également aux parties puisque celles-ci peuvent chercher à prouver par tous moyens. (*Juridictions pénales*)

Les litiges dont l'expert aura à connaître seront ceux relatifs à la preuve légale : il lui sera demandé de vérifier si les conditions posées par le droit pour qu'un document ait une valeur probante, ou une signature valable, sont réunies.

S'agissant de la valeur probante, ces conditions sont définies à l'Article 1316-1 du Code Civil :

« *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 »*

- Si les documents sont signés électroniquement, le corpus juridique applicable est celui de l'article 1316-4 du Code Civil et de ses décrets d'application
- On peut supposer que les signatures électroniques contestées seront celles qui ne présentent pas de présomption de fiabilité, n'ayant pas été certifiées (c'est-à-dire une grande majorité actuellement)

Valeur probante/fiabilité de la signature = analyse du cycle de vie

- La vérification des exigences légales passera par une **analyse du cycle de vie du document**, qui sera d'autant plus complexe que le document est ancien et que son cycle de vie comprend des ruptures non maîtrisées (scan, migration de format, éléments de vérification de signature disparus)
- La notion du cycle de vie du document est largement méconnue par ceux qui mettent en place des processus dématérialisés
- Il ne suffit pas de garantir l'intégrité du document ou la validité de sa signature à partir de son versement dans un quelconque « coffre fort numérique », mais il faut pouvoir aussi reconstituer ce qui s'est passé avant, et – plus précisément – ce qui s'est passé entre le moment où le document est dans son état définitif (l' « original ») et celui où il a été versé en archive.

- Le cycle de vie du document pourra montrer des **interventions plus ou moins importantes de « tiers de confiance »** (signature, horodatage, archivage)
- La question pour l'expert sera de mesurer la confiance qui peut être accordée à ces tiers : faut-il considérer « a priori » qu'ils sont fiables ? La mission de l'expert doit-elle être étendue à la vérification de leurs service ?
- A l'heure actuelle, très peu de tiers ont suivi des processus de certification. Leur fiabilité peut donc, à priori, toujours être remise en cause.

Les pouvoirs du juge

Art 1316-2 Code Civil : « *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** ».*

L'intervention de l'expert

- Art 287 NCPC : « *Si la dénégation ou le refus de connaissance porte sur un écrit ou une signature électroniques, le juge vérifie si les conditions, mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électronique sont satisfaites* »
- C'est là qu'intervient l'expert, puisque la vérification susvisée passe par une analyse technique du cycle de vie du document contesté



Troisième Partie

QUELLE MATIERE POUR L'EXPERTISE ?

La qualité d'un processus dématérialisé (et donc la capacité à attribuer une valeur probante aux documents qu'il gère) dépend de la façon dont son concepteur l'a abordé :

- Sans aucune anticipation
- Avec une réflexion préalable et une documentation
- En recourant ou non à des « tiers de confiance » (horodatage, conservation)
- Avec le support d'audits privés
- En recourant à un processus de certification

Sans aucune anticipation

- Le travail de l'expert consistera alors à retracer le cycle de vie du document contesté et à en évaluer les failles d'intégrité (*typiquement, un « gap » entre la phase transactionnelle signée électroniquement et le versement en archivage*)
- La mission pourra être effectuée « in vivo » si le processus en cause est toujours opérationnel
- Elle sera beaucoup plus complexe si le processus initial n'est plus opérationnel

Avec le support d'une documentation

- Un certain nombre d'entreprises ont compris qu'il était indispensable de documenter les processus de gestion de documents numériques pour avoir une chance de prouver leur fiabilité en cas de litige
- Ce sont les « politiques d'archivage », parfois doublée d'audits techniques et juridiques.
- Même si ces documentations sont « auto déclarées », elles seront certainement un support utile pour le travail de l'expert

Normes et certification : des références importantes pour l'expert

- Impact de la norme
- Impact de la certification

La norme

Principe : En droit, les règles de l'art constituent le standard d'appréciation de la faute

- La « violation des règles de l'art » est une expression couramment employée pour désigner tout manquement dans l'exercice d'une activité professionnelle.
- Les règles de l'art constituent le standard à l'aune duquel s'apprécie la faute : est fautive l'exécution d'une prestation non conforme aux règles de l'art.
- **En matière de preuve numérique, cela signifie qu'un processus dématérialisé qui serait conçu au mépris des règles de l'art serait a priori considéré comme non fiable**

Règles de l'art et normes techniques

- Par nature, les règles de l'art sont évolutives : le respect des règles de l'art implique du professionnel qu'il remette périodiquement son savoir en question.
- Les normes techniques, qui sont écrites, ne sont pas évolutives : alors que les règles de l'art ne sont jamais menacées d'obsolescence, les normes techniques peuvent l'être dès lors qu'elles ne représentent plus le dernier état de l'art raisonnablement accessible.
- **La norme est donc représentative de l'état de l'art, dès lors qu'elle est à jour.**

- Ceci est un point important, car les cycles de révision des normes sont longs
- Cela conforte l'idée que la gestion des documents dématérialisés est un « projet », qui se conçoit sur le long terme et exige une veille permanente des normes, de leur évolution et leurs menaces d'obsolescence.

- Si la documentation du processus dématérialisé se réclame de la conformité à une norme reconnue en matière de gestion de documents numériques, il y aura présomption de conformité aux règles de l'art en la matière
- **Mais cela reste dans le domaine de l' « autodéclaration » que l'expert devra, si cela est sa mission, vérifier.**

La certification

- La « certification » suppose l'intervention d'un tiers autorisé, qui se porte garant de ce qui est certifié.
- La certification n'emporte aucune conséquence juridique dès lors que celle-ci n'est pas prévue par un texte.
- Par exemple : la certification d'une signature électronique emporte présomption de fiabilité de celle-ci car cela est prévu par l'article 1316-4 du code civil. **Mais la certification d'un système d'archivage électronique n'emporte pas présomption de fiabilité de celui-ci car ce n'est, pour l'instant prévu par aucun texte.**

- Le système judiciaire français est réticent à tirer des conséquences juridiques d'une constatation technique
- L'article 288-1 du Code de Procédure Civile en est un exemple flagrant :
« Lorsque 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 autant, la certification du processus dématérialisé sera probablement de nature à créer un environnement de confiance autour du document numérique.

On peut lire sur le site du LSTI, s'agissant de la certification de conformité à la norme ISO/CEI 27001 :

« La certification à cette norme permet d'apporter des preuves et des garanties aux clients, aux assureurs, aux actionnaires, aux partenaires, aux salariés, etc; que l'entreprise maîtrise la sécurité de son information et des informations des tiers qu'elle manipule. »

En conclusion

- Le nombre de processus dématérialisés certifiés de bout en bout sera vraisemblablement assez limité dans les années à venir.
- Plus vraisemblablement, certains « tiers de confiance » seront certifiés, permettant de sécuriser une partie du cycle de vie (mais pas son intégralité).
- L'expert sera sollicité pour analyser le cycle de vie complet du document contesté afin d'identifier les failles d'imputabilité ou d'intégrité
- Cette analyse sera réalisée au regard de l'état de l'art en la matière, c'est-à-dire des normes.

***Vos commentaires et vos questions sont les
bienvenus***

