

La preuve à l'ère du numérique

Le droit de la preuve présente encore d'autres difficultés lorsqu'il est confronté à l'ère du numérique. Cette étude a pour objet de les mettre en lumière.

Introduction

Il est constant que le développement des nouvelles technologies et de l'informatique a entraîné une dématérialisation des documents et une transmission de ceux-ci par voie électronique (documents scannés, photocopiés, courriers électroniques, contrats conclus sur internet, pages web...). Or, lors d'une expertise, quelle qu'elle soit, les parties peuvent présenter de tels éléments.

Après avoir exposé les règles légales de la preuve numérique (I), il conviendra d'étudier les problématiques liées à l'obtention de celle-ci (II) et à son intégrité (III).

1) La légalité de la preuve numérique

La légalité de la preuve numérique résulte notamment de la reconnaissance juridique de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique (a). Nous le verrons, cette équivalence est néanmoins conditionnée à des exigences d'identification et d'intégrité (b). Ce qui nous amène à nous demander s'il existe ou non une jurisprudence univoque en la matière (c). La facture électronique apparaît être un exemple intéressant des problématiques qui se posent en matière de preuve numérique et des solutions qui pourraient y être apportées (d).

a) L'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique

Les nouveaux supports d'écriture ont été reconnus légalement par une loi du 13 mars 2000¹. Auparavant, néanmoins, la jurisprudence avait déjà reconnu que la télécopie notamment permettait d'établir « *la preuve écrite dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné, ont été vérifiées ou ne sont pas contestées* »².

¹ **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.

² **Cass. com., 2 déc. 1997, pourvoi n° 95-14251** : « *L'écrit (...) peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées* ». NB : il s'agissant ici pourtant de la matière commerciale (acceptation d'une cession de créance) régie par la liberté de la preuve.

La loi du 13 mars 2000 a donc officialisé les choses en consacrant ces nouveaux modes de preuve par l'introduction d'un article 1316³ dans le code civil qui définit la preuve littérale en reconnaissant l'indépendance au support et en respectant le principe de neutralité technologique. L'écrit électronique entre donc dans la catégorie des preuves parfaites et peut servir de preuve à un acte juridique tel un contrat. La seule nécessité est qu'il soit intelligible par autrui. L'interprétation donnée à l'écrit électronique a ici un rôle important à jouer. Des messages cryptés pourront constituer une preuve littérale dès lors qu'ils sont décryptés.

La loi reconnaît la même recevabilité (C. civ., art. 1316-1⁴) et la même force probante (C. civ., art. 1316-3⁵) entre l'écrit papier et l'écrit électronique. En cas de conflit de preuve, le juge déterminera par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support, ce qui démontre l'absence de hiérarchie (C. civ., art. 1316-2⁶). Bien sûr, le juge est souverain dans l'appréciation de la vraisemblance mais il est tenu par le principe de neutralité juridique. Il peut également être tenu par des conventions de preuve prévues par les parties.

En outre, pour être un écrit électronique, le document doit être signé, c'est ainsi que l'article 1316-4 du code civil⁷ a défini la notion de signature et a introduit le concept de signature électronique.

b) L'équivalence conditionnée à l'identification et à l'intégrité

On remarque cependant très rapidement que cette équivalence légale est conditionnée à deux conditions cumulatives : l'identification de l'auteur et l'intégrité de l'écrit sous forme électronique qui doit être assurée pendant tout son cycle de vie, de son établissement à sa conservation, laquelle conservation impliquant en réalité une restitution intègre de l'écrit sous forme électronique au magistrat.

³ **C. civ., art. 1316** : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

⁴ **C. civ., art. 1316-1** : « 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 ».

⁵ **C. civ., art. 1316-3** : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

⁶ **C. civ., 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 ».

⁷ **C. civ., art. 1316-4** : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé 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 ».

Alors comment remplir ces conditions de sécurité ?

Le code civil ne l'indique pas explicitement. Cependant, en analysant quelque peu les textes, on observe :

- qu'une signature électronique est nécessaire car sans signature, l'acte sous seing privé n'est pas parfait.

Encore faut-il que cette signature électronique soit fiable. L'article 1316-4 du code civil parle d'un « procédé fiable d'identification » sans pour autant le définir. L'article évoque également la signature électronique sécurisée qui bénéficie d'une présomption de fiabilité car elle répond à un certain nombre d'exigences posées par décret. En réalité, seule cette deuxième signature rend l'écrit électronique légalement équivalent de l'écrit papier.

- A côté de la question de la signature qui répond à l'exigence d'« identification », il y a la question de l'archivage. Bien que la loi ne le mentionne pas, la conservation intègre nécessite d'archiver les écrits électroniques, et ce de manière sécurisée. En ce domaine, ce sont surtout les règles de l'art, les normes techniques, notamment les normes AFNOR⁸ et les processus de certification⁹ qui permettent à l'expert et au juge d'apprécier l'intégrité des données, leur intangibilité et donc la valeur des preuves recueillies ou présentées. A noter cependant que les normes n'ont pas de force juridique contraignante, le juge pouvant toujours écarter un document électronique archivé conformément aux normes.

c) L'état de la jurisprudence

Après avoir étudié les textes légaux, on peut se demander quel est l'état de la jurisprudence, et s'il s'est dégagé véritablement une tendance des juges en la matière.

La majorité de la jurisprudence tient au courrier électronique. La Cour de cassation s'est en effet prononcée dans quelques arrêts sur la valeur probatoire des mails qui peuvent tenir lieu de preuve d'un fait ou d'un acte juridiques. Le SMS est également un moyen de preuve largement utilisé par les justiciables.

⁸ Telle que la norme NF Z42-013 étendue à l'international par la norme ISO 14641-1.

⁹ La signature électronique sécurisée est fondée sur un processus de certification.

❖ Le courrier électronique comme moyen de preuve

- La valeur probante du courrier électronique dans le système de preuve légale

=> Le cas de la dénégation du courrier électronique

Dans un arrêt du 30 septembre 2010¹⁰, la première chambre civile s'est prononcée sur la valeur probante d'un courriel lorsque celui à qui on l'oppose dénie en être l'auteur. Dans ce cas, le juge doit procéder à la vérification d'écriture prévue aux articles 287 et suivants du code de procédure civile et vérifier si les conditions posées par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil sont satisfaites.

Il ne devrait pas en être de même dans un domaine où la preuve est libre puisque la procédure de vérification n'est, en principe, applicable que pour les actes sous seing privé. La chambre sociale dans un arrêt récent du 25 septembre 2013¹¹, a rappelé que « *ces dispositions (invoquées par le moyen) ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond* ».

=> La valeur probante d'un courrier électronique ne valant pas preuve littérale

A défaut de valoir preuve littérale, le courrier électronique pourra tout de même être pris en compte par les tribunaux à plusieurs titres. En effet, le code civil énonce plusieurs exceptions à l'exigence d'une preuve littérale.

- il pourra valoir commencement de preuve par écrit (C. civ., art. 1347¹²)

Il nécessitera alors un complément de preuve extérieur¹³.

¹⁰ Cass. 1re civ., 30 sept. 2010, pourvoi n° 09-68555.

¹¹ Cass. ch. soc. 25 sept. 2013, pourvoi n° 11-25884.

¹² **C. civ., art. 1347** : « *Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.*

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution ».

¹³ Cass. 1ère civ., 20 mai 2010, pourvoi n° 09-65854.

- l'impossibilité morale ou matérielle de se procurer une preuve électronique littérale d'un acte juridique (C. civ., art. 1348 al. 1¹⁴)

On peut également imaginer que des liens de parenté soient retenus pour justifier une impossibilité morale de produire un écrit électronique. Pour l'impossibilité matérielle, on pourrait alléguer que des défaillances informatiques ou du serveur de messagerie aient provoqué la suppression des courriels ou empêchent leur lecture.

- l'existence d'une copie du courrier original

Le second alinéa de l'article 1348 du code civil¹⁵ permet, dans le cas où l'original n'a pas été conservé, de produire à sa place une copie « fidèle et durable ».

Dans un arrêt du 4 décembre 2008¹⁶, la deuxième chambre civile a censuré une cour d'appel pour n'avoir pas vérifié notamment si la copie était la reproduction fidèle et durable de l'original. En l'espèce, la copie informatique était revêtue d'un logo différent de celui utilisé lors de l'envoi du courrier papier original.

Au contraire, dans un arrêt du 1er juillet 2010¹⁷, la même deuxième chambre civile a rejeté le pourvoi cette fois-ci en jugeant que bien que l'en-tête et le pied figurant sur la lettre n'étaient pas ceux qu'utilisait l'émetteur à l'époque, cette copie faisait preuve car il y avait également un accusé de réception signé qui correspondait à un commencement de preuve.

On peut dès lors en déduire que l'exigence de fidélité n'est pas nécessairement l'exigence d'une stricte identité entre l'original et la copie.

=> la copie pose la question de la rematérialisation

Or, le code civil ne traite pas le cas d'un écrit qui passerait d'un support à un autre.

A l'évidence, on peut considérer que l'écrit électronique a une valeur plus forte que ses tirages papiers puisqu'il constitue lui même l'original. Et donc finalement, comme le soulignent certains

¹⁴ *C. civ., art 1348 al. 1* : « Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure ».

¹⁵ *C. civ., art. 1348 al. 2* : « Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».

¹⁶ Cass. 2ème civ., 4 déc. 2008, pourvoi n° 07-17622.

¹⁷ Cass. 2e civ., 1er juill. 2010, pourvoi n° 09-14685.

auteurs, l'impression d'un écrit électronique ne peut pas donner naissance à un écrit sur support papier¹⁸, sauf à signer a posteriori le document imprimé. Cependant, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la copie telle une impression d'écran¹⁹ par exemple ne peut pas être écartée par principe et que sa force probante doit être appréciée par les juges.

- **La valeur probante du courrier électronique dans le système de preuve libre**

Dans un système de preuve libre (actes inférieurs à 1500 euros, faits juridiques, actes de commerce à l'égard des commerçants, exceptions au régime de la preuve légale), pour rappel, tous les modes de preuve sont en principe recevables, sauf cas de la preuve déloyale²⁰.

Néanmoins, le courrier électronique peut ne pas valoir preuve aux motifs de sa non fiabilité, des possibilités d'usurpation d'identité de l'émetteur, des éventuelles manipulations et altérations dans son contenu.

Avant de faire appel aux techniciens / experts qui peuvent effectuer des investigations plus poussées, le juge a recours aux faisceaux d'indices et aux présomptions pour vérifier la fiabilité de la preuve : la mention de l'adresse électronique d'une personne sur un courriel ou de son nom laissera supposer que cette personne est l'émetteur. Des attestations aussi²¹. Même le fait que la sincérité d'une partie ne puisse être suspectée²².

Cependant, on remarque que même dans un système de preuve libre, en cas de contestation, la valeur de la preuve est atténuée. Par exemple, dans une décision de la cour d'appel de Versailles du 29 janvier 2004²³, en matière de divorce, les courriers électroniques litigieux qui étaient

¹⁸ Thierry Piette-Coudol, « *Rematéralisation de l'écrit électronique et administration de la preuve (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2009)* », comm. sous Cass. 2ème civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12248, RLDI 2009/53, act. 47.

¹⁹ Cass. 2e civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12248 ; Voir aussi Cass. 2e civ., 23 sept. 2010, pourvoi n° 09-68367.

²⁰ Le principe de la loyauté de la preuve conditionnant la recevabilité de la preuve passe par un principe de transparence dans la collecte de la preuve et par le respect des libertés individuelles au premier rang duquel se trouve la vie privée.

²¹ **Cass. soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 03-45269** : « *Mais attendu que la cour d'appel, répondant aux conclusions et analysant l'ensemble des éléments de preuve soumis à son appréciation, et notamment l'historique des envois électroniques de la société et plusieurs attestations, a constaté qu'il était établi que M. Z... était bien l'auteur du courriel incriminé ; que les moyens, qui ne tendent qu'à remettre en cause cette appréciation souveraine, sont sans fondement* ».

²² **Cass. com., 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-15195** : « *"rien ne permettant de suspecter la sincérité du représentant des créanciers"*; que l'arrêt en déduit que (...) »

²³ **CA Versailles, 2ème ch., 29 janv. 2004, n° 03/01521** : « *force est de considérer que ces pièces qui sont constituées par des copies d'écran soit de courriers électroniques, soit de dialogues sur Internet, ne sont pas probantes ; Qu'en effet, lors de la création de boîte aux lettres sur une messagerie Internet (...), il n'est demandé aucun justificatif d'identité de la personne qui les crée ; que dans ces conditions, monsieur Y... ne peut contester*

contestés ont été considérés comme non-probants, eu égard à l'absence de justificatif d'identité lors de la création d'une adresse électronique.

Dans tous les cas, on peut toujours douter notamment de l'identité de l'expéditeur d'un courriel. La cour d'appel de Paris²⁴ a ainsi rejeté la preuve de la faute grave invoquée à l'encontre d'un salarié, en jugeant que les faits qui lui étaient reprochés n'étaient pas établis dès lors « *qu'un doute subsiste sur l'imputabilité de l'envoi du courriel incriminé* ».

Le juge a donc une liberté d'appréciation de la valeur probante des éléments électroniques qui sont produits devant lui. La chambre sociale²⁵ a approuvé la cour d'appel de Paris en confirmant son appréciation souveraine. Celle-ci avait estimé que le courriel, unique document produit, avait été « *recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'était pas clairement explicité, ne permettant pas l'identification de son auteur* ».

Ainsi finalement, même dans les matières où la preuve est libre, il faut convaincre le juge de l'imputabilité et de l'intégrité du courrier électronique.

❖ Le SMS comme moyen de preuve

La distinction entre le système de preuve libre et celui de la preuve écrite s'applique au SMS ou *short message service*.

Le SMS peut ainsi constituer une preuve admissible dans le premier cas. Le SMS sera alors soumis à la libre appréciation du juge. Les difficultés relatives à la fiabilité de ce moyen de preuve se poseront et il sera nécessaire de convaincre le juge de la valeur probante du SMS, notamment dans les hypothèses où l'existence ou l'authenticité du contenu du message est contestée par l'une des parties.

Le SMS peut également constituer une preuve par écrit. Les mêmes problématiques de fiabilité que celles relatives au courrier électronique se posent. Dès lors, l'auteur du SMS doit pouvoir être clairement identifié et le SMS doit pouvoir être conservé dans la mémoire du téléphone de façon intègre. Si le SMS ne remplit pas les exigences posées à l'article 1316-1 du code civil, il pourra toutefois être admis à d'autres titres (commencement de preuve par exemple).

l'argument opposé par son épouse selon lequel il a pu créer lui-même des adresses Internet au nom de JANEEN 78, tout en faisant croire que ce pseudonyme appartenait à son épouse ».

²⁴ CA Paris, 22e ch. A, 9 nov. 2005, n° 04-36631.

²⁵ Cass. soc., 24 juin 2009, pourvoi n° 08-41087.

❖ Conclusions sur l'état de la jurisprudence en matière de preuve numérique

Depuis la loi du 13 mars 2000, dans un système de preuve légale, l'égalité entre écrit électronique et écrit papier est affirmée sous réserve des conditions d'identification et d'intégrité. Cela constitue un véritable bouleversement du droit de la preuve car auparavant, l'écrit était entendu comme un écrit papier. Les éléments de preuve informatique n'étaient donc pas considérés comme une preuve parfaite.

On remarque que la jurisprudence a bien sûr pris en compte les documents électroniques de par leur reconnaissance légale mais leur accorde une valeur variable depuis le simple commencement de preuve par écrit jusqu'à la pleine preuve, en passant par les présomptions du fait de l'homme. Les concepts traditionnels du droit probatoire sont ainsi mobilisés au service de la preuve numérique.

Le juge peut aussi avoir à arbitrer entre les deux supports, écrit et électronique, afin de déterminer la preuve la plus convaincante. Bien que tenue par le principe de neutralité technologique, la jurisprudence actuelle, en cours d'élaboration en la matière et parfois dépassée par la complexité croissante de la technique, est, par principe, très circonspecte à l'égard de la preuve informatique, se trouvant tentée de la rejeter dès lors qu'existe un doute sur sa fiabilité. Ainsi, toute contestation du courrier électronique ou du SMS jette le discrédit sur la fiabilité de ces preuves informatiques. Le doute profite alors à la partie qui dénie, de sorte que la contestation de la fiabilité devient une sorte de technique de défense des justiciables. Du fait également de la rare mise en œuvre de la signature électronique, les documents électroniques produits devant les juridictions ont généralement une valeur intrinsèque probatoire assez faible.

Cependant, l'appréciation de la fiabilité de la preuve numérique doit relever de la casuistique et il y a lieu d'exclure la solution de facilité tendant à rejeter par principe tout courriel et SMS sous couvert de leur intracçabilité et de leur altérabilité potentielles.

Dans de nombreux cas en matière informatique, le juge, qui ne peut méconnaître les acquis de la science, a besoin des compétences d'un expert, d'un « *homme de l'art* ». C'est ce qui explique, du reste, le développement exponentiel de la pratique des expertises.

Il existe également la solution des conventions de preuve afin d'éviter tout risque de contestation et faciliter le travail du juge lorsqu'il devra apprécier la force probante des preuves électroniques produites. En effet, les règles de preuve ne sont pas d'ordre public²⁶. Il existe un véritable droit conventionnel de la preuve en matière informatique. Les parties à un contrat pourront ainsi convenir d'échanger par courrier électronique en conférant à ce dernier la valeur d'un écrit littéral.

²⁶ ch. req. 1er août 1906, DP, 1909, I, 398 ; Civ., 6 janv. 1936, DH, 1936, 115 ; cités par Valérie Depadt-Sebag, « Les conventions sur la preuve », in La preuve de Catherine Puigelier, *Economica*, 2004, p. 15.

Néanmoins, la convention doit être valable. En matière de droit de la consommation, les conventions de preuve sont soumises à la réglementation des clauses abusives. Pour éviter des déséquilibres entre les parties, la possibilité de rapporter la preuve contraire devrait être systématiquement garantie. L'encadrement des conventions de preuve est également motivé par la préservation du pouvoir d'appréciation du juge.

d) le cas de la facture électronique

Il est intéressant d'étudier brièvement le cas de la facture électronique qui est un exemple assez illustratif de la place qu'a prise la dématérialisation de nos jours et de la valeur probante qui peut être donnée aux documents dématérialisés en matière fiscale.

Le point intéressant par rapport au thème de la preuve est relatif aux modalités de conservation. Les factures doivent être stockées sous la « *forme originelle, papier ou électronique, sous laquelle elles ont été transmises ou mises à disposition* »²⁷. On évite ainsi l'écueil de la rematérialisation notamment par une impression papier qui n'aurait qu'une valeur de copie²⁸.

Le Livre des procédures fiscales prévoit par ailleurs expressément plusieurs cas dans lesquels les factures ne seront pas ou plus considérées comme des factures d'origine²⁹.

Bien évidemment, ces dispositions sont spécifiques à la matière fiscale. Il n'y a rien de comparable pour les documents électroniques « traditionnels » pour lesquels il est parfois difficile de dissocier un original et sa copie.

2) L'obtention valide de la preuve numérique

L'obtention valide de la preuve numérique est confrontée à de nombreuses difficultés liées à l'essence même du numérique et des réseaux notamment d'Internet (a). La matière fiscale apparaît être « précurseur », en témoigne notamment une jurisprudence récente (b).

²⁷ LPF, art. L 102 C.

²⁸ Thierry Piette-Coudol, dans Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2013, « *Un chantier de dématérialisation exemplaire : la facture électronique au 1er janvier 2013* ».

²⁹ - LPF, art. L 13 E : « *En cas d'impossibilité d'effectuer la vérification prévue à l'article L. 13 D ou si les contrôles mentionnés au 1° du VII de l'article 289 du code général des impôts ne permettent pas d'assurer l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité des factures, ces dernières ne sont pas considérées comme factures d'origine* ».

- LPF, art. L80FA al. 3 : « *A l'expiration de ce délai et en l'absence de justification ou de régularisation, les factures électroniques ne sont plus considérées comme documents tenant lieu de factures d'origine* ».

a) la preuve numérique obtenue sur les réseaux

De nombreux textes conditionnent la validité du document numérique à sa conservation³⁰. Or, la conservation est aujourd'hui facilitée par les capacités de stockage de l'informatique.

Néanmoins, la force du numérique est aussi sa faiblesse. Les quantités importantes d'informations stockées dans les systèmes d'information révèlent tant la difficulté d'obtenir des preuves qui peuvent être noyées dans un flux continu d'informations que la difficulté de les obtenir dans leur totalité en raison de la mouvance perpétuelle desdites informations. Pour exemple, il est difficile d'être certain que les données évoluant en temps réel dans le cloud³¹ et que l'on a recueillies à un instant T n'ont pas changé à l'instant T.1. On se retrouve ici sur des problématiques d'intégrité de la preuve.

Aujourd'hui, en France, la collecte de la preuve numérique passe essentiellement par l'utilisation de l'article 145 du code de procédure civile³². Cet article permet d'obtenir, sur requête ou en référé, la désignation d'un huissier de justice, lequel collabore très souvent avec un expert judiciaire informatique, afin de rechercher les preuves informatiques et d'éviter toute déperdition. Ce droit à la preuve peut néanmoins constituer un danger lorsque l'ordonnance du juge, saisi sur requête, a été prononcée de façon non contradictoire. En effet, de nombreux principes tels que le respect de la vie privée³³ ou le secret des affaires³⁴ ne sont pas des obstacles à l'application de l'article 145 du code de procédure civile. C'est le rôle du juge que de veiller à circonscrire la mission de l'huissier qu'il autorise afin de respecter les libertés et droits fondamentaux du requis.

Le caractère transfrontalier d'Internet et des réseaux implique nécessairement des relations interétatiques et en particulier entre les pouvoirs judiciaires des différents Etats. C'est ainsi qu'existe une coopération judiciaire en matière civile et commerciale pour faciliter l'obtention des preuves³⁵ localisées à l'étranger. Cependant, cette coopération ne s'inscrit que dans un cadre européen. Les Etats-Unis, par conséquent, ne sont liés avec la France que par la convention de

³⁰ Not. C. civ., art 1348, al. 2 : « copie fidèle et durable » ; C. civ., art. 1316-1 : « conservé » ; cf. Lamy Droit du Numérique 2013 PARTIE 4 - Guide TITRE 10 - Comment appliquer les dispositions du droit du travail ? - Chapitre 1 - Questions liées à l'utilisation de l'informatique et des nouvelles technologies de l'information - Section 2 - Gestion de l'outil informatique - § 3 Gestion des documents informatiques - 4724 L'archivage des courriels.

³¹ Le cloud computing ou l'informatique en nuage induit l'existence de serveurs distants situés à l'étranger.

³² **CPC., art. 145** : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

³³ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17818.

³⁴ Cass. 2ème civ., 7 janv. 1999, pourvoi n° 95-21934.

³⁵ **Règlement européen CE n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001** relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

La Haye du 18 mars 1970³⁶ dont le caractère obligatoire n'est pas reconnu par les premiers. Les Etats-Unis, qui bénéficient de la procédure de discovery³⁷ pour obtenir des preuves situées à l'étranger, se voient aussi refuser la communication des documents sous forme papier et électronique situés en France en vertu notamment d'une loi de blocage³⁸ permettant aux sociétés françaises de se soustraire aux injonctions étatsuniennes.

On constate que l'obtention de la preuve numérique peut être invalidée à plusieurs égards : intégrité insuffisante, non respect des libertés individuelles, règles procédurales conflictuelles. La matière fiscale s'avère être innovatrice quant à l'obtention de la preuve.

b) le cas en matière fiscale

❖ Stockage des factures et accès de l'administration fiscale dans les textes

Il existe des obligations en matière de stockage des factures énoncées à l'article L. 102 C du Livre des procédures fiscales :

- les factures papier doivent être stockées sur le territoire français ;
- les factures transmises par voie électronique ne peuvent être stockées dans un pays non lié à la France par une convention prévoyant une assistance mutuelle ou offrant un droit d'accès en ligne immédiat, de téléchargement et d'utilisation de l'ensemble des données concernées

Depuis la loi de finances rectificative pour 2012, il est précisé qu' « à des fins de contrôle, les autorités compétentes des États membres de l'Union européenne ont un droit d'accès par voie électronique, de téléchargement et d'utilisation des factures émises ou reçues, stockées sur le territoire français par ou pour le compte d'un assujetti qui est redevable de la taxe sur le chiffre d'affaires dans ces États membres ou qui y est établi ».

L'encadrement des lieux de stockage des factures permet un contrôle des autorités compétentes et par voie de conséquence une obtention valide de la preuve en droit fiscal.

³⁶ **Convention du 18 mars 1970** sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.

³⁷ La discovery permet aux sociétés nord-américaines d'obtenir la communication de données d'autres entreprises dans le cadre d'un procès, alors même que lesdites données ne présentent pas d'intérêt certain pour l'affaire. Certains parlent de « pêche à la preuve généralisée » ou « fishing expedition ».

³⁸ **Loi dite de « blocage » n° 68-678 du 26 juillet 1968 modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980** relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, qui érige en délit pénal le fait pour « toute personne de « demander, rechercher ou communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ».

❖ Jurisprudence sur l'accès aux données fiscales situées à l'étranger

Dans une décision de la cour d'appel de Paris³⁹, les opérations de visite et de saisie autorisées sur le fondement de l'article L 16 B du Livre des procédures fiscales par le juge des libertés et de la détention et effectuées par l'administration fiscale française sur des serveurs situés à l'étranger ont été reconnues valides.

En l'espèce, les enquêteurs avaient pu se connecter au réseau interne du groupe Google grâce aux mots de passe qui leur avaient été communiqués par les salariés de la filiale française, ce qui leur avait permis de saisir des fichiers stockés sur des serveurs localisés à l'étranger, dont l'accès était possible par les salariés français depuis leurs postes de travail.

Le recours en annulation des opérations demandées par les sociétés Google Ireland et Google France a été rejeté par la cour d'appel de Paris qui a jugé qu' « *en permettant aux agents de l'administration fiscale de procéder à la saisie de pièces et documents susceptibles d'être détenus dans les lieux visités quel qu'en soit le support* », le juge des libertés et de la détention avait autorisé par là même la saisie de documents informatiques pouvant être consultés dans les lieux visités, même si ces documents se trouvaient sur des serveurs étrangers puisque « *toute donnée située sur un serveur même localisé à l'étranger accessible à partir d'un ordinateur se trouvant sur les lieux visités étant considérée comme étant détenue à l'adresse à laquelle se trouve cet ordinateur, il importe peu dès lors que des fichiers saisis se trouvaient sur des serveurs étrangers* ».

La cour d'appel a estimé en outre qu'« *aucun manquement au principe de loyauté ne peut être retenu à l'encontre de l'administration fiscale* » qui n'avait pas à s'identifier aux entités étrangères du groupe Google dont les ordinateurs étaient connectés à ceux de Google France.

Ainsi, l'accès autorisé aux ordinateurs d'une entreprise dont un établissement se trouve sur le territoire national permet d'accéder aux données stockées dans le monde entier. Il y a dès lors une validité de la preuve informatique obtenue à partir du territoire national français, du moins en matière fiscale. Cette jurisprudence, dont la transposition à d'autres matières est tout à fait imaginable, pourrait ouvrir la voie à un contrôle plus large, par les autorités françaises autres que l'administration fiscale, des fichiers stockés sur les serveurs hébergés à l'étranger, et ce au détriment du droit des données personnelles des utilisateurs européens des services de cloud computing⁴⁰.

³⁹ CA Paris, ord., pôle 5, ch. 7, 31 août 2012, n° 11/13233, Google Ireland et Google France c/ Administration fiscale.

⁴⁰ Revue Lamy Droit des Affaires - 2012 - Joséphine De Romanet, « *Accès aux fichiers stockés sur des serveurs situés à l'étranger* ».

3) L'intégrité de la preuve numérique

L'intégrité de la preuve numérique est essentiellement mise à mal par les risques encourus sur Internet (a). En matière d'expertise judiciaire, la préservation de l'intégrité fait l'objet d'un projet de la Chancellerie (b).

a) Les risques à l'ère du numérique

Avec Internet, de nouveaux risques sont apparus : usurpations d'identités, piratages, fraudes à la carte bancaire, falsifications de données...

L'anonymat à grande échelle explique en partie les risques de mauvaise identification pouvant parfois conduire à des erreurs en terme de responsabilité. A noter que l'exigence d'identification aurait pu être palliée par la loi pour la protection de l'identité⁴¹, qui prévoyait une nouvelle fonctionnalité à la carte nationale d'identité, permettant à l'internaute de s'identifier sur les réseaux de communications électroniques et de mettre en oeuvre sa signature électronique. Cette disposition a cependant été invalidée par le Conseil constitutionnel⁴².

La volatilité des données et l'obsolescence des techniques d'enregistrement (disquettes, CD, DVD...) conduisent à remettre en cause peut-être plus facilement l'intégrité de la preuve numérique que l'intégrité d'une preuve établie sur support papier. La preuve numérique suscite dès lors une défiance particulière, notamment en raison du caractère modifiable de l'électronique. L'intégrité est en effet une condition nécessaire pour permettre à un élément électronique de bénéficier d'une valeur probante. Bien sûr, le juge et a fortiori l'expert n'ont aucune raison de contester une preuve qui leur a été communiquée et qui n'est pas remise en cause par les parties. En effet, ceux-ci ont tendance à considérer comme vraie et intègre une pièce qui a été soumise à toutes les parties et qui ne fait l'objet d'aucune contestation. Cependant, on l'a vu, le juge se réserve le droit de rejeter un moyen de preuve électronique s'il estime que son intégrité est douteuse en dehors de toute dénégation des parties. La question se pose du point de vue de l'expert judiciaire. En cas de doute de ce dernier, on peut en effet se demander s'il peut écarter de lui-même une pièce ou s'il doit nécessairement saisir le juge afin qu'un débat contradictoire soit instauré. Tout en précisant que l'appréciation de la validité d'une pièce devrait ressortir de la compétence du juge du fond et non du juge chargé du contrôle des expertises puisqu'on touche ici à une question de preuve et donc de fond et non à des difficultés relatives au suivi de la mesure.

⁴¹ Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.

⁴² Cons. const., déc. 22 mars 2012, n° 2012-652.

Il n'est pas inutile d'insister sur le fait que les facilités offertes aux faussaires par l'ère du numérique sont vastes : possibilité de recréer a posteriori des parties complètes de comptabilité en modifiant les intitulés, fausses factures numériques, fausses comptabilités, faux bilans, faux relevés de banque. De nombreux scandales financiers tels celui de l'affaire Parmalat⁴³ en 2003 montrent que les contrôles internes, les autorités de surveillance et le pouvoir judiciaire sont souvent dépassés face à la complexité des montages d'ingénierie financière.

Néanmoins, ces possibilités d'escroquerie, favorisées à l'ère du numérique en raison d'une manipulation plus aisée et parfois quasi indétectable des références informatiques, ne doivent pas faire oublier que l'écrit papier peut aussi être falsifié⁴⁴ et qu'on ne peut être plus exigeant à l'égard de la preuve informatique sans violer le principe d'équivalence instauré par la loi. Il ne faut pas oublier plus largement que la notion de fiabilité n'existe pas dans le monde réel, la sécurité des techniques pouvant toujours être détournée, et que, du moins en matière civile, on recherche, à défaut de la vérité absolue, une preuve vraisemblable.

b) La préservation de l'intégrité au cours de l'expertise : le projet de la Chancellerie

La dématérialisation qui affectent les documents atteint également les procédures judiciaires.

Ainsi, un projet lancé par la Chancellerie vise à dématérialiser l'expertise judiciaire en créant un mode de communication sécurisé entre experts, avocats et magistrats dont les experts auront la maîtrise (création des accès aux personnes autorisées, dépôt des documents...). En expérimentation dans le ressort de la cour d'appel de Bordeaux, le projet s'est étendu à d'autres cours d'appel dont la cour d'appel de Versailles.

L'identification de l'expert et l'authentification des documents numériques émis sont garanties par un certificat numérique. Il s'agira de la première application de la signature électronique conforme au décret du 30 mars 2001, le réseau privé virtuel des avocats ou RPVA ne disposant à l'heure actuelle que d'une présomption de régularité.

Le projet inclut l'usage d'un outil dénommé *Opalex* qui assure, au sein d'un espace sécurisé⁴⁵ :

- l'identité des auteurs et émetteurs et la non-répudiation des documents ;
- l'intégrité des documents en écartant tout risque d'altération notamment grâce à un procédé d'horodatage ;

⁴³ Il s'agissait du détournement de 14 milliards d'euros déclenché par la falsification d'un fax, cf. Le Scandale Parmalat, travail présenté à M. Yves Gendron par David Chrétien et Jean-Pierre Mabushi, Université Laval, 2007.

⁴⁴ En témoigne l'affaire Dreyfus sous la Troisième République dans laquelle la culpabilité pour trahison du capitaine Dreyfus avait été confirmée à tort à la suite de la fabrication de fausses lettres par Hubert-Joseph Henry, officier de l'armée française.

⁴⁵ Cf. Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise 2011, p. 35.

- la confidentialité des documents, exclusivement accessibles aux personnes auxquelles ils sont destinés ;
- la traçabilité et la preuve des échanges, en particulier la preuve du respect du principe de la contradiction ;
- la pérennité des documents numériques pendant la durée de l'expertise garantie grâce à la redondance des serveurs permettant de répondre à un éventuel sinistre sur l'un d'eux (archivage sur des supports gérés par l'expert (copie sur CD, disque dur externe...) ou archivage par un prestataire extérieur dans le cadre d'un contrat cadre)

Les avantages d'une telle dématérialisation des expertises sont nombreux. Non seulement à l'origine de gains (réduction significative de l'utilisation de papier, diminution des coûts liés à l'achat de papier, aux traitements des documents papier et moyen de faciliter les temps de transmission des documents), mais également aux fins de garantir de nombreuses exigences procédurales telles que le respect du principe de la contradiction et de favoriser des échanges de qualité dont la fiabilité et l'intégrité ne pourront être instrumentalisées par les parties ou mises en doute par le juge.

Myléna Bautista

Master 2 de droit privé

Université de Versailles- Saint-Quentin-en-Yvelines