



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « La preuve de l'acte juridique électronique – Une nouvelle illustration de l'inconséquence du droit devant la modernité technologique », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif* 2012, p. 1791 s.

manuscrit de l'auteur



Actor incumbit probatio

Selon ce vieil adage latin – classique du droit s'il en est – c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver. Et, réciproquement, c'est à celui qui se prétend libéré de justifier l'extinction de son obligation. Ainsi évoquée, la question de la charge de la preuve paraît simpliste, semble relever d'une logique implacable. Mais, couplée à la problématique de l'admissibilité des pièces et insérée au cœur de la « société de l'information », ladite question révèle une toute autre nature : délicate, incertaine et obligeant législateur et juge à œuvrer de concert à l'obtention d'un régime juste et tirant profit de la modernité technologique.

Nombreuses sont les infrastructures essentielles des systèmes juridiques – contrat, propriété, procédure – à être affectées par la reproductibilité et la rapidité de l'information numérique circulant sur les réseaux interconnectés qui maillent le village global. Le droit de la preuve, en particulier, n'échappe guère à cette évolution et est plus ou moins contraint à changer ses modèles, sous le joug de ces nouvelles technologies de l'information et de la communication qui ont fait la révolution et pris le pouvoir à l'instant où le millénaire poussait son dernier souffle.

Tirant le constat de ce bouleversement technique, le Gouvernement français commande au Conseil d'État, en 1997, une étude devant permettre l'identification des moyens s'offrant aux pouvoirs publics afin d'appréhender efficacement cette donne nouvelle et assurer une transition la plus douce possible. Le rapport de la Haute juridiction¹ se veut rassurant en plaçant le droit dans une « position privilégiée de la construction de ce nouvel espace ». Il précise entre autres que « les questions juridiques suscitées par le développement d'Internet et des réseaux numériques ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements mêmes de notre droit », mais au contraire « elles confirment la pertinence de la plupart des concepts généraux, parfaitement transposables à ce nouvel environnement, même si certaines adaptations sont nécessaires ».

En France, la première réforme du droit contemporain de la preuve intervient en 1980². À cette occasion, est reconnue la valeur probante de l'écrit transmis à distance par télécopie ou reproduit par photocopie. Depuis, les articles 1341 et suivants du Code civil – qui traitent des preuves littérales – « reçoivent 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 ». Quelques années plus tard, en 1996, les travaux de la Commission de Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) attirent l'attention des États sur le besoin d'adapter les règles juridiques à l'évolution des technologies³. La Commission européenne et la France ne sont pas les dernières à considérer avec

¹ Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, Paris, 1998.

² V. VION (M.), *Les modifications apportées au droit de la preuve par la loi du 12 juillet 1980*, Desfrenois, Paris, 1980.

³ « Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le guide pour son incorporation », 16 déc. 1996, Nations unies, New York, 1997 : A/RES/51/162, spéc. art. 7.

sérieux cette résolution. Simultanément, les tribunaux français s'accrochent sereinement de ces chicanes et admettent ainsi qu'il puisse être attaché à ces nouvelles formes de communication électronique une valeur probante¹. Mais encore faut-il que les textes gravent dans le marbre cette légitimité des preuves immatérielles pour qu'elle acquière ses lettres de noblesse au sein du corpus juridique national.

Comme souvent à l'heure de l'Union européenne, l'impulsion de la Commission bruxelloise s'avère décisive. À travers la directive communautaire « commerce électronique » du 8 juin 2000 qui prescrit la dématérialisation des contrats électroniques² et, surtout, grâce à la directive « sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques » du 13 décembre 1999³, les États membres se trouvent enjoins d'adapter leurs législations dans un espace temporel restreint. Contrairement à sa consœur, la directive de 1999 se concentre davantage sur la notion de signature que de message ou communication électronique. Or, tout autant que sur support papier, la signature est la condition sine qua non de validité d'un document immatériel. Ladite directive distingue la « signature électronique simple », soit « une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification »⁴ ; et la « signature électronique avancée », soit « une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes : être liée uniquement au signataire, permettre d'identifier le signataire, être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif, être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable »⁵. Partant, dès lors qu'il s'agit d'accorder une quelconque valeur à ces correspondances électroniques, deux régimes d'admissibilité et de force probante différents sont à établir, en fonction des garanties et de la sécurité offertes par le mode de signature électronique employé.

Quoi qu'il en soit, les preuves électroniques des actes juridiques entrent dans l'arène du droit par la grande porte, spécialement sous l'effet du principe de non-discrimination soutenu par la CNUDCI⁶. Aussi la directive du 13 décembre 1999 dispose-t-elle que les États membres « veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature

¹ V. HUET (J.), « Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques », *D.*, 2000, p. 95.

² Dir. n° 2000/31 du 8 juin 2000 dite « commerce électronique » ; ce principe est transposé dans la LCEN à son article 25 qui crée à cet effet dans le C. civ. de nouveaux articles 1369-1 à 1369-3.

³ Dir. n° 1999-93 du 13 déc. 1999 « sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques », publiée le 19 janv. 2000 au *JOCE*.

⁴ *Ibid.*, art. 2.1.

⁵ *Ibid.*, arts. 2.1 et 2.2.

⁶ Loi type de la CNUDCI précitée, art. 5 : « L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme d'un message de données ».

électronique au seul motif que [...] la signature se présente sous forme électronique »¹. Sur ce point, les droits nationaux doivent être amendés afin de permettre aux « signatures électroniques avancées [de] répondre aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier »².

Évidemment, il revient à la jurisprudence de dessiner les contours des adaptations du droit existant aux mutations technologiques et de compenser les carences d'un législateur qui, lorsqu'il ne s'abstient pas, se montre souvent dépassé par la modernité. En l'occurrence, la Cour de cassation rappelle qu'en l'absence de signature électronique certifiée, il relève de l'office des tribunaux de rechercher la fiabilité de la preuve (I). Par là, elle identifie clairement dans le principe de sécurité un objectif à poursuivre indéfectiblement (II). Pareil libre arbitre des juges du droit démontre que le progrès technologique participe directement du phénomène de jurisprudentialisation du droit.

I. LA FONCTION CARDINALE CONFIEE AUX JUGES DU FOND : RECHERCHER LA FIABILITE DU MESSAGE

La Cour de cassation censure les juges du fond qui admettent par principe et sans autre forme de procès la production d'un e-mail en guise de preuve³. La Haute juridiction rappelle que la signature électronique certifiée est un élément crucial du cadre de l'admissibilité de la preuve (A). Ce gage de sécurité faisant défaut, il relève du devoir des magistrats de rechercher s'ils ne sont pas en peine d'utiliser cette pièce ou s'ils doivent l'écarter (B).

A. LA SIGNATURE ELECTRONIQUE CERTIFIEE, UNE CONDITION SINE QUA NON DE RECEVABILITE DE LA PREUVE

L'apparition des problématiques liées à la signature électronique en droit interne

La loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique⁴, modifie en

¹ Directive du 13 décembre 1999 précitée, art. 5.2.

² *Ibid.*, art. 5.1.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010.

⁴ 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, JO du 14 mars 2000, p. 3968. ; v. ABALLEA (T.), *D.*, 2001, chron. 2835 ; FERRAND (F.), *D.*, 2001, n° 564.

profondeur les règles du Code civil relatives à la preuve des actes juridiques en insérant de nouveaux articles 1316-1 à 1316-4 consacrant la valeur probante des écrits électroniques. En conséquence, ce type de document se situe désormais à un rang similaire à l'écrit papier et à la signature manuscrite dans la hiérarchie des éléments de preuve susceptibles d'obliger le juge ou, a minima, d'emporter sa conviction.

L'intérêt est évident et, comme souvent, en priorité économique : autoriser la réception par e-mail de l'accord des clients, notamment dans les contrats en nombre, ce qui permet de réduire considérablement les coûts de traitement des entreprises concernées. Plus généralement, il s'agit de mettre à la portée de tout un chacun des modes nouveaux d'engagement à distance, ce qui s'insère dans un processus de simplification de la vie quotidienne directement issu de l'expansion d'Internet.

Cependant, pour acquérir une telle qualité, ledit message se doit de remplir plusieurs conditions strictes et cumulatives. C'est ici que le bât blesse car s'il est à la portée de tout contractant de rédiger une lettre manuscrite emportant force obligatoire, il en va inversement des « lettres » électroniques. En vertu des textes en vigueur¹, l'auteur doit être identifiable et l'intégrité de l'acte garanti par des procédés électroniques décrits légalement. L'enjeu est donc de savoir situer la barrière au-delà de laquelle la fiabilité de la preuve électronique n'est plus présumée. La Cour de cassation répond qu'il s'agit de la frontière entre e-mail assorti d'une signature électronique certifiée et e-mail non assorti d'une telle garantie². Par suite, un décret du 30 mars 2001³ met en œuvre cette norme en visant un modèle précis de signature électronique : la cryptographie asymétrique. Ce texte pourtant essentiel a été rédigé plus d'une année après l'adoption de la loi, caractérisant de fait les difficultés rencontrées par l'administration lorsqu'il s'agit d'appliquer pareils nouveaux principes face au risque d'insécurité.

Il est important de souligner que la fonction des écrits et signatures électroniques ici en cause est toujours *ad probationem* et non *ad validitatem*⁴. Si le texte de 2000 n'est guère précis sur ce point, les débats parlementaires y afférant se révèlent en revanche dépourvus d'ambiguïté⁵. Ainsi, par exemple, un contrat de travail à durée déterminée ou un contrat de cautionnement ne pouvaient être conclus

¹ Arts. 1316-1 et 1316-4 du C. civ., art. 287 du CPC.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010.

³ Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001.

⁴ V. LECLERCQ (P.), « Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge », *CCE*, 2000, chron. 9, p. 11 s. ; LINANT DE BELLEFONDS (X.), « L'Internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, p. 225 s. ; SCHWERER (F.), « Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique », *Contrats conc. Consom.*, 2000, chron. 16. ; BRAHMI (A.), « La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? », *LPA*, 19 fév. 2002, n° 36.

⁵ « Le texte n'aurait pas vocation à s'appliquer aux actes ou titres pour lesquels la signature est exigée non simplement comme preuve, mais comme acte de validité », JO AN CR n° 15, 1^{er} mars 2000, p. 1403.

par voie dématérialisée dans l'esprit du législateur. Plus tard, la loi LCEN¹ a ajouté un nouvel article 1108-1 au code civil renversant cette donnée². Mais, à propos des considérations ici en cause, cela n'emporte aucune incidence et la fonction ad validitatem de l'écrit ne sera évoquée qu'insidieusement au sein de ces développements. Il va de soi qu'en pratique cette évolution a cependant conduit à de profonds changements.

La Cour de cassation³ se fonde sur l'article 287 du Code de procédure civile (issu du décret du 30 mars 2001), lequel dispose : « Si l'une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée [...], le juge vérifie l'écrit contesté à moins qu'il ne puisse statuer sans en tenir compte. [...] Si la dénégation ou le refus de reconnaissance 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 électroniques, sont satisfaites ». Cependant, l'article 1316-3 du Code civil précise paradoxalement que l'écrit sur support électronique est revêtu de la même force probante que l'écrit sur support papier. Ainsi, la preuve contraire n'est susceptible d'être apportée que par un autre écrit, qu'il soit ordinaire ou électronique. Les juges du droit ne visent évidemment pas cet article dont l'esprit libéral est antinomique de ceux qu'elle vise pour casser l'arrêt d'appel. Nul doute qu'il serait vain de chercher à concilier ces textes étonnement incompatibles. En effet, le maigre développement des procédés de signature sécurisés consacre de fait une infériorité du message électronique à la lettre manuscrite.

Partant, la Cour de cassation efface sans scrupule aucun l'article 1316-3 du droit positif.

La signature électronique, une boussole indispensable à l'orientation des juges

Dans l'espèce qui a abouti à l'arrêt du 30 septembre 2010, l'e-mail litigieux n'était assorti d'aucune signature certifiée. En résultait une incertitude qui n'aurait pas existé dans l'hypothèse inverse puisque la preuve aurait alors été admise sans discussion aucune. Le Décret du 30 mars 2001, à son article 2, prévoit les conditions dans lesquelles un procédé de signature électronique est présumé fiable, cette présomption n'étant pas irréfragable⁴. Dès lors que ce procédé répond aux critères légaux, la charge de la preuve n'incombe plus à la partie demanderesse et il appartient alors à l'adversaire au procès d'apporter un élément contraire et de même

¹ Art. 25 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

² L'alinéa 1 de l'article 1108-1 est ainsi rédigé : « lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317 ».

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010.

⁴ V. ABALLEA (T.), « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », *D.*, 2001, p. 2835.

valeur. On comprend dès lors que les juges du fond – en procédant à ce renversement de la charge de la preuve alors même qu'aucune des conditions n'était remplie – avaient outrepassé ces textes en étendant exagérément leur portée.

La signature électronique doit remplir une triple fonction : permettre de vérifier l'intégrité du message, en assurer l'authenticité et interdire à son auteur de le répudier¹. L'enjeu à son égard est donc tout d'abord qu'elle soit « sécurisée », c'est-à-dire propre au signataire qui contrôle les moyens techniques permettant l'apposition de sa griffe ; ensuite, qu'elle soit « établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique »². En conséquence, elle est tenue de répondre à des exigences de confidentialité et d'impossibilité de duplication ou falsification. Et un certificat de conformité³ doit impérativement être délivré afin de garantir le respect de ces contraintes. Ce sont des prestataires agréés par les services du Premier Ministre chargés de la sécurité des systèmes d'information – et répondant à un cahier des charges précis et largement garant de leur sérieux – qui fournissent ces certificats. Mais encore faudrait-il que des entrepreneurs se lancent sur ce marché qui, a priori, paraît plus délicat et instable du fait de la responsabilité professionnelle y étant attachée⁴ que porteur d'une rentabilité alléchante. Or cette signature constitue la condition sine qua non de la valeur d'un acte électronique puisque la Cour de cassation met un frein à un emploi expansif, au titre des preuves, des messages en étant dépourvu. Résulte de ce syllogisme simplet l'affirmation suivante : que le message électronique trouve sa place dans la sphère probante dépend du développement et de l'épanouissement du marché des certificateurs. Ainsi, pourraient se développer les actes authentiques électroniques⁵ puisque, depuis 2005, l'article 1317 du code civil reconnaît la possibilité d'établir un tel document⁶. L'enjeu est donc de taille à plus d'un niveau.

Au demeurant, le piédestal construit pour y placer les signatures électroniques ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs se montrent perplexes et l'explication avancée n'est guère surprenante : le piratage des documents sécurisés demeurerait techniquement possible, quels que soient les moyens mis en œuvre. Ainsi, un auteur décrit : « dans le monde numérique, les logiciels évoluent rapidement et la lecture de documents ou fichiers dépend de la disponibilité du (ou des) logiciel(s) avec lequel

¹ V. JALUZOT (B.), « Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande », *D.*, 2004, p. 2866.

² Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001.

³ Le certificat électronique est un « document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire » ; décret du 30 mars 2001, art. 1^{er}.

⁴ L'article 32 de la LCEN instaure une véritable responsabilité professionnelle de ces prestataires de service.

⁵ Par exemple, dans le monde judiciaire, le processus de dématérialisation des pièces de procédure est aujourd'hui engagé.

⁶ Décrets n° 2005-972 et 973 du 10 août 2005 concernant les notaires et les huissiers ; ces textes posent, dans des dispositions similaires, les principes du formalisme électronique qui doivent être respectés, que ce soit au stade de l'établissement, de la conservation ou de la circulation de ces actes.

ils ont été créés. Le stockage paraît pouvoir difficilement résister à la disparition desdits logiciels à long terme sauf à remettre à jour régulièrement les documents sur la base des nouveaux logiciels nécessaires à leur lecture. Mais cette mise à jour crée précisément le risque d'altération du document signé puisque ce dernier est assurément modifié au travers de cette opération. Il semblerait donc que la réunion valable des conditions de la présomption de fiabilité de la signature électronique sécurisée ne puisse être possible en l'état de la technique »¹.

Mais alors il faut se demander s'il en va différemment des signatures manuscrites, ce qui pourrait justifier une dichotomie des régimes juridiques. Or, de tout temps, ces dernières ont été falsifiées et les exemples abondent. La Cour de cassation aurait-elle adopté la même posture à l'égard d'une signature tangible ? Sans doute non car elle aurait laissé le soin au demandeur au pourvoi d'apporter une preuve permettant de lutter contre l'écrit lui étant attribué. Dès lors, la cohérence de l'espace juridique est douteuse puisque – de son côté – le Code civil proclame l'égalité entre l'une et l'autre forme d'écrit.

B. L'ABSENCE DE SIGNATURE ÉLECTRONIQUE CERTIFIÉE, UN MANQUE OBLIGEANT LE JUGE À INVESTIGATION

Un revirement de jurisprudence patent de la Cour de cassation

Sous l'empire de la loi du 13 mars 2000, l'arrêt rendu par la première chambre civile le 30 septembre 2010 est seulement le second à traiter clairement et directement de la valeur probante des messages électroniques à l'égard des actes juridiques. L'unique précédent réside en un arrêt daté du 27 juin 2006² au moyen duquel la même chambre retenait qu'en l'absence d'éléments permettant de « mettre en cause l'authenticité et l'origine du texte », le juge n'est pas tenu de procéder à la vérification d'écriture électronique prévue aux articles 287 et suivants du Code de procédure civile. À l'inverse de ce qui sera jugé dans la seconde affaire, les juges du droit affirmaient à cet instant que le fait que la partie à qui était attribué un écrit électronique en conteste la paternité n'était nullement susceptible de mettre en doute son admissibilité et d'enjoindre les magistrats de procéder aux vérifications nécessaires. Face aux parties ayant succombé – qui faisaient valoir que le document produit devant la Cour d'appel par les défendeurs au pourvoi était différent de celui effectivement mis en ligne par elles sur leur site Internet et qu'en conséquent les juges du fond auraient dû procéder à une vérification d'écriture – la Cour répondait « qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que rien ne permettait de mettre en cause l'authenticité et l'origine du texte diffamatoire qui lui était soumis, la Cour d'appel n'était pas tenue de recourir à la procédure de vérification d'écriture ». Un

¹ ABALLEA (T.), *op. cit.*

² Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 2006, n° 05-15.676, *F-D, Michèle D., Assoc. SOS Sexisme c/ Jean-Claude C., Carole L.* ; Juris-Data n° 2006-034626 ; v. CAPRIOLI (E.), « Vérification d'écriture en matière d'écrit électronique », *CCE*, n°10, oct. 2006.

renversement de la charge de la preuve n'avait en conséquent pas à être opéré au seul vu de contestations non accompagnées d'éléments révélateurs.

L'arrêt de 2010 constitue donc un revirement de jurisprudence patent. Peut-être est-il explicable par le fait que, si dans les deux cas l'intime conviction des juges du fond résidait dans le sentiment que les documents n'étaient pas des faux, dans la première espèce, procéder aux vérifications nécessaires s'avérait matériellement impossible et aurait inéluctablement mené à leur irrecevabilité. En conséquent, l'objectif d'une bonne administration de la justice commandait sans doute de jeter un œil aveugle sur ce texte de loi.

En aparté, il faut également signaler cet arrêt antérieur, rendu le 4 octobre 2005, par lequel la chambre commerciale retenait une solution similaire¹ – ce qui se comprend davantage de son point de vue – en affirmant qu'un écrit électronique non sécurisé incarne un mode de preuve admissible puisque la preuve est libre et parce que la sincérité du producteur de l'écrit ne pouvait pas être suspectée. Mais il s'agissait ici de faits impliquant la liberté de la preuve et non d'un acte juridique supposant la pré-constitution de preuves écrites et, le cas échéant, la qualification de commencement de preuve par écrit. La comparaison avec la jurisprudence de la première chambre civile n'a donc pas à être développée davantage.

Un arrêt de principe forgeant la nouvelle position de la Cour de cassation

En guise d'anecdote, il est bon de noter que, dans l'espèce ayant conduit au plus récent arrêt de la Cour de cassation², la somme en cause était faible – 750 euros, soit un mois de loyer – par rapport au coût judiciaire que la partie déboutée et condamnée aux dépens devait supporter au terme de ces années de procédure. Ainsi l'entêtement et le manque de flegme de certains particuliers se transforment parfois en pain béni pour les juristes qui étudient le droit et ses soubresauts. Sans récolte, il n'est point de grain à moudre. En l'occurrence, la Cour de cassation publie son arrêt, marquant ainsi son importance et le fait que, assurément, découle de ces faits banals et futiles un arrêt de principe.

¹ Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15.195, *SARL Sodival c/ Sté Bières d'Europe* ; Juris-Data n° 2005-030101 ; GRYNBAUM PREUVE (L.), « Preuve par écrit électronique non sécurisé d'une inscription de créance », comm. in *Communication commerce électronique*, n° 3, mars 2006, comm.48.

² Un litige était né entre un bailleur et sa locataire à propos de la date d'échéance du préavis de résiliation du bail de cette seconde. Elle estimait en effet que le point de départ devait se situer à la date de réception d'un e-mail qu'elle produisait et par lequel le bailleur avait, semble-t-il, accepté explicitement de déroger au formalisme de la lettre recommandée avec avis de réception. Cependant, ce dernier reniait la paternité de ce message électronique. Or, à l'image de la quasi-totalité de la population, il ne disposait de nulle signature électronique certifiée permettant de rendre incontestable le lien l'unissant à l'écrit. Le préavis doit être notifié, au sens de l'article 15-I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, par « lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou signifié par acte d'huissier. Ce délai court à compter du jour de la réception de la lettre recommandée ou de la signification de l'acte d'huissier ».

La Cour d'appel cassée¹, suivant la jurisprudence d'alors des juges du droit, avait considéré que la fiabilité des courriels devait être présumée et s'était donc fiée aux messages électroniques produits devant elle². En se plaçant ainsi sur le seul terrain de la charge de la preuve, les magistrats avaient répondu qu'il revenait au défendeur d'apporter des éléments contraires capables de faire s'effondrer cette présomption. En tout état de cause, ils refusaient de vérifier au préalable que les conditions nécessaires à la validité du procédé technique étaient bien respectées comme les y invitait pourtant la loi. La partie appelante au pourvoi soutenait, à l'inverse, qu'il relevait du rôle des juges des faits de vérifier que « les courriels avaient été établis et conservés dans les conditions de nature à garantir leur intégralité et que la signature était identifiée par un procédé fiable »³. Elle rappelait par là l'article 1316-4 du Code civil et n'aspirait pas à moins qu'une cassation pour violation de la loi.

Dans son arrêt du 30 septembre 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation suit ce moyen et inflige un véritable camouflet aux juges du fond en imposant le principe – parfaitement antinomique de celui qu'ils avaient appliqué – selon lequel toute dénégation de l'auteur présumé d'un message électronique enjoint les magistrats de contrôler l'authenticité de celui-ci. Dès lors que le respect des exigences de l'article 287 du Code de procédure civile relatives à l'authentification de l'auteur et à l'intégrité de son message n'est pas avéré a priori, il relève de l'office du juge de s'en assurer.

Il s'agit en quelque sorte d'un « rappel à la loi ». Entre suivre la jurisprudence de la Cour de cassation ou appliquer strictement les termes des textes, les juges de second degré avaient opté en faveur de la Haute Cour. Au vu de ce revirement de jurisprudence tonitruent, on ne peut pas dire qu'elle le leur rende bien. Surtout, cette position prétorienne s'explique par la volonté de préserver la notion de sécurité dans les relations juridiques, tant celle-ci est – depuis aussi longtemps que vit le droit – l'essence du moteur contractuel.

II. LA PLACE CENTRALE CONFÉRÉE AU PRINCIPE DE SÉCURITÉ : ASSURER LA FIABILITÉ DU MESSAGE

En choisissant de revenir sur ses pas en faisant prévaloir sur toute autre considération le principe de sécurité, la jurisprudence abaisse le message électronique dépourvu de signature certifiée au plat rang de commencement de preuve par écrit (A). En résulte un garde-fou placé devant la propagation de l'emploi

¹ CA Dijon, 2 déc. 2008.

² La Cour d'appel retenait ainsi que « l'ensemble des écrits sous forme électronique émanant de Monsieur X. [...] doivent être admis en preuve dès lors que leur signataire ne communique aucun document de nature à combattre la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-4 du Code civil ».

³ V. moyen annexé à l'arrêt.

de l'outil informatique lors de la conclusion des conventions. Se pose donc la question de l'avenir dudit outil au sein de ce domaine classique parmi les classiques du droit qu'est la preuve (B).

A. LE MESSAGE ÉLECTRONIQUE, UN SIMPLE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT

Des controverses théoriques

Dès lors que les conditions de licéité suscitées ne sont pas respectées, un message électronique ne saurait constituer plus qu'un commencement de preuve par écrit. L'acte sous seing privé électronique est, dans ces conditions, impossible¹. La Cour de cassation en appelle au formalisme le plus classique : la lettre recommandée avec avis de réception n'est pas démodée au sens du droit, au contraire, et – avec la notification par acte d'huissier – elle demeure la manière la plus pertinente de prouver un congé ou de mettre en œuvre le préavis y étant lié. La tendance à confier pareille intensité probante à des lettres impalpables, hors la présence d'un certificat électronique, a vécu. Pourtant, la loi dispose expressément qu'il ne doit exister aucune hiérarchie entre écrits papier et électronique, tous deux devant être considérés en tant que preuves absolues.

Si l'on comprend bien l'analyse des juges de cassation, un e-mail serait équivalent, sur le plan de la preuve, à une lettre anonyme. Or ce n'est évidemment pas ce qui ressort en général des faits dans lesquels nul n'a l'intention de se cacher derrière un quelconque secret de l'identité. D'ailleurs l'intime conviction des juges selon laquelle l'auteur présumé a bel et bien rédigé et envoyé les messages en cause est assurément, le plus souvent, forgée. En réalité, le message électronique dépourvu de signature certifiée – c'est le cas de plus de 99 % de ce genre de missives – ne trouve pas d'équivalent papier. En résulte un contexte juridique incommode, fait de dispositions légales absconses et de positions jurisprudentielles hésitantes.

La loi et la Cour de cassation s'affrontent en opérant des choix dénués de logique. Ainsi en va-t-il des jurisprudences précédemment décrites ; ainsi en va-t-il du Code civil² lorsqu'il dispose, d'une part, que l'écrit sur support papier possède une même force probante que l'écrit sur support électronique et, d'autre part, que seuls les messages immatériels accompagnés d'un mode de signature sécurisé

¹ Selon l'article 1347 du C. civ., « les règles [relatives aux preuves préconstituées] 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 ».

² V. HUET (J.), « Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques », *D.*, 2000, p. 95.

peuvent espérer atteindre le degré de probité des messages matériels¹. Tout cela ne plait guère au principe de sécurité juridique.

En outre, l'intervention de la gardienne du droit est-elle légitime dès lors que l'article 1316-2 du Code civil dispose que le juge apprécie librement la pertinence des différents écrits en conflit à lui soumis, qu'ils soient ordinaires ou électroniques ? Oui si l'on propose que l'absence de signature certifiée écarte le message du régime classique de la preuve car ne doivent alors demeurer que les actes sur support papier. Non si l'on retient à l'inverse que cette conjoncture ne supprime pas pour autant l'application aux messages électroniques d'une qualité équivalente à celle d'un acte sous seing privé. C'est la première hypothèse qui l'emporte parmi le droit positif actuel.

Des explications et implications pratiques

Paradoxalement, il ne se trouve en cette solution rien de réellement critiquable tant, « dans un monde numérique, la confiance ne peut se construire que par la notion de sécurité »². L'intérêt pratique consiste à protéger, avant toute autre chose, le consentement de l'auteur de l'acte et, insidieusement, la pérennité des modèles contractuels. Or réussir l'amalgame entre cet objectif noble du droit et l'omniprésence contemporaine des technologies électroniques n'est pas chose aisée. Aujourd'hui, manifestement, les adresses IP et les boîtes de messagerie sont loin de présenter tous les gages de sécurité nécessaires à la conclusion sereine des conventions. Les questions d'identification et de confidentialité sur les réseaux de communication en ligne sont des enjeux fondamentaux pour la société de l'information. Les acteurs du droit ne peuvent manquer ce rendez-vous.

Ces problématiques dépassent évidemment le cadre restreint du territoire national et il est bon de consacrer quelques lignes de ces développements à des propos de droit comparé³. On constate que les difficultés rencontrées par le législateur et les juges français ne sont en rien le produit d'un quelconque particularisme hexagonal et que la valeur probante des courriels interroge également au-delà des frontières. Pour ne citer qu'un exemple, la High Court of Justice (une des cours supérieures anglaises), par un arrêt daté du 7 avril 2006, juge que l'insertion d'une adresse électronique ne suffit pas à engager l'auteur du message, lequel ne constitue donc pas plus qu'un commencement de preuve par écrit. Les magistrats retiennent que la partie faisant valoir ce document doit apporter la preuve de son authenticité. Pourtant, les juges de première instance avaient retenu la solution opposée en estimant que ladite adresse électronique valait signature et que l'acte engageait pleinement son rédacteur.

¹ Arts. 1316-1 et 1316-4 du C. civ. ; puisque seulement une infime proportion de la population dispose d'un tel mode de signature sécurisée.

² CAPRIOLI (E.), in *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 155.

³ V. CAPRIOLI (E.), « Signature et courrier électroniques en droit comparé, du rôle du juge », *CCE*, n° 6, juin 2006, comm. 103.

Le critère employé par la High Court s'avère intéressant : elle recherche, indépendamment de la forme, si l'*animus signandi* – soit l'intention de signer – était ou non présent en l'espèce. La signature, peu important qu'elle soit placée en haut ou en bas du document, qu'elle soit composée de lettres manuscrites ou dactylographiées, doit être accompagnée d'une réelle volonté d'appropriation du contenu. Mis en perspective avec le principe du consensualisme, cet outil semble opportun. Mais c'est oublier qu'avoir un droit sans preuve équivaut à ne pas avoir de droit aux yeux de la justice.

De l'autre côté du Channel comme en France, la signature est la pierre angulaire de l'acte juridique et la signature électronique sécurisée la condition sine qua non de recevabilité de l'acte juridique immatériel.

Au-delà des simples rapports entre particuliers, le régime de droit applicable au seing numérique interroge, par exemple, les courriels d'avertissement adressés par la HADOPI aux contrevenants et qui réalisent la première phase de la fameuse riposte graduée¹. En effet, la Haute autorité envoie par l'intermédiaire des fournisseurs d'accès ces messages, lesquels ne sont donc assortis d'aucune technique de signature certifiée. D'aucuns penseront qu'il s'agit là d'une faille dans laquelle les avocats devant plaider la bonne foi de leurs clients contrefacteurs ont intérêt à s'engouffrer². Toutefois, les juges peuvent répondre – le cas échéant en interrogeant directement la HADOPI – que celle-ci ne conteste en aucun cas la paternité desdits courriers électroniques. Le raisonnement inverse à celui de la Cour de cassation ne devrait en effet pas être permis et, dès lors qu'une personne assume la responsabilité d'un écrit quel qu'il soit, ce dernier est normalement admis au titre des preuves parfaites.

Plus généralement, en vertu du principe de sécurité juridique, les entreprises doivent faire montre de vigilance et ne pas considérer que de simples échanges d'e-mails avec des clients ou fournisseurs possèdent une quelconque valeur contractuelle. Réciproquement, chaque particulier est appelé à utiliser avec prudence les nouveaux moyens de communication électronique.

En outre, il apparaît encore que la réticence de la Cour de cassation à consacrer de façon prétorienne l'équivalence entre actes manuscrits et électroniques est justifiée par le fait que ces deux médiums diffèrent sur bien des points. Ainsi, il ne faut pas omettre que l'information portée sur support électronique, contrairement à celle posée sur papier, n'est pas imprimée de manière irréversible et, donc, demeure, quelles que soient les précautions prises ou les techniques utilisées, manipulable d'une manière ou d'une autre par celui qui sait comment procéder³. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication doivent être appréhendées par le droit avec des pincettes tant elles sont susceptibles de rendre les informations

¹ V. <<http://vauvertplus.com/2010/11/04/la-procedure-hadopi-mise-en-cause-par-la-cour-de-cassation/>>.

² Ce que l'on peut lire sur les blogs de certains avocats.

³ V. HUET (J.), *D.*, 2000, p. 95.

« plastiques, reproductibles et [capables de] circuler librement au travers de réseaux toujours plus étendus et interconnectés »¹.

Nonobstant ces divers arguments, la pertinence de la jurisprudence de la Cour de cassation peut être mise en doute ; cela non pas, évidemment, à l'égard de la loi qu'elle épouse parfaitement, mais plutôt au vu de considérations historico-sociologiques conduisant à imaginer que la prise de pouvoir des preuves immatérielles devient aujourd'hui non seulement irrésistible, mais aussi raisonnable. Or le droit positif ne s'oriente pas dans cette direction.

B. LE MESSAGE ÉLECTRONIQUE, UN AVENIR PROBATOIRE INCERTAIN

Un régime juridique aux fondements fragiles

En 1988, le Professeur Jacques Larrieu proposait une analyse d'une prescience remarquable à travers laquelle il exposait les lignes directrices sensées permettre l'avènement d'un univers où domineraient les conventions électroniques². Il jugeait alors que « la loi ne fait pas entièrement dépendre la crédibilité d'un mode de preuve de ses qualités intrinsèques. La primauté de l'écrit ne repose pas, contrairement à ce qui est affirmé parfois, sur ses seules qualités techniques »³. Ainsi, les problématiques en apparence décisives que sont la signature électronique et la périssabilité des messages ne seraient en vérité que des trompe-l'œil. La prééminence de l'écrit dans le droit de la preuve français ne découlerait en aucune manière de ses qualités matérielles mais serait simplement la résultante d'un processus symbolique⁴. Ce ne serait pas tant le fait que l'écrit papier soit infalsifiable – il ne l'est évidemment pas – que la présence de longue date de ce mode de pré-constitution de la preuve qui lui conférerait son hégémonie et la préférence du législateur.

Or la valeur probante d'un écrit quel qu'il soit devrait dépendre tout à la fois de la qualité de la personne qui le rédige (par exemple un officier public), de la réglementation encadrant sa production et sa conservation et de la sévérité de la sanction des malveillances, c'est-à-dire des destructions. La loi de 2000 consacre une telle approche, ce qui trahit une volonté non équivoque d'introduire les preuves immatérielles au cœur du droit. Mais la maladresse est – il faut le répéter – que la

¹ BLANCHETTE (J.-F.), « Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français », *CCE*, n° 3, mars 2005, étude 13.

² LARRIEU (J.), « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seings privés ? » in *Lamy droit de l'informatique*, H, I, 1988.

³ *Ibid.*, p. 10.

⁴ V. LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire – Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel-Rivière et Cie, Paris, 1964 ; LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Éd. J. Ghestin, Coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 1994.

signature électronique certifiée est difficile d'accès, ce qui évince de fait la possibilité de recourir auxdites preuves.

Le Professeur Larrieu poursuit : « aucune des deux composantes de l'élément matériel de l'écriture (caractères d'une part, procédé et support d'écriture d'autre part) n'est définie en droit positif d'une manière qui justifierait l'exclusion des procédés modernes d'écriture et des supports nouveaux d'information [...]. Sous le rapport de la logique, n'importe quel type de caractère ayant un sens, inscrit sur n'importe quel support, peut constituer une écriture du moment que les fonctions de l'écrit instrumentaire sont assurées : mémorisation de l'expression d'une volonté, c'est-à-dire pré-constitution de la preuve, et fiabilité, c'est-à-dire résistance à la falsification. L'enregistrement sur une bande magnétique, une disquette, un microfilm, un disque CD-ROM, l'impression d'un film peuvent remplir cet office du moment qu'ils ne sont pas trop éphémères »¹. Partant, tout support serait susceptible de comporter une preuve recevable dès lors que satisfaisant à l'inévitable épreuve de la sécurité.

Quant à la question de la signature, « n'importe quel type de signe suffisamment distinctif peut [en] constituer une s'il remplit cette double fonction d'approbation et d'identification qui est traditionnellement dévolue à la signature. Une signature électronique peut jouer ce double rôle »². Se retrouve ici, insidieusement, l'idée que pré-constituer des preuves électroniques est possible, mais sous réserve d'user d'un procédé conventionné de signature électronique. Or la grande majorité des courriels envoyés le sont sans qu'une telle précaution soit – ou puisse être – prise. Mais cela ne signifie pas que ce mode de preuve doit être ad vitam aeternam rejeté puisque, si la Cour de cassation demande au juge de ne pas faire dépendre l'issue du litige d'un tel message sans investigation, elle ne renie en aucun cas l'hypothèse selon laquelle il serait sur le fond bel et bien valable.

Un régime juridique en conflit avec une évolution naturelle

Le Professeur Larrieu conclut : « quelle que soit l'autorité reconnue au sous-seing privé et plus spécialement à la signature, cette autorité n'est ni naturelle ni rationnelle. Elle relève d'une convention sociale apparue à partir du XVI^e siècle [...]. C'est d'une nouvelle convention sociale que dépend la force probante des nouvelles techniques de mémorisation et d'authenticité des données »³. On peut imaginer que la loi du 13 mars 2000 participe de cette évolution en « imprimant à la civilisation juridique un saut dans le temps [...], en sonnando en matière de preuve le repli de la civilisation Gutenberg et l'avènement de celle de l'immatériel ou du

¹ LARRIEU (J.), *op. cit.*, p. 15.

² *Ibid.*, p. 30.

³ *Ibid.*, p. 34.

virtuel »¹. Ainsi, est entamé le délicat processus de coupure du cordon ombilical liant classiquement la preuve à un support matériel, donc tangible et concret. Seulement les juristes se nourrissent avant tout de matériel, de tangible et de concret. Et changer de régime juridico-alimentaire n'est pas chose aisée.

Il est opportun – afin de prendre la mesure de la possibilité d'une (r)évolution – de mettre la situation contemporaine en perspective avec les Ordonnances de Moulins de 1566 et 1667, lesquelles ont bouleversé – en des temps pourtant moins enclins au changement et à la modernité – le droit de la preuve en proclamant la primauté de l'écrit sur le témoignage. Au Moyen-Âge, le fameux principe « témoin passe lettre » prévalait. La preuve testimoniale était alors considérée comme invincible quand la preuve par écrit, au contraire, était seulement de droit positif ; cette dernière « avait été introduite par un artifice du droit, car il [était] contraire à la nature du droit et au droit naturel que l'on croie la peau d'un animal mort »². Que ce cuir tanné mue en preuve parfaite paraissait certainement inconcevable. Pourtant le temps et la raison sont parvenus à réaliser cette œuvre chaotique. Et aujourd'hui le recours au témoignage n'est que de peu de poids face à un acte sous seing privé, a fortiori évidemment concernant les actes juridiques.

Certains auteurs discernent de profondes similitudes entre ces mouvements historiques et la loi du 13 mars 2000³, laquelle tend à introduire les documents électroniques au niveau des preuves parfaites. Les premiers temps du XXI^e siècle coïncideraient avec une période transitoire peu ou prou similaire à celle que vécurent les justiciables contemporains du roi Charles IX, « ébranlés dans leur croyance en la perfection du témoignage et bousculés par la contrainte volontariste de la perfection de l'écrit »⁴. Sans doute la mutation actuelle, à l'instar de celle du XVI^e siècle, prend-elle simplement le temps nécessaire pour ne pas se faire au détriment des principes inamovibles du corpus juridique que sont la sécurité juridique ou l'intelligibilité du droit.

*

* *

Aussi longtemps que l'on rejettera en bloc des messages électroniques pouvant « contenir n'importe quoi », où « les faux foisonnent » et grâce auxquels « il est loisible à celui qui écrit (qui dispose de la parfaite maîtrise de l'outil informatique) d'être infidèle aux parties ne sachant pas lire (ne sachant pas utiliser correctement

¹ ROCHFELD (J.), « 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 », in *RTD Civil*, 2000, p. 423.

² LEVY (J.-P.), « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », in *La preuve en droit*, dir. PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), Bruylant, Paris, 1981, p. 40.

³ ROCHFELD (J.), *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

cet outil) »¹, la prise de pouvoir des preuves immatérielles demeurera, qu'elle soit rêve ou cauchemar, impossible. Le régime juridique actuel trouve sa raison d'être dans la volonté de préserver la notion cardinale de sécurité, celle-ci étant depuis toujours l'essence du moteur contractuel et la boussole de la justice. Mais cette primauté du matériel ne provient pas tant de ses qualités intrinsèques que d'un long processus socio-historique. Ainsi, le développement des preuves immatérielles ne peut se faire qu'au rythme de l'évolution des mœurs.

Car c'est la société qui modèle le droit ; ce n'est pas le droit qui modèle la société.

Qu'on la juge archaïque, conservatrice ou simplement dotée de pragmatisme, la Cour de cassation, après avoir entrouvert la porte de la révolution technologique par son arrêt du 27 juin 2006, l'a refermée par son arrêt du 30 septembre 2010. À l'aune d'une lecture exégétique de la loi de 2000, cette posture prétorienne laisse dubitatif. Alors que le législateur souhaitait accueillir les preuves immatérielles parmi le corpus juridique français, les juges du droit le lui interdisent puisque, de facto, l'utilisation des modes de signature électronique certifiés reste marginale. Les messages électroniques ne sauraient, dès lors, dépasser le plat statut de commencement de preuve par écrit. Cette solution est contraire à la loi puisque irrespectueuse de l'article 1316-3 du Code civil. Cependant cette disposition libérale et l'article 287 du Code de procédure civile – qui privilégie sûreté et pragmatisme – se contredisent magistralement.

La problématique de la preuve des actes juridiques électroniques est donc une illustration de plus de l'inconséquence du droit face à la modernité technologique.

¹ LEVY (J.-P.), *op. cit.*