



La force probante du courrier électronique

L'apparition rapide des nouveaux outils de communication et le large développement de l'Internet ont nécessité une adaptation de notre législation. La loi justice et liberté du 26 décembre 2007 a permis notamment de moderniser les méthodes d'investigation et doter la justice de moyens techniques pour lutter contre la cybercriminalité. Selon l'article 106-1 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction peut désormais prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par voie électronique lorsque les crimes ou délits sont passibles de peines supérieures à un an. Dans une affaire récente, bien que l'enquête ait été ouverte après que les propos discriminants publiés sur internet aient été effacés, le prévenu, ayant reconnu en être l'auteur, a été condamné à 3 000 euros d'amende pour avoir proféré des injures par voie électronique¹. Comme le relève un auteur, la démocratisation de ces outils a conduit à certaines dérives : « *dans la plupart des cas, il est vrai, jamais la même personne n'aurait écrit à la main, sur un papier en-tête, les mêmes âneries* »².

Plus récemment, la loi 1.383 sur l'Economie Numérique du 2 août 2011 consacrait la preuve électronique³ et définissait le courrier électronique comme « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire* »⁴. Cette récente intervention législative précisait les conditions d'admissibilité de l'e-mail et offrait ainsi un vivier considérable de preuves à la disposition des justiciables. Victime de son succès, l'e-mail est ainsi largement employé à l'appui de prétentions dans le cadre de litiges. Si ce mode de communication plébiscité a bien trouvé sa place dans notre système probatoire, le droit positif présente encore quelques lacunes auxquelles il conviendra de palier⁵. Certaines précisions réglementaires sont encore manquantes et les moyens techniques n'ont pas encore été mis à la disposition du grand public afin de permettre l'utilisation de l'e-mail en toute sécurité.

A la lumière de ces récentes dispositions, il convient d'étudier la force probante du courrier électronique, étant précisé qu'elle varie selon que l'on se situe sur le terrain de la preuve des actes juridiques ou sur celui de la preuve des faits juridiques. Selon les contentieux, les circonstances de l'espèce seront déterminantes⁶, et l'appréciation se fera au cas par cas.

¹ Monaco Hebdo du 25 avril 2013, « *Offense au prince : 3000 euros d'amende* », p. 9.

² Emmanuel Ray, Actualités des TIC, Dr. Soc. 2008, p. 1072.

³ Voir notre première newsletter, « *La consécration légale de la preuve électronique* »

⁴ Article premier de la loi n° 1.383 sur l'Economie Numérique.

⁵ Voir notre première newsletter, « *La consécration légale de la preuve électronique* »

⁶ Rapport de la Commission du Sénat Français n° 203, session ordinaire 1999-2000, sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, p. 14.



La valeur de l'e-mail sous le régime de la preuve légale

⁷ Ainsi, selon l'article 1188 du Code civil, l'écrit est exigé *ad probationem* pour les actes supérieurs à 1140 euros, il est également, selon l'article 1824 du Code civil, exigé, en principe, pour le mandat et, si ce dernier est donné oralement, il doit répondre aux exigences de l'article 1194 du Code civil. Ce dernier dispose que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, d'autres moyens de preuve sont admis.

⁸ JCI Communication, fascicule 4740, v. note n° 137.

Pour certains actes juridiques qui impliquent une véritable manifestation de la volonté des parties, la loi impose les procédés de preuve. La pré-constitution d'une preuve écrite est exigée afin de disposer d'une preuve de l'engagement et de son contenu en cas de litige futur⁷. Eu égard à la spécificité du support électronique de l'e-mail, la loi prévoit des conditions très contraignantes pour admettre son admissibilité « *au même titre et avec la même force probante* » que l'écrit sur support papier. Le formalisme imposé par la loi est tel que l'e-mail entre particuliers sera rarement admis à lui seul pour faire la preuve d'un acte. Selon l'article 1194 du Code civil, ce formalisme peut être atténué : s'il existe un commencement de preuve par écrit, les parties sont autorisées à prouver par d'autres moyens. Ainsi, l'e-mail ne rencontrant pas les strictes exigences légales peut valoir commencement de preuve par écrit.

1. Le courrier électronique comme preuve littérale

Les textes applicables

Selon l'article 1163 du Code civil, le courrier électronique peut constituer une preuve littérale qui « *résulte d'une suite lisible de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quels que soient leur support ou leur modalité de transmission* ». Afin d'être admis à titre de preuve littérale, il doit répondre aux conditions de l'article 1163-1 du Code civil, c'est-à-dire que la personne dont il émane doit pouvoir être dûment identifiée et il doit avoir été conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Lorsque le courrier électronique matérialise un acte juridique, il doit être revêtu d'une signature électronique nécessaire à sa perfection selon les termes de l'article 1163-3 du Code Civil. Les nouveaux alinéas de l'article 279 du Code de procédure civile, applicables à la vérification d'écritures des actes sous seing privé, réitèrent les exigences formelles des articles 1163-1 et 1163-3 du Code civil. En cas de dénégation ou refus de reconnaissance d'un courrier électronique, le juge doit vérifier la conformité de ce courrier électronique aux articles 1163-1 et 1163-3 du Code civil.

La signature électronique : clé de voûte de l'e-mail valant preuve parfaite

La signature électronique est, sans conteste, la clé de voûte de l'écrit électronique. Elle ne résulte pas d'une adresse électronique nominative ou de la simple indication du nom et prénom de l'auteur à la fin du courriel ni même de l'apposition d'une signature scannée⁸. Selon l'article 1163-3 du Code civil elle consiste « *en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ». Un tel procédé est présumé fiable lorsqu'il garantit l'identité du signataire et l'intégrité de l'acte dans les conditions définies par ordonnance souveraine. Cette dernière n'ayant pas encore été adoptée par le gouvernement, ce régime de présomption est actuellement inapplicable.

Lorsque les exigences réglementaires seront fixées, l'emploi de cette signature électronique présumée fiable permettra à un courrier électronique d'acquérir une force probante parfaite et facilitera notamment la conclusion de contrat par voie électronique. Cette présomption étant réfragable, celui qui contestera un e-mail revêtu d'une telle signature devra apporter la preuve que le procédé de signature employé n'était pas fiable.



9 Thierry Aballéa, « Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ? », D.2004, p. 2235.

10 Thierry Aballéa, « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », D.2001, p. 2835.

11 Eric Caprioli, « Le juge et la preuve électronique », www.caprioli-avocats.com, p. 10.

12 Cass, 1^{ère} civ., n° 09-68.555, 30 septembre 2010 (P+B+I).

13 Jean-Michel Bruguière, « La difficile preuve par e-mail », Revue Lamy droit civil, 2011/81.

14 Luc Grynbaum, « Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne », RLDI 2011/67 ; O. Cachard, « Le désaveu d'écritures : de la lettre missive au simple courrier électronique », Revue Lamy droit civil mars 2011/80. Dans cette affaire, le bailleur contestait l'authenticité d'un e-mail dans lequel il avait été convenu avec le locataire d'une date de congé. Pour certains auteurs, cette discussion aurait pu être évitée vu le montant en jeu, pour d'autres, il s'agissait d'un simple fait juridique ; dans les deux cas, l'écrit n'était pas nécessaire. La Cour de cassation semble avoir choisi de raisonner sur le mode de délivrance du congé, acte formaliste, afin de se prononcer solennellement sur l'interprétation des nouvelles dispositions relatives à l'écrit électronique.

15 Luc Grynbaum, art. préc. ; O. Cachard, art. préc.

16 Feral-Schul, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière de preuve électronique », www.feral-avocats.com

17 Cass, 1^{ère} civ., 20 mai 2010, n° 09-65854.

Cette présomption pourrait, en pratique, se révéler « *technologiquement* » irréfutable⁹ face à la difficulté d'apporter un début de preuve contraire¹⁰ et nécessite d'importants moyens financiers. Ce mécanisme pourrait se révéler dangereux surtout, dans la mesure où, le droit positif ignore encore la notion de fraude électronique, ce qui prive le justiciable de moyens de défense adéquats. Conscient du danger potentiel, le législateur ne reconnaît pas la validité de certains types d'actes juridiques conclus par voie électronique. Selon l'article 963-2 du Code civil, ne peuvent pas être conclus par voie électronique des actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions, ni relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf pour ceux passés à titre professionnel.

A défaut de pouvoir bénéficier d'une signature présumée fiable, celui qui veut se prévaloir d'un courriel contesté devra démontrer que son procédé de signature est fiable et répond aux exigences légales. Le recours à l'expert sera donc nécessaire¹¹ pour faire cette démonstration et les moyens restent, encore une fois, assez coûteux. En l'absence d'une signature électronique au sens de la loi, le courrier électronique n'est pas une preuve écrite et sa valeur probante est diminuée.

2. Le courrier électronique comme commencement de preuve par écrit

L'influence de la jurisprudence française

En France, c'est la jurisprudence qui a précisé le sort d'un simple e-mail non revêtu d'une signature électronique. Dans un arrêt largement diffusé¹², la Cour de cassation a affirmé qu'en l'absence d'un procédé fiable d'identification de la signature, l'e-mail simple dont l'authenticité est contestée ne peut pas être admis à titre de preuve. Le juge ne peut pas déduire de l'adresse du courrier électronique une identification sûre de l'auteur du message¹³. Cette décision largement commentée ne fait pas l'unanimité¹⁴ et met en évidence la volonté de la Cour de cassation de rendre une décision très rigoureuse en faisant une application stricte des dispositions relatives à la preuve littérale¹⁵. A défaut de bénéficier d'une signature électronique, l'e-mail ne sera pas admis comme preuve parfaite, ce qui est, pour ainsi dire, toujours le cas en pratique¹⁶. Cet arrêt n'a toutefois pas précisé la valeur probante d'un e-mail non revêtu d'une signature électronique. Une autre décision, rendue quelques mois auparavant¹⁷, avait indiqué qu'un tel e-mail pouvait valoir commencement de preuve par écrit. La portée de cette dernière, devant toutefois être limitée, car en l'espèce l'authenticité de l'e-mail n'avait pas été contestée.

Une précision légale opportune

Ces jurisprudences étant antérieures à la législation monégasque elles auront probablement inspiré le législateur qui précise la valeur probante d'un e-mail non revêtu d'une signature électronique. Désormais le nouvel article 279 du Code de procédure civile dispose qu'un e-mail contesté par la personne à laquelle on l'oppose et ne respectant pas toutes les exigences formelles des articles 1163-1 et 1163-3 du Code civil peut valoir commencement de preuve par écrit.

L'e-mail n'est donc pas dénué de valeur probante et, sous réserve de rendre vraisemblable le fait allégué comme le prévoit l'article 1194 du Code civil, il pourra valoir commencement de preuve par écrit. Il devra alors être complété par un autre élément de preuve tel que le témoignage.



18 Luc Grynbaum, art. préc.

19 JCI Communication, fascicule 4740 courrier électronique, v. note n° 141.

20 JCI Communication, fascicule 4740 courrier électronique, v. note n° 143. En Principauté, cette demande est généralement admise par voie de requête, même en l'absence d'un texte spécifique. Le projet de loi sur la réforme de la procédure civile prévoit d'insérer une disposition spécifique dans le Code de procédure civile monégasque à l'instar des textes français. L'article 145 du CPC français prévoit que « *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.* »

Un formalisme rigoureux

Compte tenu du fait que l'e-mail est devenu un mode usuel de communication, au point de s'être substitué dans l'esprit de certains au courrier traditionnel¹⁸, le cadre formaliste instauré par la loi pourrait inciter les parties à se retrancher systématiquement derrière « *une pure question formelle pour nier un engagement antérieur*¹⁹ » et inciter à la mauvaise foi.

Pour contourner cet écueil, il pourrait être envisagé de demander, par voie de requête au Président du Tribunal, la préservation des preuves avec l'assistance d'un huissier²⁰.

La force probante du courriel serait alors restituée par l'intervention d'un huissier, assisté d'un expert en informatique, qui constaterait la présence des courriels sur le serveur de la personne qui en dénie l'existence ou l'authenticité.

Le régime de preuve libre

Certains actes bénéficient d'un régime dit de preuve libre, la loi n'imposant pas les procédés de preuve. Ce régime s'applique également en matière de faits juridiques (dont les conséquences ne sont pas voulues) pour lesquels une preuve ne pourrait pas être préconstituée. Sous ce régime la preuve est soumise à la libre appréciation du juge et sa qualification est de moindre importance.

1. Les exceptions au droit commun

Les actes de commerce

La consécration légale de l'e-mail à l'article 1163 du Code civil lève le doute quant à l'admissibilité d'un e-mail en tant que preuve. Cette clarification est particulièrement opportune dans une matière où son utilisation est très courante. Le strict respect des conditions des articles 1163-1 et 1163-3 du Code civil n'est pas nécessaire puisqu'en matière commerciale une preuve littérale n'est pas spécifiquement requise à l'appui de prétentions, il suffit que la preuve emporte la conviction du juge. Une décision de la Cour d'Appel du 28 avril 1998 rappelle ce principe de la liberté de la preuve en matière commerciale et affirme qu'un écrit ne répondant pas à toutes les exigences légales n'est pas dénué de force probante dès lors qu'il a été souscrit par une société commerciale à l'égard de laquelle étaient seules applicables les dispositions de l'article 74 du Code de commerce. La Cour de cassation française a, conformément à ce principe de liberté de la preuve en matière commerciale, admis un écrit électronique non sécurisé comme preuve dès lors que la preuve est libre en la matière et que la sincérité du détenteur de l'écrit ne pouvait pas être suspectée²¹ et précise aussi « *qu'il n'est pas admis de contester un mode de preuve au seul motif qu'il a pour support un écrit électronique* ». La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation française est riche d'enseignements et nous permet d'éclaircir comment appréhender le courrier électronique dans les matières où la preuve est libre²².

21 Cass. Com., 4 octobre 2005, n° 04-15.195 ; Luc Grynbaum, « *Preuve par écrit électronique non sécurisé d'une inscription de créance* », Communication Commerce Electronique n° 3, mars 2006, note n° 48.

22 JCI Communication, préc., n° 170

23 La décision du 17 décembre 2009 rendue par le tribunal de première instance illustre bien cette problématique.

24 www.Giaccardi-avocats.com Publications, « La consécration légale de la preuve électronique », Janvier-Février 2014.

25 Même si la Cour de cassation, dans son arrêt du 30 septembre 2010, a pu semer le doute en exigeant un écrit alors pour un litige de faible montant qui échappait au régime de la preuve écrite. Comme le rappelle un auteur, en réalité, « que l'enjeu soit inférieur au seuil [...] était [...] indifférent dans la mesure où le formalisme litigieux était un formalisme de validité et non de preuve ». Luc Grynbaum, art. préc ; O. Cachard, art. préc.

Concernant les actes mixtes, la règle est distributive et le régime de preuve applicable dépend du statut des parties. Il apparaît préférable de se préconstituer une preuve écrite conforme aux exigences civilistes, surtout dans la mesure où la nature commerciale de l'acte peut ne pas être retenue²³. Dans d'autres cas, forts nombreux, où les commerçants font affaire avec des non commerçants, le formalisme rigoureux peut être problématique. A ce jour, aucun particulier ne dispose des outils permettant d'émettre des signatures électroniques alors que l'usage de l'e-mail est très courant dans leurs rapports avec des commerçants. Il est fréquent, par exemple, qu'un client contacte en urgence son agent d'assurances après avoir fait l'acquisition d'un véhicule et qu'il sollicite par e-mail une garantie immédiate qui confronte le commerçant à une situation délicate : désireux de satisfaire son client pressé il devra souvent négliger de se prémunir d'un écrit au sens de la loi. Il n'est pas rare qu'ensuite, le client tente d'échapper à cet engagement, ayant trouvé un contrat plus avantageux auprès d'une autre compagnie. L'e-mail ne pourra pas lui être opposé alors même que, pendant ce laps de temps, son véhicule aura fait l'objet d'une garantie. La loi, en ce sens, n'a pas permis de faciliter ce type de relation qui nécessiterait davantage de souplesse et de célérité.

En revanche, elle a récemment reconnu la validité des conventions sur la preuve²⁴ avec le nouvel article 1163-2 du Code civil. Il serait alors possible d'imaginer que, dans le cadre de leurs relations, commerçants et non-commerçants prévoient, par avance, que les e-mails vaudront preuve entre eux. La conclusion d'une telle convention permettrait alors de contourner le formalisme rigoureux de la loi. Reste à voir comment cette solution, favorable au développement du commerce, serait accueillie par les tribunaux. Le droit positif ignorant la notion de clauses abusives, l'on peut s'interroger sur la manière dont seraient appréhendées ces conventions par les tribunaux.

Les actes de faible montant

Pour les actes juridiques concernant des opérations d'un montant inférieur à 1140 euros, l'article 1188 du Code civil dispense de la nécessité d'un écrit. Ainsi un e-mail, ne disposant pas de signature électronique suffirait à prouver une opération de faible montant²⁵. Aux termes de l'article 279 du Code de procédure civile, si un tel e-mail était contesté, le juge devrait vérifier s'il a été établi conformément aux dispositions des articles 1163-1 et 1163-3 du Code civil. Paradoxalement, le juge vérifierait alors un e-mail considéré comme un acte sous seing privé alors même qu'il n'a pas été valablement signé (i.e. électroniquement signé). A cette fin, il pourrait prescrire aux parties de communiquer toutes les traces informatiques en leur possession qui seraient utiles à la solution du litige et il pourrait charger un expert de rechercher lesdites traces dans tout système informatique où elles seraient susceptibles de se trouver. Il convient de remarquer, qu'il est difficile d'imaginer que, pour un si faible montant, autant de moyens soient engagés. Toutefois, si l'e-mail ne répondait pas à toutes ces conditions, il ne serait pas pour autant écarté des débats. Le juge pourrait l'accepter comme commencement de preuve par écrit. Une preuve parfaite n'étant pas requise en la matière, cet élément de preuve pourrait être suffisant pour emporter la conviction du juge.



2. La preuve des faits juridiques

L'intensive utilisation des courriels à titre de preuve

Nombreux sont les courriers électroniques utilisés pour prouver une faute. Dans un jugement du 16 mars 2000²⁶, le tribunal du travail avait retenu que l'e-mail émis par le salarié depuis la messagerie de son employeur démontrait un comportement menaçant qui « ***ne pouvait effectivement que compromettre gravement la crédibilité*** » de la société qu'il représentait et constituait indiscutablement une faute grave. Dans une décision du 9 juin 2005²⁷, le tribunal de première instance, statuant comme juridiction d'appel du tribunal du travail, avait retenu que les différents e-mails adressés à l'ensemble du personnel par le salarié, étaient des messages « ***au caractère outrancier*** » et démontraient une « ***attitude provocatrice*** » et qu'au regard « ***des agissements critiquables*** » du salarié, le licenciement était fondé sur un motif valable. Ces courriers électroniques ont été reçus comme preuves valables pour caractériser la faute mais en l'espèce ils n'avaient pas été contestés. Même en cas de contestation, il semble que le défaut de signature électronique n'a pas d'incidence sur leur force probante puisque le champ d'application de l'article 1163-3 du Code civil ne concerne que les actes juridiques qui sont des actes volontaires destinés à produire des effets de droit. La faute étant un fait juridique qui peut se prouver par tous moyens, le juge appréciera souverainement la recevabilité de l'e-mail sans nécessairement faire application, ni des dispositions des articles 1163 et suivants du Code civil qui ne concernent que la preuve des contrats et des obligations conventionnelles, ni l'article 279 du code de procédure civile qui ne concerne que les actes sous seing privé²⁸.

Une identification peu aisée

La nécessité de sécuriser ce mode de preuve facilement altérable a amené que le législateur à poser des conditions très formelles quant à son admissibilité. Il est recommandé, même en matière de faits juridiques, d'appréhender ces preuves avec une extrême prudence. Dans un jugement rendu le 11 avril 2013²⁹, le tribunal de première instance a retenu de simples captures d'écrans et un *Post-it* comme preuves afin d'imputer une faute à un époux. Dans cette affaire, le lien entre l'utilisateur et le site de rencontre se fait via un pseudonyme et un mot de passe indiqués sur un *Post-it*. Les critères d'identification retenus ici semblent légers et insuffisants compte tenu des récentes dispositions législatives visant justement à sécuriser l'utilisation *ad probationem* de l'écrit électronique. La rédaction spécifique des articles concernant l'écrit électronique démontrait clairement une volonté de pouvoir garantir au mieux l'identification de son auteur. Si ces dispositions ne concernent que la preuve des obligations conventionnelles et celles du paiement, il nous semble pourtant que la ratio legis invite à faire preuve d'autant de précautions dans d'autres matières. Face à l'irrésistible progression des e-mails dans la vie courante, les strictes exigences qui commandent de pouvoir dûment identifier l'auteur devraient également être prises en compte, au nom du principe de la sécurité juridique, même lorsque la matière n'est pas soumise au légalisme de la preuve.

²⁶ Tribunal du travail, 16 mars 2000, S./ c/ SAM GTS Monaco Access

²⁷ Tribunal de Première instance, 09 juin 2005, SBM SAM c/ N.

²⁸ Eric Caprioli, « Vérification d'écriture en matière d'écrit électronique », Communication Commerce Electronique n° 10, Octobre 2006, comm.149.

²⁹ Tribunal de Première instance, 11 avril 2013, Xc/Y.