

Bots, spam et no-reply: une théorie de la réception à l'âge d'internet

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER*/MICHEL JOSÉ REYMOND**

Mots-clés: manifestation de volonté, acte juridique, théorie de la réception, internet, courriel, email, spam, bot, droit des obligations

A. Introduction

La théorie de la réception («Empfangstheorie» ou «Zugangstheorie») a été élaborée avant qu'internet ne soit inventé. Son application était simple: dès lors qu'une communication entre dans la sphère d'influence de la personne, son contenu est réputé connu, indépendamment de sa prise de connaissance effective. Cette théorie de la réception, dite «absolue», est valable pour l'entier du droit fédéral, sauf exception légale. L'exemple typique est le courrier déposé dans la boîte aux lettres, que le destinataire peut à tout moment récupérer¹.

Cette fiction a une fonction simplificatrice et préventive: elle permet d'éviter des controverses sans fin sur le moment de la prise de connaissance effective – pratiquement indémontrable – et empêche le destinataire de mauvaise foi de retarder indéfiniment la communication effective en refusant d'ouvrir son courrier. Elle permet également de répartir les risques de transmission d'une manifestation de volonté: le risque est supporté par l'expéditeur jusqu'à l'arrivée

* Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Lausanne et avocat en l'étude LALIVE, à Genève.

** Docteur en droit et avocat en l'étude Byrne-Sutton Bollen Kern, à Genève.

1 CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich 2019, N 186; INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 8^e éd., Berne 2020, N 27.23; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6^e éd., Zurich 2019, N 209; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, in: Corinne Widmer-Lüchinger/David Oser (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 7^e éd., Bâle 2019, art. 5 CO N 24 ss; ATF 107 II 189, c. 2; ATF 118 II 42, c. 3b; ATF 137 III 208, c. 3.1.2. Parmi les exceptions (théorie de la réception «relative»), voir en droit du bail l'art. 247d al. 1 CO: ARISTIDE ROBERTI, *Bemerkungen zur absoluten und relativen Empfangstheorie bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen – Remarques sur la théorie de la réception de l'offre absolue et relative dans le cadre des baux d'habitations et de locaux commerciaux MRA 4/21*, p. 171; ATF 140 III 244, c. 5.2; ATF 143 III 15, c. 4.1.

dans la sphère d'influence du destinataire, et par celui-ci ensuite. Le destinataire supporte en particulier le risque d'absence, de perte ou de dissimulation par une personne dont il répond².

Cette solution a bien fonctionné jusqu'à la fin des années 80, soit au début de l'essor des technologies de communication textuelles qu'étaient alors internet et le SMS. En particulier, le courriel, instrument technique né pour faciliter la communication entre les universités américaines, n'a de toute évidence pas été conçu à des fins juridiques mais pour répondre à des besoins pratiques. Or, l'usage de cet outil s'étant aujourd'hui répandu au point d'être incontournable, le droit se doit de prendre en compte cette évolution.

Le but de la présente contribution est ainsi d'analyser les théories «traditionnelles» en matière de communication et de réception ainsi que les principes qui les sous-tendent (I.), avant de voir quelles applications et adaptations elles doivent recevoir face aux nouvelles technologies (II.); nous concluons par un examen des communications électroniques comme moyens de preuve en droit civil, question intimement liée à celle de leur réception (III.).

Nous nous limiterons aux aspects de droit civil des questions soulevées par l'usage des courriels, en excluant volontairement les questions de droit pénal – typiquement le faux dans les titres – ou de communication avec les tribunaux qui pourraient se poser dans ce contexte³.

B. Théorie de la réception et nouvelles technologies

I. Théories traditionnelles

Les règles en matière de manifestations de volonté, en particulier relatives à leur communication, sont développées dans la partie du Code des obligations relative à la conclusion des contrats, même si elles ont une portée plus large⁴.

Lorsqu'un contrat est conclu par voie électronique, les art. 1 à 10 CO continuent de s'appliquer; il s'agit donc d'un simple changement de mode de transmission et non de nature du contrat⁵. Si les deux parties entrent directement en contact par un outil informatique permettant de reproduire une conversation en

face-à-face ou par téléphone (par exemple via une discussion conduite par Zoom, Skype, Teams, Facetime, ou une application apparentée), la conclusion a lieu entre présents (art. 4 al. 2 CO⁶). Cela signifie notamment que l'offre qui ne serait pas acceptée immédiatement est en principe refusée (art. 4 al. 1 CO). Le moment de l'arrivée dans la sphère de maîtrise du destinataire a peu de portée pratique dans l'analyse de la communication entre les parties dans cette hypothèse, dès lors que la manifestation de volonté est supposée émise et reçue simultanément. Le cas d'une rupture abrupte de la communication après que l'offre a été émise, par exemple en cas de panne de l'appareil ou du réseau, doit être réservée, faute de possibilité d'apporter une réponse directe, et être ensuite traitée comme une conclusion du contrat entre absents.

À défaut de contact direct en temps réel (courriel, SMS, messages WhatsApp, chat, etc.), le contrat est conclu entre absents (art. 5 CO) et déploie ses effets au moment auquel l'acceptation est expédiée, si elle arrive dans le délai fixé par l'offrant ou – à défaut de délai – dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances, en particulier la complexité du contrat et son importance économique. Les contrats purement gratuits – c'est-à-dire sans contrepartie de quelque nature que ce soit – ne nécessitent pas d'acceptation formelle. Ils sont donc considérés comme conclus au moment de la réception de l'offre (art. 6 et 10 CO)⁷. L'hypothèse d'un contrat «gratuit» nous semble rare sur internet, car même si nombre de contrats n'ont pas de contrepartie financière, l'utilisation des données suffit à notre sens à considérer qu'une contre-prestation existe, d'autant plus que le traitement de données personnelles requiert en principe le consentement libre et éclairé de la personne visée⁸.

Une précision doit encore être apportée pour les contrats soumis à la forme écrite. Un envoi par courriel n'est équivalent à l'envoi d'un document muni d'une signature manuscrite que s'il est assorti d'une signature électronique qualifiée (art. 14 al. 2^{bis} CO)⁹. Une solution inverse est retenue dans certains

2 HUGUENIN (note 1), N 186; ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 5 CO N 25 s.; ATF 118 II 42, c. 3b; ATF 143 III 15, c. 4.1. Déjà ANDREAS VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, Vol. 1, traduction française par MAURICE DE TORRENTÉ/EMILE THILO, 1929, p. 147. Sous l'empire du Code des obligations de 1881: ATF 25 II 458, c. 9; ATF 32 II 281, c. 6.

3 Sur cette dernière problématique, voir TANO BARTH, *Utilisation des nouvelles technologies: devoir de diligence de l'avocat*, Jusletter 3 septembre 2018, N 29 ss. La notification en procédure est soumise à des règles propres: ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 5 CO N 27; ATF 143 III 15, c. 4.1.

4 ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 5 CO N 24, art. 9 CO N 3.

5 XAVIER FAVRE-BULLE, *Le contrat électronique*, in: François Bellanger/François Chaix/Christine Chappuis/Anne Héritier Lachat (éd.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 177, 184 s.

6 ROSSEL relevait déjà en 1920 que le Code des obligations de 1911 avait dû s'adapter au développement du téléphone, question qui n'avait pas été envisagée lors de l'adoption du Code des obligations de 1881: VIRGILE ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Tome premier, 4^e éd., Lausanne/Genève 1920, N 34.

7 FAVRE-BULLE (note 5), p. 187 s.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 27.12, 28.20; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 206. Sur la théorie de la réception en général: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 11^e éd., Zurich 2020, N 199 ss; GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, *Le droit des obligations*, vol. 1 – *Partie générale*, Genève/Zurich 2020, N 108 ss; HUGUENIN (note 1), N 181 ss; ARIANE MORIN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, art. 1–529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, art. 1 CO N 13 ss; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 27.22 ss; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 208 ss; ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 5 CO N 24 ss.

8 EVA CELLINA/GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, *Collecte et transmission de données relatives au crédit: cadre légal, validité et limites*, Jusletter 13 juillet 2015, N 7 ss.

9 FAVRE-BULLE (note 5), p. 190 s.; GEISSBÜHLER (note 7), N 292 ss; HUGUENIN (note 1), N 349, 357; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 31.14a; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 738.

domaines, par exemple en matière de vente internationale de marchandises (art. 13 CVIM, par analogie avec le «télégramme ou [...] télex»)¹⁰, ou en droit de procédure («tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte»: art. 17 al. 2 et 358 al. 1 CPC, pour les clauses d'élection de for¹¹ et les conventions d'arbitrage¹²).

À ce stade du raisonnement, nous pouvons constater que les dispositions du Code des obligations relatives à la conclusion du contrat n'ont pas évolué. Ceci tranche avec les règles de forme, qui se sont adaptées à l'évolution technologique avec l'adoption de la première Loi sur la signature électronique en 2003 et l'introduction d'un nouvel article y dédié dans la partie générale.

Le législateur est donc conscient de l'évolution technologique des moyens de communication en ligne, mais a fait le choix de ne pas adopter de règles spéciales y relatives. Cette position ressort déjà du Message, qui indiquait: «Au demeurant, le projet renonce à préciser le moment de l'envoi ou de la réception d'une déclaration de volonté dans le commerce électronique. A à [sic] cet égard, la théorie de la réception reste valable (art. 3, al. 2, art. 5, al. 2 et 3, CO). La pratique concrétisera ce principe en fonction des besoins et de l'évolution du commerce électronique»¹³.

Ainsi, le Code des obligations est amené à s'adapter à la communication par internet, comme il a pu avant s'adapter à la communication par téléphone ou par fax, sans qu'il soit nécessaire de créer une théorie entièrement nouvelle. Il s'agit donc d'utiliser les principes existants à la lumière des nouvelles technologies.

La doctrine s'est emparée de la problématique de la réception appliquée aux communications électroniques. Certains auteurs distinguent deux situations principales: si le destinataire a transmis son adresse courriel à l'expéditeur, la réception intervient dès que celui-là a la possibilité de relever le message, dans

Voir également, pour les exigences techniques, la Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques (Loi sur la signature électronique, SCSE; RS 943.03) et ses ordonnances.

10 Voir par exemple: CHRISTINA RAMBERG, CISG-AC Opinion No 1, Electronic Communications under the CISG, <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no 1/>; GEISSBÜHLER (note 7), N 272; JOHN O. HONNOLD/HARRY M. FLECHTNER, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4^e éd., Alphen-sur-le-Rhin 2009, p. 192.

11 JACQUES HALDY, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (éd.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019, art. 17 CPC N 14; HUGUENIN (note 1), N 186; DOMINIK INFANGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2019, art. 17 CPC N 26 ss.

12 ANDREAS GIRSBERGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2019, art. 358 CPC N 1, 7 ss; PHILIPPE SCHWEIZER, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (éd.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019, art. 358 CPC N 5, avec références spécifiques aux courriels et SMS.

13 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSél) du 3 juillet 2001, FF 2001 5423, p. 5431.

le cas contraire, la réception a lieu lorsque le destinataire accède à ses courriels¹⁴. Ils voient l'obligation de relever ses courriels comme une incombance si le destinataire rend son adresse accessible à un grand nombre de personnes¹⁵. Ces règles sont inspirées du droit allemand et de l'art. 312e BGB, qui se réfère aux modes usuels de communications agréés par les parties¹⁶.

Si nous approuvons ces théories sur le principe, elles nous semblent trop générales pour appréhender la grande diversité des situations qui peuvent exister sur internet. Nous allons donc commencer par tirer les principes généraux applicables dans le contexte de telles communications, avant d'examiner une série de cas d'application.

II. Principes d'analyse

La théorie de la réception ne doit pas être vue comme une fin en soi. Elle se place dans un contexte plus large, celui des manifestations de volonté soumises à réception. Étant donné que le propre de ces manifestations est de créer, altérer ou supprimer un rapport juridique préexistant, la question de leur réception, prérequis à leurs effets, est déterminante.

Les principes suivants, qui encadreront notre analyse, nous paraissent essentiels pour l'application de la théorie de la réception:

Premièrement, la communication électronique doit être vue comme un outil et non comme un changement de paradigme. Les parties ne doivent donc pas être avantagées ou désavantagées par le simple fait de leur usage de ce moyen de communication plutôt que d'une communication dite «classique» (par exemple de vive voix, par courrier ou par téléphone). Ce principe signifie également que les modes de conclusion des contrats ne sont pas mutuellement exclusifs: une offre faite par courriel peut être acceptée par téléphone; un message sur smartphone peut servir à formuler une contre-offre après une première discussion conduite par oral. Cela étant, l'on ne saurait comparer directement la communication par courrier au courriel, car elle est plus coûteuse, ne serait-ce que du au prix du timbre, et plus lente. Il en va de même pour les contacts par téléphone, car même si le numéro de contact n'est pas surtaxé, le risque d'attente (en particulier entre un consommateur et une grande société) et l'absence de preuve écrite rendent ce moyen de communication moins favorable que le courrier électronique.

Ainsi, les caractéristiques distinctives du courriel se doivent d'être prises en compte – pour être appréhendées par les règles générales du Code des obligations, tel qu'énoncé ci-dessus

14 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (note 7), N 202; MORIN (note 7), art. I CO N 18.

15 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (note 7), N 202; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (note 1), N 27.23.

16 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (note 7), N 202a; MORIN (note 7), art. I CO N 18.

Dans l'analyse qui suivra, nous appellerons donc un moyen de communication «immédiat» s'il permet un échange de manifestations de volonté instantané similaire à la rencontre en personne entre les individus concernés, et «différé» s'il ne le permet pas, comme le serait un échange de courriers.

Deuxièmement, le moyen de communication choisi par les parties doit laisser des possibilités de contact équivalentes pour l'une et l'autre d'entre elles. Sur le plan théorique, nous pouvons rattacher cette égalité au principe de la bonne foi (art. 2 CC). En effet, il nous apparaît contraire à ce principe que la communication dans une relation juridique soit à sens unique, c'est-à-dire qu'une des parties ne puisse pas transmettre une manifestation de volonté à l'autre ou ne puisse le faire qu'à des conditions plus difficiles (en termes de temps, d'infrastructure ou de coût).

Ce deuxième principe se trouve déjà – sous une forme atténuée, dans le Message précité: «L'art. 2, al. 1, CC exige cependant de chacun un comportement conforme à la bonne foi. Celui qui envoie une offre par courrier électronique et qui reçoit l'acceptation par la même voie ne peut arguer qu'elle ne lui est parvenue que par voie électronique pour l'ignorer»¹⁷. Le Conseil fédéral exclut donc dans son Message qu'une partie puisse refuser de reconnaître un moyen de communication qu'elle utilise elle-même. Nous sommes d'avis que cette exclusion ne doit pas se limiter aux aspects juridiques, mais doit aussi tenir compte des aspects techniques, notamment de la possibilité effective de recourir au même moyen de communication que son cocontractant.

Nous appellerons donc un moyen de communication «symétrique» s'il offre aux deux parties les mêmes possibilités de contact, et «asymétrique» s'il ne le permet pas.

La distinction qui précède n'a pas besoin d'être explicitée en rapport avec la théorie classique de la réception: chaque personne dispose en principe d'une adresse postale et est par conséquent en mesure de recevoir des communications qui lui sont adressées. Il doit en aller de même en matière de courriel – cela est par exemple concrétisé par l'art. 3 al. 1 let. s ch. 1 LCD¹⁸, qui prévoit que, dans le commerce électronique, l'offrant doit «indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact, y compris pour le courrier électronique» (mise en évidence ajoutée). En pratique, toute personne initiant une communication par courriel est par définition pourvue d'une adresse courriel, ce qui évacue en grande partie ce problème – l'usage d'une fausse adresse ou d'une adresse non joignable étant cependant un cas où ce principe pourrait faire défaut.

17 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSéI) du 3 juillet 2001, FF 2001 5423, p. 5431.

18 GREGOR BÜHLER, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (éd.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle 2013, art. 3 LCD al. 1 let. s N 21 ss.

Troisièmement, en plus de la nécessité de déterminer le moment de la réception, nous devons nous préoccuper de la question de la preuve de cette réception. Comme discuté plus en détail ci-dessous, la facilité ou non de prouver la réception dépend des caractéristiques techniques du courriel et notamment de son mode de conservation des messages.

Nous appellerons donc «probant» le moyen de communication qui permet d'apporter la preuve de sa réception (et non de son envoi) et «non-probant» celui qui n'offre pas cette garantie.

En résumant ces trois principes, nous arrivons à la grille d'analyse suivante, qui guidera notre réflexion dans la suite de cette contribution.

- (1) Le moyen de communication est-il immédiat ou différé?
- (2) Le moyen de communication est-il symétrique ou asymétrique?
- (3) Le moyen de communication est-il probant ou non-probant?

Appliqué aux moyens de communication envisagés au moment de la rédaction du Code des obligations, la parole est immédiate, symétrique et non-probante: elle est reçue aussitôt qu'elle est émise, chaque personne est – en principe – capable de s'exprimer et la parole ne laisse aucune trace qui permet d'attester du contenu de la manifestation de volonté (sous réserve d'un enregistrement, par exemple). Il sera donc nécessaire de recourir à des témoins ou à l'interrogatoire des parties pour établir l'existence et les contours de ce qu'elles ont échangé.

Le caractère secret et privé des échanges entre personnes est toutefois protégé par le droit pénal, et l'enregistrement sans consentement est réprimé par les art. 179^{bis} et 179^{ter} CP, afin de permettre aux personnes de s'exprimer librement et sans crainte que leurs propos soient utilisés, déformés ou encore sortis de leur contexte¹⁹.

Une conversation téléphonique est immédiate et symétrique – pour les mêmes raisons que la parole – et son caractère probant ou non dépend à nouveau de l'existence d'un enregistrement. Dans ce contexte, si l'enregistrement d'une conversation téléphonique sans consentement est également punissable (art. 179^{quater} CP), les enregistrements relatifs à certaines manifestations de volonté à portée commerciale ne sont pas punissables (art. 179^{quinquies} CP) – il ne s'agit toutefois pas d'une autorisation d'enregistrement couvrant tous les aspects du commerce, mais seulement des actes énumérés par le Code pénal²⁰.

Enfin, le courrier est différé, symétrique (chacun a une adresse postale, comme déjà exposé), et son caractère probant dépend du mode d'expédition choisi: un courrier A ou B n'apporte aucune preuve de la réception, alors qu'un courrier A+ ou recommandé offre une telle preuve, attestée par un tiers

19 MARC HENZELIN/MARYAM MASSROURI, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éd.), Commentaire Romand, Code pénal II, art. 111–392 CP, Bâle 2017, art. 179^{bis} CP N 2 et art. 179^{ter} CP N 2.

20 HENZELIN/MASSROURI (note 19), art. 179^{quinquies} CP N 21–27.

neutre et de confiance, compte tenu d'un mandat de service public (La Poste Suisse SA).

C. Communication par internet

I. Courriel simple

1. Définition et bref historique

Le courriel (ou e-mail) est la forme de communication électronique qui se rapproche le plus de la lettre²¹, comme l'indique déjà l'étymologie «*electronic mail*» (courrier électronique) en anglais ou «*courriel*» en français.

Historiquement, la naissance du courriel tel que nous le connaissons aujourd'hui – reconnaissable par l'usage d'adresses formatées autour du symbole arobase «@» – remonte à la fin des années soixante, soit dans le contexte du développement du réseau américain ARPANET, qui était le prédécesseur de notre internet d'aujourd'hui.

Le premier courriel jamais envoyé est attribué à l'ingénieur informaticien RAYMOND SAMUEL TOMLISON, qui en 1971 avait réussi à envoyer un message à une autre machine située sur le réseau ARPANET aux fins de tester une application de messagerie qu'il avait développée dans son temps libre.

Le courriel en tant que trouvaille technique n'est donc pas le fruit d'une jonction gouvernementale ou scientifique, mais bien l'aboutissement d'un projet personnel mené par l'un des pionniers de l'informatique numérique²². Il en résulte que le mode de fonctionnement du courriel moderne répond avant tout à des impératifs informatiques et pratiques plutôt que sociétaux ou juridiques.

2. Composants de la communication par courriel

a. Interface de messagerie ou «client»

Un premier point saillant du courriel en tant que mode de communication tient de la distinction entre le client et les serveurs. Par «client», on entend ici une interface permettant au titulaire d'un compte de message d'accéder et d'interagir avec celle-ci. Un tel client peut revêtir plusieurs formes: d'ordinaire, il s'agit d'un programme informatique dédié, tel que Microsoft Outlook, Apple Mail ou Mozilla Thunderbird, qui est installé sur l'ordinateur de son utilisateur. Certains services de messagerie proposent également via leur site internet des clients dits «en ligne», accessibles par l'usage d'un navigateur internet. C'est par exemple le cas de Yahoo! Mail, du site Outlook.com, ou du système Gmail.

21 ATF 140 IV 181, c. 2.4.

22 The Living Internet, Email History, <<https://www.livinginternet.com/internet/e/ei.htm>>.

Le client n'a qu'une fonction intermédiaire: c'est en réalité le système de messagerie du prestataire qui envoie, reçoit, traite et stocke les courriels pour le compte du titulaire. Ce système est formé de deux composantes, un serveur d'envoi et un serveur de réception.

b. Serveur d'envoi

Le «serveur d'envoi», est un programme informatique, déployé sur un ordinateur, dont le rôle est de gérer les communications sortantes de la messagerie. En résumé, il (a) collecte les messages envoyés par l'utilisateur au travers de son client; (b) les place dans une queue d'envoi; (c) détermine la destination de chacun des messages par analyse de leurs champs d'envoi; (d) découpe les messages sortants en fragments de données et (e) les fait s'acheminer jusqu'au service de messagerie du ou des destinataires.

Les opérations du serveur d'envoi sont propulsées par le protocole dit *Simple Mail Transfer Protocol* (SMTP)²³, qui est en quelque sorte un équivalent informatique des tâches effectuées par l'agent de poste²⁴. Partant, le transfert d'un message du client jusqu'au serveur d'envoi peut être apparentée à la remise d'une lettre à un bureau de poste, ou à son dépôt dans une boîte aux lettres. Cela, d'autant plus qu'il n'est en principe plus possible pour l'expéditeur d'empêcher la transmission à la suite de ce transfert.

Bien que les étapes décrites ci-dessus sont en principe instantanées, de façon à être invisibles pour l'utilisateur, il se peut que l'envoi d'un courriel soit retardé, voire annulé, du fait du serveur d'envoi. Cela peut être le cas lorsque celui-ci est congestionné, ou si le message considéré est trop volumineux.

c. Serveur de réception

Les messages reçus par la boîte de messagerie sont traités par un «serveur de réception». Le fonctionnement de ces serveurs diffère selon le protocole employé, qui peut être le POP3 ou le IMAP.

Le protocole POP3, ou *Post Office Protocol*²⁵, confère au serveur de réception un rôle similaire à celui de l'employé de poste chargé d'assurer la garde du courrier d'un client en l'absence de celui-ci. Sous le protocole POP3, le serveur

23 Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 2821, Simple Mail Transfer Protocol. L'ensemble des RFC sont librement disponibles sur le site de l'IETF à l'adresse suivante: <<https://www.ietf.org/standards/rfcs/>>.

24 Il convient de relever ici que le protocole SMTP ne permet que l'envoi de texte pur. L'inclusion de texte soumis à formatage, par exemple en HTML, ainsi celle d'éventuels fichiers annexes est permise par l'insertion dans le message de la clé de formatage dite Multipurpose Internet Mail Extensions (MIME); en ce sens, voir notamment Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 2045–2049. Ces distinctions techniques n'ont toutefois pas d'impact dans le contexte du présent article.

25 Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 1939, Post Office Protocol – Version 3.

de réception stocke les messages qu'il reçoit et les remet au client de leur destinataire lorsque celui-ci consulte sa messagerie. Une fois cette tâche effectuée, les messages en question sont ensuite effacés du serveur.

Le POP3 prévoit ainsi une transmission unique et unilatérale des messages du serveur de réception au client. Cela qui peut poser quelques problèmes pratiques en cas de multiplicités de clients, car les messages ne seront téléchargés que sur l'un seul d'entre eux²⁶.

Sous le protocole IMAP, ou *Internet Message Access Protocol*²⁷, c'est le serveur de réception qui est lui-même responsable du stockage et de la gestion des messages reçus pour le compte du destinataire; ainsi, le client ne sert qu'à reproduire son contenu à l'attention de l'utilisateur. À titre de comparaison, le protocole IMAP fonctionne similairement à la technologie dite du *cloud*, soit un programme informatique centralisé, contenu dans les serveurs déployés par le prestataire et accessible à distance.

Mutatis mutandis, la fonction de l'IMAP serait comparable à celle d'un bureau de poste qui conserverait les courriers de ses clients et qui ne leur fournirait qu'une copie de ces courriers au moment du retrait, à la différence près que la destruction d'une des copies par l'utilisateur entraînerait la destruction de toutes les copies et de l'original.

Il découle de ce qui précède que le contenu affiché dans la boîte de messagerie du client dépend du bon fonctionnement des serveurs décrits ci-dessus. Ainsi, un message n'entre dans la sphère d'influence de son destinataire *qu'au moment auquel* il est correctement acheminé au client – en cas de panne du serveur de réception par exemple, il ne pourra effectivement pas être téléchargé ni affiché²⁸.

3. Applications techniquement similaires

En plus des protocoles décrits ci-dessus, qui couvrent l'essentiel de la communication classique par courriel, il nous semble important de présenter deux autres modes de communication courants, en particulier dans le monde de l'entreprise, à savoir de transfert par courriel à partir d'un copieur multifonction (a.), et les applications de messagerie instantanée (b.).

26 À noter ici qu'il est possible de paramétrer une boîte de réception POP3 de façon à ce qu'elle conserve une copie des courriels reçus sur le serveur de réception au lieu de les effacer après leur remise au client de l'utilisateur.

27 Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 3501, Internet Message Access Protocol – Version 4rev1.

28 En ce sens, dans le contexte pénal, voir ATF 140 IV 181, JdT 2015 IV 167, c. 2.6: «Avant que le destinataire n'ait consulté son compte, le processus de transmission des données se poursuit. C'est pourquoi, jusqu'à ce moment-là, l'accès aux courriels enregistrés sur le serveur du provider ne peut se faire qu'au travers d'une mesure de surveillance. À cet égard, il s'agit d'une surveillance en temps réel dès lors que le courriel sera intercepté en cachette sur son chemin entre l'expéditeur et le destinataire».

a. «Scan to mail»/«Fax to mail»/«Mail to fax»/«Photo par courriel»

Certains copieurs multifonctions équipant les entreprises ou les administrations permettent de transférer directement le document scanné sur une adresse courriel prédéterminée – typiquement celle de l'utilisateur – ou choisie au moment de l'envoi. Il est également possible de programmer un tel transfert sur un numéro de fax. Si la présentation de l'outil est différente, l'interaction avec la machine se fait généralement par un écran directement intégré au copieur, et non sur un ordinateur classique.

Le mécanisme à l'œuvre étant le même que pour un courriel classique, respectivement pour un fax, il se justifie de traiter ces applications de la même manière qu'un courriel classique. Toutefois, la plupart des transferts de cette nature se faisant entre deux appareils appartenant à la même personne ou à la même entreprise, l'importance pratique du procédé en termes de théorie de la réception est toutefois limitée.

b. Échange via une application de messagerie

En plus des courriels, il est possible de discuter via des applications de messagerie (ou «chat»), qui permettent l'envoi de messages ou de fichiers qui s'affichent les uns à la suite des autres sur une interface, et permettent un dialogue avec un temps de réponse court. Initialement utilisés pour des échanges informels, il se sont développés dans le milieu professionnel, en particulier à la faveur de la pandémie de Covid-19.

La plupart de ces applications de messagerie fonctionnent grâce au protocole XMPP (*Extensible Messaging and Presence Protocol*), basé sur le langage XML (*Extensible Markup Language*). Comme les courriels, ce protocole permet d'envoyer des messages via internet en se basant sur une architecture client-serveur²⁹. Les principes de construction des adresses suivent les mêmes principes que les courriels, notamment avec l'organisation autour d'une arobase³⁰.

Compte tenu des similitudes entre ce protocole et ceux utilisés pour la communication par courriel, les mêmes principes doivent être appliqués.

4. Conclusion

Ces considérations techniques exposées, nous pouvons maintenant exposer le régime juridique applicable au courriel, sur la base des trois principes que nous avons exposés.

En premier lieu, le courriel ne permet pas une discussion instantanée ou assimilable à un échange face à face, même si la communication peut se faire

29 Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 6120, Extensible Messaging and Presence Protocol (XMPP): Core, <<https://tools.ietf.org/html/rfc6120>>.

30 Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 7662, OAuth 2.0 Token Introspection: <<https://tools.ietf.org/html/rfc7622>>.

avec un court délai d'attente entre les messages. Le courriel est donc un moyen de communication *différé*.

En deuxième lieu, l'architecture du système d'échange de courriels est identique pour chacune des parties, qui accède à ses courriels via un client, qui lui permet d'émettre et d'être destinataire de messages (et donc de manifestations de volonté) via les serveurs d'envoi et de réception. Le courriel est ainsi *symétrique*.³¹

En troisième lieu, une partie n'a de contrôle que sur son propre serveur d'envoi et son propre serveur de réception, mais n'ai pas de moyen direct de contrôle sur le serveur de réception de l'autre partie. Or, un courriel ne rentre dans la sphère de maîtrise d'un individu qu'au moment où il est téléchargé et acheminé au client du destinataire. Faute de pouvoir offrir la preuve directe du fait que le message est bien parvenu, le courriel doit donc être considéré comme *non-probant*.

Cette triple catégorisation justifie donc l'analogie faite entre courrier et courriel qui prédomine en doctrine. Les quelques différences que nous avons relevées, par exemple relatives aux copies multiples permises par le protocole IMAP, ne justifient pas de créer un régime propre aux courriels.

Les possibilités techniques sont toutefois plus larges pour les courriels que pour le courrier classique, et l'inventivité des justiciables plus féconde. Nous examinerons donc dans la section suivante si et dans quelle mesure il est possible de s'écarter de la catégorisation que nous avons exposée.

II. Variantes de courriel

L'échange de courriels ne pouvant être suffisamment direct et instantané pour être considéré comme immédiat, nous nous concentrerons sur les deux autres critères, à savoir son caractère symétrique et son caractère non-probant. Il peut en effet être intéressant pour un expéditeur de se ménager une possibilité de contact rapide et peu coûteuse, tout en voulant restreindre les possibilités de réponse par la même voie (1.); il ne lui serait de plus pas moins intéressant d'avoir à sa disposition un moyen de prouver à peu de frais que sa manifestation de volonté est bien parvenue à son destinataire, et donc qu'elle produit ses effets (2.).

31 Est réservé le cas d'une incompatibilité entre les clients utilisés par chacune des parties; par ex. si l'un de ceux-ci utilise un format spécifique pour encoder le contenu des messages. Ce cas de figure n'est cependant pas courant et ne devrait pas remettre en cause le caractère symétrique du courriel – au même titre que l'hypothèse de l'envoi d'un courrier dans une langue inconnue du destinataire ne prétérite pas du caractère symétrique de ce mode de communication.

1. Caractère symétrique

a. Courriels à partir d'une adresse `<noreply@exemple.ch>`

L'adresse dite *noreply* désigne une adresse courriel utilisée par les marchands du commerce électronique pour faire parvenir certaines informations de manière unilatérale à leurs clients ou à leurs correspondants: factures, confirmations de commande, relevés périodiques de compte, etc.

Comme son appellation l'indique, la messagerie d'une adresse *noreply* n'est pas relevée par son exploitant – le destinataire d'un courriel envoyé par une telle adresse est invité à y répondre par un autre moyen de contact, par exemple *via* une autre adresse courriel. Ces particularités sont habituellement communiquées de façon visible pour le destinataire: souvent par l'emploi combiné d'une adresse du type `<noreply@exemple.ch>` ainsi que d'une mention intégrée dans le corps des messages envoyés par cette adresse.

D'un point de vue technique, l'adresse *noreply* n'a rien de caractéristique. Il ne s'agit généralement que d'une adresse courriel alternative (aussi nommée un *alias*) qui est configurée pour apparaître dans le champ de l'expéditeur lors de l'envoi automatique d'un courriel (par exemple, envoi d'une confirmation au moment de la commande), et pour effacer tout courriel qui y serait adressé par application d'une règle de tri³².

Un courriel envoyé par un utilisateur sur une adresse *noreply* pourrait-il être pertinent du point de vue de la théorie de la réception? Cette question a de quoi faire hésiter: d'une part, il est difficile, du point de vue de la bonne foi, d'accorder valeur probante à un message envoyé sur une adresse désignée comme inefficace par le cocontractant; d'autre part, ce message est bien entré dans la sphère d'influence de ce cocontractant – et celui-ci aurait pu le consulter s'il n'avait pas décidé *ex ante* d'effacer tout message qui y serait adressé. Alors que le droit suisse ne protège pas la partie qui ne relève pas sa boîte aux lettres, devrait-il pour autant protéger la partie qui choisit d'effacer tous les messages adressés à son adresse *noreply*?

Suivant le principe de symétrie que nous avons exposé, il ne serait pas admissible que l'une seule des parties puisse communiquer par courriel. Ainsi, en l'absence d'une autre adresse disponible pour l'autre partie (par exemple indiquée sur le site internet du commerçant), on doit admettre que la réponse à un *noreply* entre valablement dans la sphère d'influence du destinataire, sous réserve de la problématique de la preuve. À l'inverse, si une autre adresse est aisément accessible, on peut de bonne foi attendre de l'expéditeur qu'il l'utilise, l'effort de remplacer l'adresse *noreply* par l'adresse de correspondance usuelle étant pratiquement nul.

32 Voir par ex., CHRIS ARRENDALE, The NoReply Dilemma: Best Practices for Your Email Strategy, Mailjet Blog, <https://www.mailjet.com/blog/news/the-noreply-dilemma-going-from-no-to-yes/>.

b. Spam et filtres

L'envoi massif de courriels publicitaires et/ou malicieux, communément appelé *spam* ou pollupostage, est une pratique nocive mais répandue qui a trouvé son essor dans les années 90 à la suite de l'ouverture du réseau internet aux acteurs commerciaux³³. Aujourd'hui, ce fléau reste d'actualité: d'après une étude statistique menée en 2019, environ 55% des courriels envoyés chaque jour constituent du *spam*³⁴. Le droit, et notamment le droit suisse³⁵, réprime cette pratique; cela étant, ce sont principalement des moyens techniques et informatiques, tels que des filtres *antispam*, qui sont employés au quotidien pour lutter contre la prolifération de ces messages.

Les filtres *antispam* sont des logiciels qui, comme leur nom l'indique, ont la fonction d'identifier quels messages sont du *spam* et de les traiter comme tels – souvent par leur élimination ou par leur mise à l'écart. Historiquement, l'identification du *spam* passait principalement par l'établissement de listes noires d'adresses courriel ou d'adresses IP reconnues comme sources de *spam*³⁶. Aujourd'hui, les techniques employées pour identifier ces messages sont devenues plus complexes, et se fondent tant sur ce type de listes noires que sur d'autres éléments, tels que l'identification de mots clés typiques des *spam* dans le sujet des messages ou l'analyse du contenu de ces messages par un *bot*, voire par une intelligence artificielle.

En pratique, les filtres *antispam* sont cumulativement déployés à deux escales: un premier tri s'opère au niveau du serveur de réception du système de messagerie, et un second tri est effectué par le client du destinataire. Ces deux tris sont indépendants, ainsi un message filtré par le serveur de réception ne se retrouvera pas dans la boîte *spam* du client; il échappera donc entièrement à la connaissance de son destinataire.

Le blocage d'un message qui relève effectivement du *spam* n'est pas problématique. En effet, ces messages ont, comme exposé, un caractère illicite en raison de leur contrariété à la Loi sur la concurrence déloyale – en plus d'un éventuel caractère illicite quant à leur contenu propre (tentative d'escroquerie, vente de contrefaçons ou de médicaments sans autorisation, etc.). En tout état, ces en-

33 Le premier courriel moderne reconnu comme du *spam* était une publicité pour du matériel informatique, envoyée en 1978 à 40 destinataires présents sur le réseau ARPANET. Cet envoi fut si impopulaire au sein de la communauté d'ARPANET que la pratique fut bannie et oubliée jusqu'au début des années 90. Voir DAN FLETCHER, A Brief History of Spam, Time, 02.11.09, <<http://content.time.com/time/business/article/0,8599,1933796,00.html>>.

34 Statista, Spam: share of global email traffic 2014–2020, 16.02.21, <<https://www.statista.com/statistics/420391/spam-email-traffic-share/>>.

35 Voir art. 3 al. 1 let. o et 23 LCD et 333 CP; résumé sur <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/suisse-numerique-et-internet/questions-frequentes/pollupostage.html>>.

36 On mentionnera ici la *Real-time Blackhole List* établie par DAVE RAND et PAUL VIXIE et leur association MAPS dès 1996; voir Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 5782, DNS Blacklists and Whitelists, <<https://tools.ietf.org/html/rfc5782>>.

vois de masse visent essentiellement la conclusion de contrats, et en l'absence de réponse, aucun contrat ne saurait être conclu.

Le vrai problème est celui du «faux positif», à savoir un courriel en soi licite, mais qui serait retenu avant de parvenir à la connaissance de son destinataire. Un blocage au niveau du serveur est rare, mais empêche sa réception effective. Dans ce cas de rupture de la symétrie entre envoi et réception, la manifestation de volonté resterait donc sans effet. En revanche, si le blocage a lieu au niveau du client, il est possible pour le destinataire de le voir, en vérifiant le dossier «*spam*», et le message doit donc être considéré comme étant reçu³⁷.

c. Adresses bloquées

Il est possible de bloquer unilatéralement un expéditeur pour ne plus recevoir de courriels de sa part. Ce blocage intervient au niveau du client, et l'expéditeur ne peut en principe pas s'en apercevoir – seule l'absence de réponse du destinataire pourrait lui donner un indice de ce blocage.

Comme déjà exposé, le blocage d'un *spam* ne serait pas problématique, car le *spam* est en lui-même illicite; il en irait de même lorsque l'expéditeur a obtenu une mesure d'interdiction de contact, par exemple sur la base de l'art. 28b al. 1 ch. 3 CC.

Dans les autres cas, un blocage unilatéral – en particulier si la personne bloquée n'est pas prévenue – ne nous semble pas pouvoir faire obstacle à la réception, car cela reviendrait à accorder à une partie la possibilité de se refuser unilatéralement tout contact par courriel, brisant ainsi la symétrie de communication entre les parties.

2. Caractère non-probant

a. Courriel avec copie à soi-même ou à un tiers

Dans la pratique commerciale, il est courant que l'expéditeur d'un courriel mette un tiers, voire lui-même, en copie de son message afin de tenter de démontrer sa réception.

D'un point de vue technique, chaque copie du message ainsi transféré est un courriel propre, soumis au processus d'envoi et de réception tel que décrit ci-dessus. De ce fait même, la valeur probante de cette technique est limitée car l'expéditeur ne pourra en réalité que démontrer l'expédition du message, voire éventuellement sa réception par les autres parties mises en copie, mais non sa réception par son destinataire. Celle-ci peut effectivement être spécifiquement

37 Dans un sens comparable, mais refusant une fiction de réception: SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 27.28.

entravée, par exemple parce que l'adresse était erronée ou parce que le serveur de réception était mal configuré.

b. Courriel avec accusé de lecture ou de réception

Par défaut, l'acheminement d'un courriel ne génère pas d'accusé de lecture ou de réception. Certains clients, ainsi que certains services de courriel, permettent à l'expéditeur de requérir une notification d'acheminement de la part du serveur d'envoi³⁸. Cela étant, une telle notification ne témoigne ni de la réception effective du message ni de sa lecture par son destinataire, car elle ne concerne que l'envoi du courriel.

Certains clients de messagerie, tels que Microsoft Outlook, proposent à l'expéditeur d'un courriel de requérir un accusé de réception, voire un accusé de lecture³⁹. Dans un cas comme dans l'autre, l'émission d'un tel accusé de la part du destinataire du courriel nécessite (a) que le client qu'il emploie reconnaisse cette fonctionnalité et (b) que le destinataire lui-même soit d'accord d'émettre un tel accusé.

Ces deux conditions cumulatives sont propres à réduire la portée pratique de l'accusé de réception, dès lors que le destinataire peut refuser de l'émettre, voire entièrement ignorer – par incompatibilité de clients – qu'un tel accusé a été requis. Seul l'envoi de l'accusé de réception par le destinataire pourrait ainsi avoir une fonction probante. À l'inverse, l'émetteur ne pourrait tirer aucune conclusion de l'absence de réponse, qui ne suffit pas à prouver la non-réception. Enfin, l'accusé de réception n'a aucun rôle technique à jouer lorsque le message n'a pas été correctement acheminé à son destinataire; son absence ne peut donc pas servir de preuve en ce sens.

En pratique, l'accusé de réception ou de lecture ne peut qu'être déployé de façon sûre qu'au sein de systèmes de messagerie centralisés tels que ceux qui sont implémentés au sein de groupes communs tels que des entreprises. En effet, ces systèmes permettent d'assurer la compatibilité entre les clients qui s'y connectent et d'encourager leurs utilisateurs à utiliser cette fonctionnalité de façon systématique. Cela étant, dès lors qu'une personne morale ne peut conclure de contrat avec elle-même, l'effet de ces accusés de réception est donc sans réelle portée dans le contexte qui nous occupe.

Par ailleurs, l'emploi d'accusés de réception est considéré comme intrusif par la netiquette, qui l'exclut en tout cas lorsqu'un message est destiné à une

38 Voir par ex. Microsoft Outlook, Add and request read receipts and delivery notifications, <<https://support.microsoft.com/en-us/office/add-and-request-read-receipts-and-delivery-notifications-a34b-f70a-4c2c-4461-b2a1-12e4a7a92141>>.

39 *Ibid.*

pluralité de destinataires⁴⁰. Ainsi, les demandes d'accusés de réception peuvent se voir systématiquement refusées, que ce soit par une personne déterminée ou par certaines plates-formes en ligne.

En définitive, malgré la similarité du nom, l'accusé de réception électronique n'est pas comparable avec la lettre recommandée «avec accusé de réception»⁴¹: le destinataire reste libre de confirmer ou non la réception du message, ce qu'il ne pourrait pas faire avec une lettre traditionnelle. On ne peut pas non plus le comparer à la remise d'un courrier A+ qui ne nécessite pas de signature du destinataire, mais dont le service postal peut attester de la date de remise dans la boîte aux lettres⁴². Le moyen le plus sûr d'attester de la réception d'un courriel dans la pratique commerciale reste donc d'explicitement demander à son destinataire de se manifester en ce sens – en cas de réponse positive, le message de confirmation permettra dès lors d'établir la réception ainsi que son moment.

c. Message d'absence

Un cas particulier d'accusé de réception est le message d'absence, qui signale à l'expéditeur que le destinataire n'est pas en mesure de consulter ses courriels ou qu'il ne souhaite pas le faire⁴³. Du point de vue technique, ces accusés résultent en principe d'une configuration spécifique par l'utilisateur, au travers de son client, du serveur de réception; celui-ci se charge alors de répondre automatiquement à tout message nouvellement reçu par l'envoi d'un courriel dont le contenu est formulé à l'avance.

Un message automatique d'absence ou une indication que le courriel sera traité dans un certain laps de temps est sans effet sur le moment de la réception. En effet, il n'appartient pas à une personne de choisir le moment auquel la réception intervient. En revanche, la réception par l'expéditeur d'un tel message d'absence constitue la preuve que son envoi a bien été acheminé au destinataire, ou en tout cas au serveur de réception de son service de messagerie. Cette conclusion est assez paradoxale, car la configuration même d'un message d'absence témoigne de la volonté du destinataire de ne pas consulter sa boîte mail, voire de son impossibilité de le faire.

Cette hypothèse doit être distinguée de l'échec d'un envoi de message. Dans ce cas, un accusé de message rejeté, désigné en anglais par le terme «*bounce*

40 Internet Society, Internet Engineering Task Force, Request for Comments 1855, Netiquette Guidelines; la netiquette est définie comme «[...] une charte de politesse et de savoir-vivre sur Internet à finalité éthique ou déontologique»: <<https://ciel.unige.ch/2016/03/1a-netiquette-quest-ce-que-cest/>>.

41 La Poste, Avis de réception pour lettres recommandées, <<https://www.post.ch/fr/expedier-des-lettres/prestations-complementaires-lettres/avis-de-reception>>

42 TANO BARTH, Le Courrier A Plus, Revue de l'avocat 2019 127, N 2; GEISSBÜHLER (note 7), N 113.

43 Voir par ex., Microsoft Outlook, Send automatic out of office replies from Outlook, <<https://support.microsoft.com/en-us/office/send-automatic-out-of-office-replies-from-outlook-9742f476-5348-4f9f-997f-5e208513bd67>>.

message», est généré. Celui-ci n'est cependant remis qu'à l'expéditeur, ainsi le destinataire demeurera ignorant du fait même qu'un message lui était destiné.

d. Échange et chaînes de courriels

L'un des avantages du courriel par rapport au courrier traditionnel est qu'il est possible de répondre directement à la suite du message précédent. Lors de tels échanges, chaque message de la chaîne est en principe reproduit de façon lisible, permettant aux parties ainsi qu'à d'autres lecteurs de retracer les conversations passées entre elles. Lorsque cela est le cas, chaque message objet d'une réponse peut être considéré comme ayant été reçu par le destinataire.

Ce qui précède doit cependant être assorti de quelques réserves. En premier lieu, la lisibilité d'un échange conduit par courriel peut être péjorée de façon notable au fil des allers et des retours entre les parties. Cela sera notamment le cas lorsque les clients employés par celles-ci disposent de règles de mise en page différentes ou lorsque les parties elles-mêmes formulent leurs messages de réponse de façon asymétrique. S'agissant de ce dernier point, les pratiques de formulation de réponse des courriels sont encore aujourd'hui disparates, généralement regroupées autour du *top post*⁴⁴, du *bottom post*⁴⁵, et du *inline reply*⁴⁶. Ainsi, il est possible que, au lieu d'une chaîne de courriels clairement identifiés, l'on se retrouve face à un imbroglio de messages dont l'attribution – ainsi que la datation – n'est pas évidente à déterminer.

En second lieu, la valeur probante de l'échange de courriels devient moindre lorsque ledit échange implique plus de deux personnes. Dans ce cas, il ne sera pas aisé de déterminer qui a reçu quoi et à quel moment, notamment lorsque certains messages de la chaîne omettent de placer tous les intéressés en copie ou lorsque certains des participants continuent leurs discussions de façon bilatérale et créent de ce fait une chaîne d'échange séparée. La réception d'une déclaration de volonté n'interviendra donc que si, et au moment où, celle-ci parvient au destinataire visé, et non simplement au moment où elle apparaît dans la chaîne.

e. Horodatage

Enfin, l'expéditeur et le destinataire peuvent s'opposer sur le moment de la réception, ce qui peut avoir son importance pour le respect d'un délai (par exemple art. 3 al. 2 ou 5. al. 2 CO) ou pour le retrait d'une manifestation de volonté (art. 9 CO).

44 *Top post*: le message de réponse est placé au-dessus du message original.

45 *Bottom post*: le message de réponse est placé en dessous du message original.

46 *Inline reply*: le message de réponse est placé à l'intérieur du message original, afin d'y répondre ligne par ligne ou paragraphe par paragraphe.

L'horodatage affiché à un message courriel n'atteste cependant pas de façon fiable du moment de son envoi ou de sa réception. En effet, celui-ci dépend de la configuration horaire des serveurs d'envoi et de réception par lesquels le message a transité. Il n'est pas donc rare qu'un courriel soit incorrectement horodaté après avoir transité par un serveur mal configuré, par exemple s'il est placé sur un autre fuseau horaire que celui applicable à son lieu de situation.

3. Conclusion

Malgré la flexibilité et la facilité d'utilisation du courriel, il apparaît difficile de modifier ses caractéristiques de moyen de communication symétrique et non-probant, pour des raisons qui sont toutefois différentes.

Une rupture de symétrie serait techniquement possible, mais elle doit être rejetée pour des raisons juridiques, découlant directement du principe de la bonne foi.

À l'inverse, il serait juridiquement admissible – voire souhaitable pour les parties – de pouvoir prouver aisément la réception d'un courriel, mais l'état actuel de la technique ne le permet pas systématiquement. Chaque partie ayant la maîtrise de son propre client et dans une certaine mesure de son propre serveur de réception, elle contrôle les preuves qui s'y rapportent, et peut donc choisir si elle accuse ou non réception du message et de quelle manière elle le fait.

L'absence d'un système centralisé – à la manière d'un système postal – fait également qu'il n'y a pas de tiers indépendant pouvant attester de la réception du courriel.

III. Applications similaires

Si le courriel et les applications dérivées représentent la majorité de la communication via internet, il nous apparaît important de traiter de quelques applications proches, soit les formulaires internet (1.), les messages sur les réseaux sociaux (2.), et le recours à des *bots* dans la communication (3.).

1. Formulaire sur un site internet

Certains sites internet ne fournissent pas directement une adresse courriel de contact, mais permettent d'envoyer un message à son exploitant via un formulaire de contact. Celui-ci envoie généralement un courriel à l'exploitant sur une adresse prédéterminée. Le serveur d'envoi et celui de réception étant les deux dans la sphère de maîtrise du destinataire, il convient à notre sens de considérer que le message parvient immédiatement dans sa sphère de maîtrise, à la différence d'un échange classique par courriels.

Si cela permet à l'exploitant du site internet de centraliser la communication et d'imposer un certain format ou la fourniture de certaines informations (par

exemple le nom, adresse, numéro de contrat, etc.), cela ne permet généralement pas à la partie expéditrice d'obtenir une copie du message envoyé.

Il conviendrait donc à notre sens de prévoir une forme d'accusé de réception. Un tel principe existe déjà dans la Loi sur la concurrence déloyale, qui érige en acte de concurrence déloyale le fait de s'adonner au commerce électronique sans «confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique» (art. 3 al. 1 let. s ch. 4 LCD)⁴⁷. Il nous semblerait utile d'étendre cette obligation à toute communication entre les parties, afin de faciliter la preuve d'un envoi.

Dans l'idéal, le courriel de confirmation devrait reproduire le message envoyé, afin d'éviter des contestations futures. Cela correspondrait également à la réserve prévue à l'art. 3 al. 2 LCD, qui dispense d'accusé de réception en cas de conclusion de contrats par courriel ou moyens électroniques⁴⁸.

2. Message sur les réseaux sociaux

La communication en ligne passe également de nos jours par les réseaux sociaux. Ces réseaux ayant par nature vocation à permettre à leurs utilisateurs de communiquer, il est possible d'y échanger des manifestations de volonté. La question de la réception doit distinguer les messages privés (souvent abrégés «MP») des messages publiés sur une «page» personnelle.

Les messages privés relèvent à notre sens des principes généraux applicables aux courriels, le client étant ici remplacé par le logiciel dédié ou par le site internet du réseau social en cause.

Concernant les pages, chaque réseau social a ses principes propres, mais on peut distinguer généralement entre les pages privées, accessibles seulement à une catégorie plus ou moins étendue de personnes, et les pages publiques, accessibles à tout un chacun. La page, qu'elle soit publique ou privée, relève de la sphère de maîtrise de son utilisateur. Une déclaration de volonté adressée par ce biais à un destinataire pourra donc être valablement reçue.

Un message «posté» sur une page est potentiellement lisible par tous les autres contacts du destinataire, respectivement par tout tiers. Cela ne devrait toutefois pas influencer l'application de la théorie de la réception, car même si une déclaration est en principe destinée à une unique personne, la connaissance par un tiers demeure sans effet.

En revanche, les messages postés sur sa propre page ne sont pas transmis et n'entrent pas dans la sphère de maîtrise d'un tiers. Ils ne peuvent donc pas être reçus, et ne déploient pas d'effet, même si le tiers visé peut y avoir accès – de la même manière qu'une personne ne peut prétendre qu'une déclaration dans un courrier qu'elle n'a pas envoyé déploierait ses effets, même si le tiers en a connaissance d'une autre manière.

47 BÜHLER (note 18), art. 3 LCD al. 1 let. s N 35 ss.

48 BÜHLER (note 18), art. 3 LCD al. 1 let. s N 12, 39 s.

Afficher sur sa page un prix pour une certaine prestation doit être considéré comme une invitation à présenter une offre, et non comme une offre elle-même, car elle relève à notre sens de «[l']envoi de tarifs [ou] de prix courants» au sens de l'art. 7 al. 2 CO⁴⁹, et qu'un contrat de ce type est dépendant du stock ou de la disponibilité de celui qui en fait la promotion.

Si l'utilisateur s'adresse à un nombre indéterminé de personnes et promet une contreprestation à toute personne – ou à la première personne – qui effectuera une certaine prestation, il convient d'appliquer les règles relatives à la promesse publique (art. 8 CO)⁵⁰. En ce sens, on peut relever que les réseaux sociaux, ainsi qu'internet plus généralement, sont souvent utilisés comme remplacement des campagnes traditionnelles d'affichage ou de petites annonces, par exemple si une récompense est offerte pour retrouver un animal perdu.

3. Conversation avec des bots

Un *bot* est un logiciel permettant l'automatisation de tâches, la plupart du temps provoquées par un événement déterminé. Sous cette définition très large, on désigne communément toute une catégorie de programmes informatiques agissant en tant qu'interface entre une application et un environnement extérieur. Ainsi, sont tout autant désignés en tant que *bots* les programmes employés pour modérer les discussions dans un *chat* public (par exemple sur IRC), les agents informatiques virtuels tels que Cortana, Siri ou Alexa, ainsi que lesdits *social bots*, soit des scripts créant et alimentant des comptes créés à cet effet sur les médias sociaux⁵¹, à l'image de l'intelligence artificielle Tay de Microsoft, que la firme a du rapidement retirer de Twitter pour ses propos racistes et désobligeants⁵².

Dans le domaine du commerce électronique, les *bots* sont habituellement déployés sur les sites internet de marchands pour répondre de façon directe aux questions posées par leurs clients. Ils sont donc souvent les interlocuteurs premiers de ces clients – et sont programmés de façon à pouvoir répondre immédiatement aux questions les plus simples et les plus récurrentes (par exemple «quel est le prix de ce produit?», «quelles sont les possibilités de livraison?»). Il est également possible que le *bot* prenne en charge la conclusion des commandes pour le compte du marchand, en guidant l'intéressé au travers des diverses étapes qui composent cette opération.

49 GEISSBÜHLER (note 7), N 235; HUGUENIN (note 1), N 213; MORIN (note 7), art. 7 CO N 5 s.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 28.10; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 653; ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 7 CO N 7 s.

50 GEISSBÜHLER (note 7), N 251 ss; HUGUENIN (note 1), N 214; MORIN (note 7), art. 8 CO N 3 ss; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 28.52; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 174; ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 8 CO N 15 ss.

51 STIEGLITZ BRACHTEN/ROSS JUNG, Do Social Bots Dream of Electric Sheep? A Categorization of Social Media Bot Accounts, arXiv:1710.04044 [cs.HC], p. 2 s.

52 Microsoft Blog, Learning from Tay's introduction, 25.03.16, <https://blogs.microsoft.com/blog/2016/03/25/learning-tays-introduction/>.

Ce dernier cas de la conclusion du contrat via un *bot* correspond à une promesse publique (art. 8 CO), dès lors que l'utilisateur est prêt à conclure avec un nombre indéterminé de personnes qui s'adresseraient à lui au travers du *bot*, dès que ces personnes sont d'accord avec les conditions proposées durant la «discussion» et expriment leur accord dans leur réponse.

Même si on venait à lui reconnaître une forme d'intelligence artificielle, un *bot* est dépourvu de toute volonté propre, et ne pourrait donc pas conclure lui-même un contrat ni valablement représenter son exploitant. Le cocontractant ne discute donc pas avec un *bot* comme il pourrait discuter avec un représentant (auxiliaire, travailleur, etc.) de l'exploitant; mais on doit au contraire considérer qu'il traite directement avec lui.

Le *bot* est donc un simple moyen technique – en plus complexe – de communication comme le serait un fax ou un courriel, et il convient donc de considérer le contrat comme conclu lorsque la manifestation de volonté du cocontractant qui «discute» avec le *bot* parvient dans la sphère de maîtrise de l'exploitant.

En principe, l'entier des réponses possibles du *bot* est maîtrisé par celui qui le met en place. Si cela ne devait pas être le cas (programmation complexe, apprentissage de la machine, etc.), il faut en tout cas lui imputer les déclarations faites par le *bot*, car il prend le risque de les émettre ou de les recevoir. Cela vaut même pour les erreurs commises par une programmation défectueuse ou les conséquences inattendues des discussions.

Le commerçant qui recourt à un *bot* ne pourrait donc uniquement se départir du contrat pour un vice du consentement, en particulier une erreur de déclaration (par exemple lorsque le *bot* indique un mauvais prix pour la prestation promise). Le régime de l'erreur est ici pleinement applicable. En particulier, le commerçant reste tenu par le contrat qu'il serait prêt à conclure (art. 25 al. 2 CO)⁵³, et il peut devoir des dommages-intérêts, s'il est en faute (art. 26 CO)⁵⁴.

Une éventuelle action récursoire du commerçant contre un fournisseur tiers serait possible sur la base de leur contrat (travail, entreprise ou mandat, selon les cas), et non selon les règles de responsabilité du représentant (art. 39 CO), faute une fois encore de rapport de représentation.

53 GEISSBÜHLER (note 7), N 446; HUGUENIN (note 1), N 590; BRUNO SCHMIDLIN/ARNAUD CAMPI, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, art. 1–529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, art. 25 CO N 4 s.; BRUNO SCHMIDLIN, in: Corinne Widmer-Lüchinger/David Oser (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7^e éd., Bâle 2019, art. 25 CO N 8; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 875

54 GEISSBÜHLER (note 7), N 450; HUGUENIN (note 1), N 593 ss; SCHMIDLIN/CAMPI (note 53), art. 26 CO N 1 ss; SCHMIDLIN (note 53), art. 26 CO N 1 ss; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 39.30; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 876 ss.

D. Principes applicables en procédure

Après avoir examiné les réalités techniques et pratiques de l'usage des courriels et autres moyens de communication électroniques, nous allons maintenant traiter de leur rôle en procédure civile. Dans ce contexte, il convient de distinguer le fardeau de la preuve d'une part – qui relève du droit matériel – et le fardeau de l'allégation – qui relève du droit procédural – d'autre part.

Le fardeau de la preuve est un principe connu, ancré à l'art. 8 CC: «Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit». La réception d'une communication électronique ne fait pas exception, et celui qui s'en prévaut en supportera le fardeau. L'inverse serait d'ailleurs peu pratique: la partie qui allègue n'avoir reçu aucun courriel serait contrainte de prouver un fait négatif⁵⁵.

Les courriels doivent être considérés comme des titres au sens de l'art. 177 CPC, qui vise notamment «les fichiers électroniques et les données analogues». Ils sont donc admissibles comme moyens de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 let. b CPC.

Cela appelle à notre sens trois points de discussion: il s'agira de déterminer quelles incombances et présomptions doivent s'appliquer à la réception de courriels par les personnes privées et les entreprises (A.), quelles règles sont applicables pour l'allégation des courriels en procédure ou pour en requérir la production par une partie adverse ou un tiers (C.), et enfin comment traiter les modifications éventuelles des courriels et l'ajout de pièces jointes (D.).

I. Incombances et présomptions

Nous proposons une distinction entre les personnes privées et les entreprises – terme pris ici dans un sens non technique regroupant les personnes physiques ou morales exerçant une activité commerciale ou professionnelle.

Les entreprises, indépendamment de leur forme, ne sont en principe actives que durant des périodes déterminées de la journée et de la semaine. Cela correspond à la notion des «heures habituellement réservées aux affaires» de l'art. 79 CO⁵⁶. Cette période d'activité dépend de l'entreprise considérée: une banque, un bar ou une boulangerie n'ont typiquement pas les mêmes horaires.

À notre sens, il faut considérer que toute entreprise qui est ouverte à un moment donné est supposée recevoir ses courriels immédiatement (connexion per-

55 Sur la notion de fait négatif: DENIS PIOTET, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (éd.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, art. 8 CC N 53.

56 GEISSBÜHLER (note 7), N 852; FABIENNE HOHL, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, art. 1–529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, art. 79 CO N 2, ULRICH G. SCHROETER, in: Corinne Widmer-Lüchinger/David Oser (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7^e éd., Bâle 2019, art. 79 CO N 6; ATF 105 II 28, JdT 1979 I 314, c. 2a.

manente). En revanche, si un courriel est envoyé durant la période d'inactivité, il sera en principe récupéré au début de la prochaine période d'activité.

Les personnes privées ne sont en revanche pas tenues de consulter en permanence leurs courriels et d'être connectées aussi souvent. Il est en revanche raisonnable de considérer qu'une personne relèvera ses courriels au moins une fois par jour, sauf week-ends et jours fériés, par analogie avec la distribution du courrier.

Toutefois, compte tenu des habitudes propres à chacun, il n'est pas possible de déterminer si la personne les lit au réveil (qui pourrait être à 4h, à 7h ou à 10h, en fonction des habitudes et activités de chacun), lors d'un moment de pause pendant la journée, ou encore avant le coucher (qui à nouveau pourrait être à n'importe quel moment entre 20h et 3h). Pour simplifier l'établissement du moment de la réception, il convient à notre sens de considérer qu'un courriel envoyé le jour J sera reçu, et déploiera ses effets, à J+1. Une analogie est ici possible avec la théorie de la réception «absolue» en droit du bail, où l'on retient généralement que le moment où la partie destinataire peut prendre connaissance d'une communication est déterminant – typiquement le lendemain du dépôt de l'avis d'un recommandé dans la boîte aux lettres – et non le moment de la prise de connaissance effective ou du dernier jour du délai de garde (théorie de la réception «relative»)⁵⁷.

Dans les cas où le caractère successif ou simultané des manifestations de volonté a une importance (typiquement le cas du retrait d'une offre ou d'une acceptation – art. 9 al. 1 et 2 CO)⁵⁸, les principes suivants devraient à notre sens s'appliquer. Durant les heures d'ouverture des entreprises, nous avons vu que les courriels devaient être considérés comme immédiatement reçus. Un retrait subséquent de l'offre ou de l'acceptation arrivera donc en principe trop tard pour être pris en compte. En revanche, hors des heures d'ouverture ou pour les personnes privées, les deux déclarations ne seront reçues qu'à la prochaine connexion, et doivent donc être considérées comme simultanées⁵⁹ – cela permettra ainsi au retrait de déployer ses effets.

II. Allégation et requête de production

La partie qui souhaite se prévaloir d'un courriel dans une procédure devra l'alléguer et fournir les moyens de preuve, le plus souvent une impression sur papier du fichier topique. En cas de contestation (art. 180 al. 1 CPC), il conviendra de recourir à une expertise sur l'authenticité du courriel litigieux.

57 HUGUENIN (note 1), N 186; TERCIER/PICHONNAZ (note 1), N 209; ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 5 CO N 26; ATF 140 III 244 c. 5.1; ATF 143 III 15, c. 4.1.

58 GEISSBÜHLER (note 7), N 256; HUGUENIN (note 1), N 262; MORIN (note 7), art. 9 CO N 1–3 et 5; ZELLWEGE-GUTKNECHT (note 1), art. 9 CO N 1 ss.

59 Plus large, mais réservant le cas où le destinataire a agi sur la base de la déclaration reçue: SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 1), N 27.25.

La facilité de communication et les pratiques en matière de «chaînes» de courriels pourraient conduire à la production pour chaque courriel de l'ensemble des messages précédents, ce qui conduit à des répétitions inutiles, complique la vérification des allégations et des pièces par la partie adverse et peut nuire à la compréhension du juge. Il nous semble donc préférable de privilégier la production d'une chaîne de courriels en tant que telle, en précisant quels sont les passages auxquels la partie se réfère pour chaque allégué (art. 180 al. 2 CPC).

Lorsqu'une partie cherche à se prévaloir d'un courriel qu'elle n'aurait pas ou plus en sa possession, elle peut la requérir de sa partie adverse sur la base de l'art. 160 al. 1 let. b CPC⁶⁰. Cela peut typiquement lui permettre d'obtenir des courriels échangés par sa partie adverse avec des tiers, ou même entre des parties tierces à la procédure – s'ils sont pertinents – de récupérer un courriel qui aurait été perdu ou effacé, ou de faire produire la version correspondante (reçue ou envoyée) d'un courriel dont le contenu serait litigieux. Il serait par exemple possible de demander la production directement au prestataire courriel; en ce sens, il existe en Suisse un marché non négligeable de prestataires de services courriel qui pourraient être directement visés par ce type de demandes (Infomaniak, Switch, Protonmail, etc.). Pour les prestataires étrangers, il sera possible de recourir à l'entraide internationale. Les restrictions habituelles, notamment en matière de correspondance avec un avocat⁶¹, s'appliquent comme pour les courriers traditionnels.

Le refus injustifié de produire un document malgré l'ordre du juge sera traité de la même manière que pour toute autre pièce: le juge pourra inférer d'un refus d'une partie que le fait est prouvé (art. 164 CPC)⁶², et pourra recourir aux sanctions prévues par l'art. 167 CPC pour les tiers⁶³. Si une partie ou un tiers prétend qu'elle n'a pas reçu ou envoyé un courriel, le juge appréciera la situation au moment de rendre son ordonnance en fonction des allégations et autres moyens de preuve à sa disposition. Si le courriel a été supprimé et qu'il ne peut être récupéré, le juge pourra alors tenir compte des déclarations des parties ou des tiers qui auraient eu connaissance de ce courriel – si le courriel a été effacé de mauvaise foi pour empêcher que la preuve soit apportée, il s'agit à nouveau d'une circonstance à prendre en compte dans l'appréciation des preuves.

60 NICOLAS JEANDIN, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (éd.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019, art. 160 CPC N 12 ss; ERNST F. SCHMID, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2019, art. 160 CPC N 22a.

61 JEANDIN (note 60), art. 160 CPC N 15 ss; SCHMID (note 60), art. 160 CPC N 16 ss.

62 JEANDIN (note 60), art. 160 CPC N 9, art. 164 CPC N 5, 7 ss; SCHMID (note 60), art. 160 CPC N 39, art. 164 CPC N 2.

63 JEANDIN (note 60), art. 160 CPC N 9, art. 167 CPC N 2 ss; SCHMID (note 60), art. 160 CPC N 39, art. 167 CPC N 1.

Les règles de procédure permettent d'obtenir la production d'un ou plusieurs courriels – ou de tout autre titre – qui est désigné avec une précision suffisante, sans qu'il soit toutefois possible d'obtenir une production d'un ensemble indéterminé de documents.

Le droit matériel pourrait permettre d'obtenir plus facilement et plus largement la production de courriels. C'est ainsi que l'art. 400 CO permet par exemple d'obtenir d'un mandant qu'il remette tous les documents permettant la vérification de la bonne et correcte exécution du mandat⁶⁴ – ce qui inclut à notre sens les courriels. La seule restriction ici serait les courriels purement internes, catégorie qui n'est toutefois pas précisément définie pour l'heure⁶⁵.

Une autre voie serait la remise des documents sur la base de la Loi sur la protection des données, ou de ses équivalents de droit public (Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004⁶⁶; Loi [genevoise] sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001⁶⁷). Le droit d'accès aux données personnelles pourrait porter sur des courriels qui seraient traités par le maître du fichier. L'exclusion des procédures pendantes (art. 2 al. 2 let. c LPD) et les restrictions apportées par le Tribunal fédéral aux demandes d'accès visant à obtenir des moyens de preuve⁶⁸ restreignent toutefois l'utilité de recourir à cette voie.

Nous n'examinerons toutefois pas ces questions plus en détail, car elles ne s'appliquent pas spécifiquement à la question des courriels et de la théorie de la réception.

III. Modifications et pièces jointes

Il est facile d'altérer un courriel, notamment dans les chaînes où l'on peut modifier le corps de messages spécifiques; ce parfois en toute bonne foi: par exemple pour répondre directement dans un courriel ou pour corriger un texte avant envoi à un tiers. Une partie pourrait écrire «[...] Pour un prix de CHF 10 000 » et l'autre répondre ensuite «OK comme ceci», puis modifier dans le corps du courriel en dessous «Pour un prix de EUR 10 000». En cas de litige sur le contrat, la première pourrait produire son courriel et la réponse de la seconde sans reprendre le courriel en dessous.

64 HUGUENIN (note 1), N 3275, 3277; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Corinne Widmer-Lüchinger/David Oser (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I., Art. 1–529 OR, 7^e éd., Bâle 2019, art. 400 CO N 3 ss, 12 ss; FRANZ WERRO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, art. 1–529 CO, 3^e éd., Bâle 2021 art. 400 CO N 4 ss; ATF 139 III 49, c. 4.1.3; ATF 143 III 348, c. 5.3.1; ATF 146 III 435, c. 4.1.3.1.

65 HUGUENIN (note 1), N 3277a; OSER/WEBER (note 64), art. 400 CO N 4; WERRO (note 64), art. 400 CO N 14; ATF 139 III 49, c. 4.1.3; ATF 141 III 564, c. 4.2.1; ATF 143 III 348, c. 5.3.1; ATF 146 III 435, c. 4.1.3.1.

66 LTrans; RS 152.3.

67 LIPAD; RS/GE A 2 08.

68 TF, 4A_277/2020 du 18 novembre 2020, c. 5.3 à 5.5.

Cette facilité de modification ne doit pas disqualifier les courriels en tant que titres, mais il faut réserver la contrepreuve: l'autre partie peut produire sa version du courriel, tel qu'elle l'a reçue ou envoyée, et le juge devra apprécier le caractère probant de chacun. Dans notre exemple, la seconde partie pourrait apporter la contrepreuve en produisant la chaîne de courriels avec la modification. Il appartiendra ensuite au juge d'apprécier la portée réelle des déclarations des parties, en fonction de la teneur des messages et des autres moyens de preuve à sa disposition.

La production d'un courriel n'entraîne pas nécessairement celle de ses pièces jointes, qui n'apparaissent pas spontanément lors de l'impression d'un courriel. La production des pièces jointes dans la procédure est toujours possible, dans la mesure de leur pertinence. Déterminer si cette pièce correspond bien à celle qui était attachée au courriel relève du pouvoir d'appréciation du juge, en fonction des documents et allégations des parties (moyens forensiques, contrepreuve par la production du document qui serait selon la partie adverse la véritable pièce jointe, etc.).

Enfin, il faut tolérer dans le cours de la procédure que la partie transfère les courriels à son avocat ou à ses auxiliaires (directement en utilisant la fonction «forward», en pièce jointe d'un autre courriel, ou encore via un autre mode de transfert: clé USB, *cloud*, etc.), ce qui pourrait apparaître lors de l'impression des pièces en vue de leur production, mais ne devrait pas modifier l'appréciation faite par le juge.

E. Conclusion

Au moment de l'irruption d'internet dans nos vies quotidiennes – soit vers le milieu des années nonante – les juristes s'interrogeaient si ce réseau, décentralisé, anational et fuyant, n'allait pas bouleverser le droit positif. Certains auteurs y voyaient même l'émergence d'un *cyberespace*, soit une juridiction propre, déconnectée de notre monde physique et régie par ses propres normes légales⁶⁹. Dans ce contexte, l'un des premiers efforts consentis pour rapprocher le virtuel et le réel aux termes du droit des obligations était la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, dont l'un des apports notables était le principe d'équivalence entre l'écrit et les messages de données⁷⁰.

Aujourd'hui, on ne peut que constater que le droit suisse des obligations s'est finalement bien accommodé de cette évolution technique. Comme notamment démontré par la confrontation entre la théorie de la réception et les nou-

69 Pour l'article phare de cette tendance, voir DAVID R. JOHNSON/DAVID POST, *Law and Borders – the Rise of Law in Cyberspace*, 48 *Stanford Law Review*, p. 1367 (1996).

70 Voir art. 6 par. 1 de la loi-type: «Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement».

veaux moyens de communication numérique, notre droit, par sa neutralité technologique, n'a pas à être bouleversé dans ses principes pour s'y appliquer; il ne nécessite que quelques adaptations de détail pour s'adapter aux contours de la technologie.

Au vu de la rapidité des développements techniques – comme en témoigne l'émergence des *bots*, des intelligences artificielles et des moyens de communication alternatifs au courriel – le constat qui précède est à saluer. La technologie ira toujours plus vite que le droit; il incombe donc à ce dernier d'être suffisamment stable pour ne pas être ébranlé à chaque nouveau développement.

Résumé

Internet a bouleversé les modes de communication entre individus, en permettant l'échange de courriels ou de messages sur les réseaux sociaux ou le recours à des programmes automatisant la conclusion de contrats. Le droit suisse n'a pas suivi une évolution comparable, mais la théorie de la réception élaborée à l'époque du courrier papier est suffisamment robuste pour s'appliquer à ces développements, moyennant une bonne compréhension des enjeux techniques.

Zusammenfassung

Das Internet hat die Art und Weise, wie Menschen miteinander kommunizieren, verändert, indem es den Austausch von E-Mails oder Nachrichten in sozialen Netzwerken oder die Nutzung von Programmen, die den Abschluss von Verträgen automatisieren, ermöglicht. Das Schweizer Recht hat keine vergleichbare Entwicklung durchlaufen, aber die in der Zeit der Papierpost entwickelte Empfangstheorie ist hinreichend robust, um auf diese Entwicklungen angewendet zu werden, vorausgesetzt, die technischen Fragen werden gut verstanden.