

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve électronique

Vanstechelman, Emilie

Published in:

La réforme du droit de de la preuve

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vanstechelman, E 2019, La preuve électronique: enjeux et perspectives au regard du nouveau livre 8 du Code civil. dans *La réforme du droit de de la preuve*. Commission Université-Palais, numéro 193, Anthemis, Liège, pp. 185-253.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

6

LA PREUVE ÉLECTRONIQUE : ENJEUX ET PERSPECTIVES AU REGARD DU NOUVEAU LIVRE 8 DU CODE CIVIL

Emilie VANSTECHELMAN

assistante à l'UNamur
avocate au barreau de Huy

Sommaire

Introduction	186
Section 1	
Préambule	187
Section 2	
L'acte sous signature privée électronique	194
Section 3	
L'acte authentique électronique	249
Conclusion	252

Introduction

La dématérialisation des échanges au cours du processus de formation et de conclusion des contrats soulève la question de la preuve ainsi que du respect des formalités prescrites par la loi, laquelle impose souvent l'existence d'un « écrit » ou d'un acte sur support papier¹.

Les règles de preuve édictées au sein du Code Napoléon ont été façonnées uniquement pour l'utilisation de document sur support papier. Néanmoins, en 2019, il faut vivre avec son temps et avec l'évolution des technologies. Aujourd'hui, des liens obligatoires se nouent par voie électronique, en l'absence d'écrit papier cristallisant les accords convenus entre parties.

La réforme engagée en droit de la preuve se devait donc d'appréhender la question de la preuve des engagements consacrés dans des écrits électroniques, formalisés, par exemple, par un échange de mails ou de SMS.

La présente contribution proposera une analyse approfondie de l'acte sous signature privée électronique introduit par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 relatif au droit de la preuve².

La question est fondamentale pour le praticien qui se voit très habituellement confronté à analyser la question de l'admissibilité en justice et de la force probante de documents tels que les SMS, les *e-mails*, les captures d'écrans ou les contrats signés à distance.

Que valent-ils au niveau probatoire ? Comment le livre 8 du nouveau Code civil appréhende-t-il ces questions et les difficultés probatoires qui résultent des opérations réalisées en réseau ouvert tel l'internet ? En pratique, comment appliquer la combinaison de la réglementation européenne et du nouveau livre 8 ?

Au sein de la première section, nous rappellerons les concepts utiles à la compréhension de la matière analysée au sein de la présente contribution.

La seconde section nous occupera davantage et constituera le « cœur » de cette étude. Il s'agira de décortiquer la notion d'acte sous signature privée introduite par le nouveau Code civil. Les concepts d'« écrit » et de « signature » dans l'univers électronique seront largement examinés. Chaque point étudié sera analysé sous l'angle du droit actuel pour, dans un second temps, être confronté aux dispositions nouvelles.

Enfin, nous étudierons brièvement l'acte authentique dressé sur un support dématérialisé.

Section 1 Préambule

Introduction

Au sein de la présente section, nous nous pencherons sur les motifs ayant justifié une réforme du droit de la preuve (A) pour ensuite rappeler les concepts de force probante, valeur probante et admissibilité (B). Un détour éclair par l'actuel article 1341 du Code civil sera effectué (C) avant de rappeler une théorie fondamentale qui illustrera notre étude, celle des équivalents fonctionnels (D).

A. La nécessité d'une réforme

Durant de nombreuses années, les praticiens, les cours et tribunaux ont pu se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve en vue de l'adapter aux développements des technologies de l'information et du commerce électronique³.

L'explosion de l'internet, au début des années 90 en Europe, a modifié notre société. Il est désormais permis de s'échanger des textes, des sons, des images, des consentements, etc.

Comme le précise Étienne Montero : « La solution contractuelle n'est plus une panacée dans le cadre du réseau des réseaux, si bien qu'on ne pouvait plus s'accommoder du régime probatoire de l'acte sous seing privé, imprégné d'une conception formaliste des notions d'écrit et de signature »⁴.

Il est donc fondamental de déterminer les conditions de recevabilité et la valeur probante des contrats dématérialisés. L'élaboration d'un droit de la preuve jurisprudentiel adapté aux nouvelles technologies ne constituait pas une solution et risquait d'être lente et d'amener à des décisions contraires, voire parcellaires. En effet, plus de vingt ans après l'arrivée de l'internet, des SMS, le praticien, amené à trouver des cas jurisprudentiels, ne peut que constater la rareté des litiges soumis à la justice voire la contrariété des décisions existantes.

Pourtant, les questions sont cruciales et vont indubitablement se poser, avec davantage d'acointances, un jour ou l'autre.

Il est apparu nécessaire de légiférer non seulement pour rappeler l'approche fonctionnelle, largement approuvée, des notions capitales d'écrit et de signature, mais également pour rassembler l'ensemble des dispositions qui traitent du droit de la preuve au sein du Code civil, dans un souci de codification, de simplifica-

¹ B. Docquir, *Le droit des nouvelles technologies et de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 59.

² Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

³ E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, coll. CUP, vol. 54, Liège, 2002, pp. 39-82.

⁴ E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *op. cit.*, p. 39.

tion et de cohérence pour le praticien. La multiplication des textes législatifs ne constituait pas une solution.

Il était donc clairement acquis que l'écrit électronique devait faire son entrée dans le Code civil, par la grande porte et non par la petite fenêtre des articles 1347 ou 1348 du Code civil⁵.

Comme l'a écrit très justement Étienne Davio, «La difficulté majeure pour les législateurs d'aujourd'hui n'est pas tant d'affirmer que l'informatique peut servir la constitution d'éléments de preuve, que de déterminer, au sein d'une technique mouvante, les procédés qui rencontrent les fonctions assignées à l'écrit et à la signature. L'ouverture offerte par une définition fonctionnelle, techniquement neutre, des concepts d'écrit et de signature semble battue en brèche par la nécessité de pointer, parmi les techniques existantes, celles qui sont propres à réaliser ces fonctions»⁶.

B. Recevabilité, force probante et valeur probante

Il est toujours essentiel de rappeler au praticien les distinctions existant entre la recevabilité de la preuve, la force probante ou la valeur probante de celle-ci⁷.

1. Concepts

La question de la recevabilité traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice⁸. Si un élément de preuve est déclaré recevable par la loi, alors le juge est tenu de le prendre en considération et de procéder à l'examen de l'élément en question sans que ce dernier n'emporte nécessairement la conviction du magistrat qui reste libre d'en apprécier souverainement la force probante⁹. C'est le «stade préliminaire de la réception des preuves»¹⁰. Une preuve irrecevable est d'office rejetée par le juge sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée¹¹. La recevabilité est réglée par la loi (par exemple art. 1341 C. civ.).

⁵ Voy. E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique», *op. cit.*, pp. 39 et s.

⁶ E. DAVIO, «Preuve et certification sur internet», *R.D.C.*, 1997, n° 11, p. 670.

⁷ Sur les critiques de cette distinction considérée, par certains auteurs, comme artificielle, voy. A. RAYNOUARD, «Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique», *Rép. Defrénois*, 2000, n° 9.

⁸ D. MOUGENOT, «La preuve», *Rép. not.*, t. IV, Les obligations, livre II, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 14-2.

⁹ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, p. 197.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 14-2.

La valeur probante d'une preuve est «son aptitude à emporter la conviction du juge»¹². C'est son caractère convaincant, la crédibilité, la fiabilité que le juge peut lui accorder en conscience¹³.

La force probante est la force accordée par la loi à un élément de preuve ou «l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties»¹⁴. La force probante importante d'un mode de preuve enlève le pouvoir d'appréciation du juge et donc la question de la valeur probante du moyen de preuve¹⁵.

Nous attirons cependant l'attention du praticien sur le point suivant. La force probante d'un moyen de preuve déterminé n'est pas nécessairement identique en toute hypothèse. Lorsque la preuve par toutes voies de droit est admise, même la preuve littérale peut être renversée. C'est le cas en matière commerciale¹⁶ ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, rien n'empêche de prouver contre un acte par des témoignages ou des présomptions.

La distinction entre recevabilité et force probante est artificielle dans l'hypothèse où un acte ne peut être prouvé qu'au moyen d'un type de preuve déterminé. Tant sa recevabilité que sa force probante sont fixées.

2. Admissibilité, force probante et valeur probante d'un moyen de preuve au sens du livre 8 du nouveau Code civil

L'article 8.1, 13° à 15°, du nouveau livre 8 du Code civil définit désormais clairement les trois concepts couramment utilisés en droit de la preuve mais non définis dans la loi actuellement¹⁷.

¹² *Ibid.*

¹³ F. DUMON, «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35; R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, *op. cit.*, p. 197; D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 14-2, p. 75; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques – Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *R.D.C.*, 2002, p. 198.

¹⁴ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 14-2, pp. 75-76:

«Force probante et valeur probante sont inversement liées. Lorsque la force probante d'un mode de preuve est importante ou forte (preuve littérale, aveu, serment...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve: il doit l'accepter tel quel, sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsque la force probante du moyen de preuve est faible ou inexistante (témoignages, présomptions, copies...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve. Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi».

¹⁵ E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques – Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *op. cit.*, n° 40.

¹⁶ Le principe de la preuve libre entre et contre les entreprises (notion désormais usitée à la place de celle de «commerçant») est inscrit à l'article 8.11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 10.

L'admissibilité d'une preuve est définie comme étant «la conformité de la preuve avec les règles du présent livre, qui précisent à quelles conditions un mode de preuve peut constituer la preuve d'un fait contesté»¹⁸.

Le concept d'admissibilité d'une preuve ne vise donc que la conformité d'un élément de preuve aux règles relatives à la preuve au sens strict et laisse de côté la problématique de la preuve déloyale ou contraire à une règle de droit étrangère à la preuve¹⁹. Cette définition a été introduite en réponse à une remarque du Conseil d'État qui estimait que : la distinction entre «admissibilité» et «force probante» mériterait d'être explicitée, notamment par le biais d'une définition de la notion d'«admissibilité» au sein de l'article 8.1.

En vertu de l'article 8.1, 14°, la valeur probante est «la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge» tandis que la force probante constitue «la mesure dans laquelle un mode de preuve fait preuve selon la loi et dans laquelle le juge et les parties sont liés par ce mode de preuve» (art. 8.1, 15°).

L'exposé des motifs explicite le concept de valeur probante et le distingue de la force probante tout en procédant à une consécration des acquis doctrinaux et jurisprudentiels²⁰.

Comme nous avons pu le souligner *supra*, la valeur probante d'une preuve est son aptitude à emporter la conviction du juge. C'est son caractère convaincant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience²¹. En principe, la valeur probante d'une preuve est librement appréciée par le juge. Dans certains cas, elle peut toutefois être fixée par la loi et le juge perd son pouvoir d'appréciation. On parle alors de force probante. Celle-ci permet de mesurer le degré de liberté des parties et du juge par rapport à la preuve présentée. La définition proposée dans le texte du livre 8 est inspirée de l'ouvrage de Benoît Samyn²². Elle précise bien les deux facettes de cette notion : à l'égard du juge, il convient de déterminer dans quelle mesure celui-ci est lié par le mode de preuve qui lui est proposé. À l'égard des parties, il importe de préciser si celles-ci sont autorisées à rapporter la preuve contraire du fait ou de l'acte allégué²³.

L'exposé des motifs reprend les écrits de Dominique Mougenot : «Force probante et valeur probante sont inversement liées. Lorsqu'un mode de preuve a force probante (preuve littérale, aveu, serment...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve : il doit l'accepter tel quel, sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsqu'un mode

¹⁸ Art. 8.1, 13°, du nouveau Code civil.

¹⁹ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 10.

²⁰ *Ibid.*, p. 10.

²¹ *Ibid.*, p. 10 et F. DUMON, «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», *op. cit.*, n° 35.

²² B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 29, p. 51.

²³ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, pp. 10-11.

de preuve n'a pas de force probante (témoignages, présomptions, copies...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve»²⁴. Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi²⁵.

La clarification de ces concepts de base est salutaire et sera nécessairement utile au praticien, qu'il soit juge ou avocat.

C. Bref rappel des principes applicables en matière de preuve

Le législateur a opté pour un système de «preuve légale» : comme dit ci-avant, la loi définit, dans une perspective hiérarchique, les moyens de preuve, leur recevabilité et leur force probante²⁶.

Il existe, actuellement, dans le droit commun de la preuve, cinq modes de preuve, classés traditionnellement en deux groupes : d'une part, la preuve littérale (acte sous seing privé et acte authentique), l'aveu et le serment lesquels sont qualifiés de modes de preuve parfaits et d'autre part, les témoignages et présomptions (art. 1316 C. civ.)²⁷.

L'une des principales règles à retenir dans notre droit actuel en matière de recevabilité des preuves est celle de la prééminence de la preuve littérale inscrite à l'article 1341 du Code civil selon lequel «toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 euros» doivent être prouvées par un acte notarié ou par un acte sous seing privé. À cette première règle, s'ajoute une seconde en vertu de laquelle il ne peut être prouvé outre ou contre une preuve littérale au moyen de témoignages ou de présomptions²⁸. L'article 1341 du Code civil n'interdit pas la preuve par aveu ou par serment²⁹.

L'article 1341 du Code civil vise l'*instrumentum* de l'acte, nécessaire à sa preuve et non le *negotium* lui-même, dont la formation est soumise au consensualisme (sauf l'hypothèse de l'acte solennel)³⁰.

²⁴ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 14-2, p. 76.

²⁵ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 11.

²⁶ P. LECOCQ, «La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles», in S. Boufflette (coord.), *La preuve et le faux*, coll. Conférence libre du Jeune barreau de Liège, Limal, Anthémis, 2017, p. 8.

²⁷ *Ibid.* Pascale Lecocq envisage une autre distinction : d'un côté, la preuve littérale, les présomptions et témoignages, fréquemment utilisés en pratique et intimement liés sur le plan de la recevabilité et, d'un autre côté, l'aveu et le serment qui s'inscrivent dans un contexte psychologique particulier puisqu'il «s'agit, respectivement, de reconnaître pour vrai un fait qui nous est défavorable ou, tout à l'inverse, d'affirmer solennellement, devant un juge, un fait qui nous est favorable». Voy. également D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n°s 260 et 295.

²⁸ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, pp. 107 et s.

²⁹ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, pp. 117-119.

³⁰ Voy. D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 108 ; P. LECOCQ, «La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles», *op. cit.*, p. 12 ; B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par e-mail ou par SMS. Commentaire de la loi du 20 septembre 2018 visant à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique», *Rev. not. belge*, 2018, pp. 808-809 ; H. JACQUEMIN, «Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15

Au sein de la présente contribution, l'acte sous seing privé – désormais dénommé acte sous signature privée – retiendra notre attention.

Notons déjà, brièvement – puisque ce point n'est pas celui analysé au sein de la présente contribution mais qu'il lui est cependant nécessairement lié – qu'au sein du livre 8 du Code civil, «le régime actuel de la preuve légale est maintenu»³¹. L'article 8.9 reproduit le prescrit de l'article 1341 du Code civil tout en l'adaptant quant au montant au-dessus duquel l'écrit est exigé : celui-ci passe de 375 euros à 3.500 euros³².

Il est libellé en ces termes :

«§ 1^{er}. L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3.500,00 euros doit être prouvé par les parties par un écrit signé.

Ce montant pourra être adapté par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, en fonction de l'évolution du coût de la vie ou des nécessités sociales.

Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit signé, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit signé.

§ 2. En cas de demande en justice, la valeur à prendre en considération est celle de l'acte juridique qui fonde la demande.

§ 3. Pour les contrats à exécution successive, la valeur à prendre en considération est la valeur totale des rémunérations des prestations pour une durée maximale d'une année.

§ 4. Lorsque l'évaluation de l'objet de l'acte juridique est impossible, parce que la valeur n'est ni déterminée ni déterminable lors de la conclusion de l'acte juridique, la preuve peut être rapportée par tous modes de preuve.

Les exceptions à la preuve réglementée figurant actuellement aux articles 1347 et 1348 du Code civil, sont reprises au sein du nouveau Code et sont «rassemblées, dans un souci de lisibilité, au sein de la même section»³³. La règle de l'ancien article 1348 du Code civil figure à l'article 8.12 du Code. La

du Code de droit économique», *R.D.T.I.*, 65/2016, pp. 87 et s. Pour une application jurisprudentielle, voy. Mons, 25 mai 2010, *Rev. not. belge*, 2010, p. 650.

³¹ Sur l'analyse du chapitre 2 du livre 8 : voy. Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, pp. 189 et s.

³² L'avant-projet initial prévoyait un plafond de 5.000 euros, lequel a été, sans réelle explication, ramené à 3.500 euros. Sur les objectifs poursuivis, voy. Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 190. Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, pp. 18-19.

³³ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 193. Voy. la section 2 du chapitre 2, lequel traite de l'admissibilité des modes de preuve. L'obligation de prouver par un écrit, visée à l'article 8.9, ne s'applique donc pas :

- aux actes juridiques unilatéraux (art. 8.10) (nouveau) ;
- en ce qui concerne la preuve à rapporter par ou contre les entreprises (art. 8.11) (la notion d'entreprise, reprise à l'article I.1, § 1^{er}, du Code de droit économique (C.D.E.) a été préférée à celle de commerçant) ;
- lorsqu'il y a impossibilité de prouver (art. 8.12) (formulation nouvelle) ;
- en cas de commencement de preuve par écrit (art. 8.13) ; et
- en ce qui concerne la preuve à rapporter par ou contre les tiers (art. 8.14).

lecture de cette disposition montre que les cas d'impossibilité sont clairement distingués. Le commencement de preuve, actuellement régi par l'article 1347 du Code civil, est défini à l'article 8.1, 7° : «Tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable l'acte juridique allégué». La disposition correspond à l'état actuel de notre droit³⁴.

D. Théorie des équivalents fonctionnels : définition et consécration en droit belge

La théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée au niveau international par la CNUDCI, au sein de sa loi type sur le commerce électronique (1996)³⁵.

Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, «on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit directement apposé sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (par exemple, garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information pour l'écrit). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés équivalents s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit ou la signature)»³⁶. Au niveau juridique, les deux procédés ont les mêmes effets et sont interchangeables. «Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence»³⁷.

Initialement inscrite au sein de l'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information³⁸, la théorie des équivalents fonctionnels est désormais reprise au sein de l'article XII.15 du Code de droit économique (C.D.E.)³⁹. Cette disposition assure la transposi-

³⁴ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 9.

³⁵ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, New York, Publications des Nations Unies, 1999, p. 21. Voy. sur cette question : J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», in C. Delforge (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 94-97 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 339-374 ; H. JACQUEMIN, «Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016», *J.T.*, 11/2017, p. 203 ; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

³⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 341.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Art. 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 : «[...] l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission». Voy. D. MOUGENOT, «Preuve et nouvelles technologies en Belgique», in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 522.

³⁹ Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du livre XII, «Droit de l'économie électronique», dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre XII et des dispositions

tion de l'article 9 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁴⁰, qui a imposé aux États membres de veiller «à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques». Le législateur belge devait adopter une disposition permettant d'adapter le formalisme contractuel et probatoire aux échanges électroniques⁴¹.

Dans cette optique, le législateur a donc précisé au sein de l'article XII.15 du C.D.E. que «toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat conclu par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées» (§ 1)⁴². Cette disposition générale est donc inspirée de la théorie des équivalents fonctionnels, en vertu de laquelle une exigence de forme «ne se définit pas par référence à un procédé déterminé, mais au regard des fonctions qu'elle permet de remplir»⁴³.

Section 2

L'acte sous signature privée électronique

Introduction

L'acte sous seing privé est actuellement défini en doctrine comme l'écrit établi sans l'intervention d'un officier public agissant en cette qualité, par de simples particuliers et signé par eux⁴⁴. Il est donc composé, et nous y revenons, de deux éléments : d'un écrit et d'une signature⁴⁵.

Le tribunal de première instance de Liège rappelle que l'acte sous seing privé se caractérise par sa nature écrite et par sa signature, la fonction de signature étant double : identifier et établir le consentement du signataire⁴⁶.

A. L'écrit

1. Absence de définition légale au sein du Code Napoléon

Le Code civil de 1804 ne contenait aucune définition de l'écrit, lequel paraissait «aller de soi». La loi utilise indistinctement les termes «acte», «titre», «littéral», «écrit» ou «*instrumentum*»⁴⁷. Il est souvent défini comme un message qui doit être lisible et accessible. On décrivait également l'écrit comme «l'expression de la parole ou de la pensée par des signes intelligibles pour autrui»⁴⁸ ou encore «l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support, quelle que soit la forme de ce support»⁴⁹.

Pour qu'il y ait écrit, trois éléments sont nécessaires : il faut nécessairement un support (1), sur lequel figurent des signes (2) exprimant un langage (3)⁵⁰.

Avec l'avènement de l'ère numérique et des directives européennes de 1999 et 2000 sur la signature électronique et les contrats conclus électroniquement⁵¹, il a fallu réfléchir à la possibilité qu'un acte sous seing privé se réalise dans l'environnement numérique⁵². Les informations contenues sur support magnétique (disquette, disques durs, cartes magnétiques), électronique (cartes à puce) ou optonumérique (CD Rom ou DVD) peuvent-elles constituer des écrits⁵³ ?

d'application de la loi propres au livre XII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, M.B., 14 janvier 2014.

⁴⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O.U.E., n° L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1-16.

⁴¹ M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, coll. Cahiers du CRID, vol. 23, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 154; J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 95; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 348-349; D. MOUGENOT, «La preuve et les nouvelles technologies», in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, p. 164.

⁴² Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, «Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017», *R.D.T.L.*, 2017/3-4, p. 37; Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 196.

⁴³ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 196. Voy. également H. JACQUEMIN, «Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique», in H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 119.

⁴⁴ P. LECOCQ, «La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles», *op. cit.*, p. 17; D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 158; D. MOUGENOT, «La preuve et les nouvelles technologies», *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵ B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par e-mail ou par SMS. [...]», *op. cit.*, p. 809; D. MOUGENOT, «La preuve et les nouvelles technologies», *op. cit.*, p. 161.

⁴⁶ Cité par P. LECOCQ, «La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles», *op. cit.*, p. 18.

⁴⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 130 et les très nombreuses références doctrinales.

⁴⁸ Une des premières définitions de l'écrit a été proposée par R. ABRAHAM, «La preuve civile par magnétophone», *J.T.*, 1963, p. 585.

⁴⁹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 130. Voy. M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», in *Actes du colloque sur la preuve des 12 et 13 mars 1987*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1987, p. 8.

⁵⁰ Voy. M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», *op. cit.*, pp. 5 et s.; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 122.

⁵¹ Voy. *infra*: B. La signature électronique, point 2. Voy. également : directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.U.E., n° L 13 du 19 janvier 2000 et directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O.U.E., n° L 178 du 17 juillet 2000.

⁵² Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 119 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *J.T.*, 2001, p. 114; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *op. cit.*, p. 131; D. MOUGENOT, «Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil?», *Ubiquité*, n° 7, p. 121; P. VAN OMMESSLAGHE, «Vers une définition de l'écrit en droit des obligations», in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 577.

⁵³ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 140.

Dans le cadre d'une approche fonctionnelle ou dite « fonctionnaliste »⁵⁴, il convenait donc de déterminer, dans un premier temps, les fonctions de l'écrit.

2. Les fonctions de l'écrit

Bien que le législateur belge n'ait pas souhaité pendant longtemps définir le concept d'écrit, les travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire mettent en évidence les fonctions de l'écrit, lesquelles sont au nombre de trois⁵⁵:

- **Lisibilité**: les informations contenues doivent pouvoir être accessibles à la compréhension humaine grâce à un procédé approprié. Selon l'exposé des motifs, cette lisibilité peut être directe ou indirecte⁵⁶. Soit les signes sont directement intelligibles en ce sens qu'ils sont connus par le destinataire. Soit les signes sont intelligibles de manière indirecte, moyennant une traduction réalisée par une personne ou au moyen d'un procédé technique (un ordinateur ou un logiciel par exemple)⁵⁷. L'exigence de pérennité porte uniquement sur l'information et « n'est pas forcément dépendante de l'unicité du support, du mode de fixation des signes et du langage utilisé »⁵⁸.
- **Stabilité**: l'exigence de stabilité⁵⁹ ou la fonction de pérennité suppose que « l'information doit pouvoir être lue ultérieurement, dans un certain délai,

après avoir été fixée sur un support »⁶⁰. La fonction de pérennité est relative en ce qu'elle dépend du support choisi et du procédé utilisé pour fixer les signes sur celui-ci⁶¹.

- **Inaltérabilité de l'information**: l'écrit doit avoir pour fonction de préserver l'intégrité ou l'inaltérabilité de l'information⁶² en ce sens que le document ne peut être modifié, volontairement ou involontairement, avec une efficacité plus ou moins grande, par les parties ou par des tiers. Nous préférons également le terme « intégrité » à celui d'« inaltérabilité », lequel paraît absolu. En effet, aucun procédé, traditionnel ou électronique, ne permet de garantir de façon absolue que l'information ne peut être modifiée⁶³. Cette fonction est relative: « suivant ses caractéristiques, le procédé utilisé permet de garantir, plus ou moins, l'intégrité de l'information »⁶⁴.

3. La définition de l'écrit en droit belge: évolution sous l'impulsion du droit européen

L'article 9 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique imposait aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la

électronique », in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 2001, p. 72; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 141. Hervé Jacquemin estime que le terme stabilité n'est pas le plus approprié pour désigner uniquement le caractère durable de l'information (in *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 128, n° 81).

⁶⁰ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 124.

⁶¹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 124 et la note de bas de page n° 376 et p. 125. Voy. sur le caractère relatif de la fonction de pérennité: D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies », note sous Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 473: « si on ne peut pas exiger de l'écrit qu'il reste lisible pendant des dizaines d'années, il doit à tout le moins rester lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses fonctions ».

⁶² Le rapport fait au nom de la commission de la Justice par Bart Somers relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-0038/008, p. 26) vise le caractère inaltérable de l'information. Hervé Jacquemin estime, à juste titre selon nous, qu'il est excessif d'exiger que l'information soit inaltérable. L'écrit doit préserver l'intégrité de l'information.

Cette fonction d'inaltérabilité est critiquée par certains auteurs: voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 144-145; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, pp. 124-125.

⁶³ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 127; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 144-145.

⁶⁴ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 127.

H. JACQUEMIN explicite clairement le caractère relatif de la fonction de maintien de l'intégrité de l'information: « Par exemple, on modifie plus facilement le contenu d'un document Word, enregistré sur le disque dur d'un ordinateur qu'une dédicace gravée dans la pierre. Mais cela ne signifie pas que l'intégrité n'est garantie que dans le second exemple. Pour reprendre l'argument de l'écriture au crayon, nous reconnaissons que le document écrit à l'encre indélébile résiste mieux aux modifications que celui qui est rédigé au crayon. Un coup de gomme passe plus inaperçu que d'éventuelles tentatives pour effacer l'encre. [...] le mode de fixation au crayon possède des qualités d'intégrité – certes relativement réduites mais qui existent néanmoins –, ce qui justifie que la jurisprudence ait accepté de qualifier le document d'écrit ».

⁵⁴ P. LECOCQ, « La preuve en droit civil: rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 19; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 140. Voy. *supra*: Section 1. point D. Théorie des équivalents fonctionnels.

⁵⁵ Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-0038/006, p. 7. Ces fonctions sont également énoncées dans le Projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 49-2141/001, pp. 7-8. Voy. également J.-B. HUBIN, « La preuve électronique: développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 94; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 141; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, pp. 163-164; E. DAVIO, « Preuve et certification sur internet », *op. cit.*, p. 663; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution – Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles-Diegem, Bruylant-Kluwer, 1996, p. 54.

⁵⁶ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 123; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002/27, p. 555.

⁵⁷ M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, pp. 6-8; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 123; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 53.

⁵⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 125, n° 78.

⁵⁹ Le terme stabilité est utilisé au sein du rapport fait au nom de la commission de la Justice par Bart Somers relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-0038/008, p. 26. Voy. également Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 55; E. DAVIO, « Preuve et certification sur internet », *op. cit.*, pp. 663-664; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 124; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *op. cit.*, p. 555; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie

conclusion des contrats par voie électronique»⁶⁵. L'élément constitutif de l'acte sous seing privé que constitue l'écrit a donc fait l'objet d'une définition légale, laquelle est inspirée de propositions doctrinales antérieures qui visaient à intégrer l'écrit numérique au paysage probatoire⁶⁶.

Initialement inscrite au sein de l'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁶⁷, cette règle est désormais reprise au sein de l'article XII.15 du C.D.E.⁶⁸. Comme nous avons pu le souligner, cette disposition générale est inspirée de la théorie des équivalents fonctionnels, en vertu de laquelle une exigence de forme « ne se définit pas par référence à un procédé déterminé, mais au regard des fonctions qu'elle permet de remplir »⁶⁹.

Sont assignées à l'écrit, les fonctions d'intégrité (ou inaltérabilité), lisibilité et stabilité.

Ainsi, l'article XII.15 du Code de droit économique a initialement défini l'écrit comme « une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette disposition consacre les fonctions de lisibilité et de stabilité de l'écrit, tout en rejetant celle d'inaltérabilité, qui est la fonction la plus difficile à rencontrer pour un procédé électronique⁷⁰.

La définition de l'écrit a été modifiée par l'article 8 de la loi du 20 septembre 2018 en ces termes : « l'exigence d'un écrit est satisfaite par un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission »⁷¹.

Dans l'environnement numérique, la liste de procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits ou de supports durables est longue. Il en va ainsi du document

⁶⁵ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000.

⁶⁶ P. LECOCQ, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷ Art. 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 : « [...] l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

⁶⁸ Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du livre XII, « Droit de l'économie électronique », dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au livre XII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014.

⁶⁹ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 196. Voy. également H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *op. cit.*, p. 119.

⁷⁰ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 96 ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », *op. cit.*, p. 125.

⁷¹ Loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018.

en format Word ou PDF, enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, du CD rom ou d'une clé USB. Un courrier électronique, enregistré dans la messagerie du destinataire, peut constituer un écrit, tout comme un SMS⁷².

4. La définition de l'écrit au sein du livre 8 du nouveau Code civil

L'écrit est défini à l'article 8.1, 1°, du nouveau Code civil comme « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un papier ou tout autre support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ».

Cette définition est désormais identique à la règle qui figure à l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique vu ci-avant, et ce, depuis sa modification par la loi du 20 septembre 2018.

Le Conseil d'État, au sein de son avis, avait critiqué l'absence de concordance parfaite entre les deux définitions de l'écrit : « Même si l'article 8.1, 1°, en projet – tout comme l'article 5.34, § 2, 1°, du nouveau Code civil – définit la notion d'« écrit » en s'inspirant, selon les travaux préparatoires, de la définition énoncée à l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique, les définitions adoptées diffèrent sensiblement. À l'inverse de la définition prévue dans le Code de droit économique, celle du nouveau Code civil fait expressément référence à la fonction du maintien de l'intégrité de l'écrit. Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, il paraît utile de consacrer ces définitions dans le Code civil et de modifier le Code de droit économique en tenant compte des modifications apportées ou en opérant par renvois »⁷³.

Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a décidé non pas de modifier la définition de l'écrit reprise au sein de l'article 8.1, 1°, du nouveau livre 8, mais de préciser que les définitions utilisées au sein des législations particulières (comme par exemple le Code de droit économique), soient conçues ou revues en vue d'adopter sur ces questions une méthode cohérente, qui devrait être celle présidant à l'œuvre de codification en cours⁷⁴. Cette question n'a cependant plus lieu d'être concernant la notion d'« écrit » vu la modification de l'article XII.15, § 2, du C.D.E. par l'article 8 de la loi du 20 septembre 2018.

Les fonctions de durabilité et d'intégrité, habituellement assignées à l'écrit, sont mises en évidence. La définition se veut large, ouverte et s'applique à toute forme d'écrit, rédigé sur n'importe quel support. Elle vise donc aussi bien l'écrit traditionnel, apposé sur un support papier, que d'autres formes d'écrits, pour autant qu'ils soient compréhensibles et présentent une certaine durabilité. La

⁷² Voy. *infra*, C. L'acte sous signature privée, 2. Application aux SMS, aux courriers électroniques et autres formes d'écrits électroniques. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 369.

⁷³ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 80.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 6.

définition respecte « le principe de neutralité technologique »⁷⁵, de sorte qu'elle vise tant l'écrit papier que l'écrit électronique et peut s'adapter aux évolutions technologiques futures.

Comme dit ci-avant, la définition fait également référence au respect de l'intégrité de l'information⁷⁶. Actuellement, la fonction du respect de l'intégrité de l'acte était assignée à la signature électronique visée à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Assigner une telle fonction à la signature et non à l'écrit avait été fortement critiqué en doctrine⁷⁷. L'option prise par le législateur est donc salubre.

Le mécanisme utilisé pour créer l'écrit doit idéalement empêcher la modification de l'information ou, à tout le moins, rendre cette modification détectable, afin de dissuader ses auteurs ou les tiers d'apporter des changements à l'information. Tel est également le cas avec le support écrit traditionnel mais en pareille hypothèse, les modifications sont plus facilement visibles. Des mécanismes électroniques qui remplissent la même fonction pourront également être considérés comme des écrits (comme un SMS ou un *e-mail*). Il n'est pas nécessaire que la modification soit visible à l'écran. Il suffit qu'elle soit traçable dans le système utilisé. Un simple doute quant à l'intégrité d'un document ne suffit pas à considérer qu'il ne s'agit pas d'un écrit⁷⁸.

Enfin, relevons que le texte vise tout support, lequel doit conférer à l'écrit ses fonctions de durabilité et d'intégrité. L'article 8.1, 1^o, du nouveau livre n'utilise pas la notion de « support durable » qui a été introduite par l'article 3, 1^o, de la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique⁷⁹ au sein de l'article I.1, 15^o, du Code de droit économique. Le support durable y est désormais défini comme : « tout instrument permettant à une personne physique ou morale de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière lui permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées. Peut constituer un support durable, lorsque ces fonctions sont préservées, le papier ou, dans l'environnement numérique,

⁷⁵ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 199. Les auteurs précisent que le principe de neutralité technologique vise à « concourir à l'adoption de dispositions normatives neutres, qui s'abstiennent de désigner une technologie déterminée » (voy. H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *op. cit.*, p. 126).

⁷⁶ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 6.

⁷⁷ E. MONTERO, « Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, coll. CUP, vol. 54, Liège, 2002, p. 70.

⁷⁸ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 6.

⁷⁹ Loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018. Voy. également Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3153/001, p. 12.

un courrier électronique reçu par le destinataire ou un document électronique enregistré sur un dispositif de stockage ou attaché à un courrier électronique reçu par le destinataire ».

Les fonctions de support durable sont identiques à celles de l'écrit⁸⁰. Ce concept est né dans les années nonante sous l'impulsion du législateur européen⁸¹ et visait à substituer à la notion d'écrit entendue de façon restrictive (uniquement l'écrit « papier ») une nouvelle notion, adaptée au développement de la technologie informatique⁸². Quelle que soit la formulation, il ressort de ces définitions que le support durable doit remplir trois fonctions, lesquelles sont identiques à celles de l'écrit⁸³. Le support durable doit d'abord garantir la pérennité de l'information, ensuite préserver son intégrité et enfin, assurer sa lisibilité^{84 85}.

Pour comprendre la notion de support durable, on peut également se référer à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 juillet 2012 : la Cour rappelle que les fonctions de l'écrit et du support durable sont les mêmes, dès lors qu'il s'agit de deux solutions fonctionnellement équivalentes⁸⁶.

⁸⁰ Voy. pour une analyse en droit français : A. AYEWOUDAN, « Section II. – Les enjeux de la preuve électronique », in *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 194-210.

⁸¹ Voy. art. 6, § 3, de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171 du 7 juillet 1999, pp. 12-16 ; utilisant les concepts de support durable et de support papier, voy. art. 5, § 1, de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.U.E.*, n° L 271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24 ou art. 13, § 1, a), de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.U.E.*, n° L 9 du 15 janvier 2003, pp. 3-10. Voy. Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, n° 54-3153/001, pp. 11-12.

⁸² Projet de loi précité, n° 54-3153/001, p. 12.

⁸³ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 367 et s., n° 278 et M. DEMOULIN, « La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

⁸⁴ La fonction de lisibilité se déduit de l'utilisation des verbes « consulter » ou « reporter ». Pour pouvoir consulter les informations ou s'y reporter, il faut nécessairement qu'elles soient lisibles. Par ailleurs, pour être en mesure de consulter les informations, il est nécessaire que les signes soient intelligibles et accessibles, de sorte que le langage qu'ils expriment puisse être compris. Voy. Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, n° 54-3153/001, p. 13.

⁸⁵ Projet de loi précité, n° 54-3153/001, pp. 12-13.

⁸⁶ C.J.U.E., 5 juillet 2012, *Content Services*, aff. C-49/11, §§ 40-41. Voy. également les §§ 42 et 43 : « Le support durable, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7, doit garantir au consommateur, de manière analogue à un support papier, la possession des informations mentionnées à cette disposition pour lui permettre de faire valoir, le cas échéant, ses droits. Dans la mesure où un support permet au consommateur de stocker lesdites informations qui lui ont été adressées personnellement, garantit l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et offre aux consommateurs la possibilité de les reproduire telles quelles, ce support doit être considéré comme « durable » au sens de ladite disposition ».

Pour une analyse de cet arrêt, voy. Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 29-30.

L'écrit et le support durable doivent ainsi être considérés comme des termes génériques, fonctionnellement équivalents, susceptibles de viser des procédés utilisés dans l'environnement traditionnel (le support papier) ou dans l'environnement numérique (un courriel)⁸⁷.

B. La signature électronique

Introduction

La signature n'a pas reçu de définition en 1804.

La Cour de cassation belge définit habituellement la signature comme étant «la marque manuscrite par laquelle une personne révèle habituellement son identité aux tiers» et «tracée directement sur le document original même»⁸⁸. La Haute juridiction a toujours repris la notion de signature dans son sens restrictif et matérialiste ; à savoir une indication manuscrite du nom apposée directement sur un support papier.

Une telle définition s'accommodait mal à l'évolution technologique.

Sous l'impulsion du législateur européen⁸⁹, il a donc paru nécessaire au législateur belge de lever les obstacles juridiques constituant un frein au développement des nouvelles technologies et des transactions électroniques et de renforcer, en même temps, la sécurité et la confiance des consommateurs et des citoyens dans l'utilisation des procédés électroniques.

La directive 1999/93/CE a été transposée en droit belge dans deux législations distinctes :

- la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification⁹⁰ ;

⁸⁷ Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, n° 54-3153/001, p. 17.

⁸⁸ Cass., 28 juin 1982, arrêt n° F-19820628-10 (20201).

⁸⁹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.U.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000. Pour une analyse de la directive 1999/93/CE, voy. D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 122.

⁹⁰ Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001.

Nous n'aborderons pas les dispositions de la loi relative aux prestataires de services de ratification qui réglementent l'activité de ces derniers sous réserve de l'article 4, §§ 4 et 5.

En effet, l'article 4, § 4, assure la transposition de la clause d'assimilation contenue à l'article 5.1 de la directive sur les signatures électroniques. Concrètement, les signatures électroniques qui répondront à ces conditions seront automatiquement considérées comme des signatures. La loi définit la notion de signature électronique avancée (art. 2, al. 2, 2°).

Le paragraphe 5 de l'article 4 constitue la transcription de l'article 5.2 de la directive relatif à la clause de non-discrimination. Le législateur souhaitait «réaliser l'équivalence absolue entre la signature électronique et la signature manuscrite, tant pour les procédures judiciaires qu'extrajudiciaires» (travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 2001, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50-0322/007, p. 4). Voy. D. GOBERT, «Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001», in *La preuve*, coll. CUP, vol. 54, Liège, 2002, pp. 83-172.

- la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation des moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire⁹¹.

Préalablement à l'analyse du cadre législatif européen et belge, nous rappellerons les fonctions assignées habituellement à la signature.

1. Fonctions de la signature

La signature constitue l'élément clé de l'acte sous seing privé. Elle est le complément de l'écrit qui permet de conférer à un acte son «authenticité»⁹².

Les auteurs s'accordent pour lui assigner une double fonction⁹³ :

- elle doit permettre l'**identification de son auteur**. La signature confère à l'acte son authenticité. Elle en garantit l'origine et apporte la preuve de la présence physique de son souscripteur⁹⁴ ;
- elle **manifeste l'adhésion du signataire au contenu de l'acte**⁹⁵ ; en signant, normalement à la fin de l'acte, l'auteur de la signature manifeste

⁹¹ Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000, p. 42698.

⁹² J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 97 ; M. VAN QUICKENBORNE, «Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé», *R.C.J.B.*, 1985, p. 68.

⁹³ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 161 ; M. VAN QUICKENBORNE, «Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé», *op. cit.*, pp. 68 et s. ; M. ANTOINE et D. GOBERT, «Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification», *R.G.D.C.*, juillet-octobre 1998, p. 290 ; L. GUINOTTE, «La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 19 juillet 2001», *op. cit.*, p. 555 ; E. MONTERO et D. GOBERT, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques», in *Commerce électronique, le temps des certitudes*, coll. Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 21 ; Cass., 25 mars 1993, *Larcier Cass.*, 1993, p. 99.

⁹⁴ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 161.

⁹⁵ M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», *op. cit.*, p. 10 ; D. MOUGENOT, «La preuve : évolution et révolution», in P. Wéry, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 166.

Ainsi et par exemple, un document revêtu d'un paraphe lorsque celui-ci ne vaut que comme accusé de réception n'a pas été admis comme signature (voy. Bruxelles, 8 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 133).

Par contre, la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 septembre 2014, a admis la valeur probante d'un paraphe : «Un paraphe est censé constituer une signature lorsque, par l'apposition de son paraphe sur l'acte, le signataire a manifesté l'intention de s'en approprier le contenu». Elle casse l'arrêt rendu le 25 mars 2013 par la cour d'appel d'Anvers qui avait privé le paraphe de toute valeur probante. Un large pouvoir d'appréciation revient au juge du fond qui doit vérifier si, en apposant son paraphe sur l'acte concerné, la partie a eu la volonté de s'en approprier le contenu. Autrement dit, il convient de vérifier l'existence de l'*animus signandi* dans le chef de la partie qui a apposé son paraphe, en se référant notamment aux circonstances dans lesquelles il a été apposé, à l'endroit où il a été apposé et à la mention faite au regard de ce paraphe («lu et approuvé», par exemple) (voy. Cass., 29 septembre 2014, *Pas.*, 2014, liv. 9, p. 2010, *R.W.*, 2015-2016 (somm.), liv. 9, p. 333, note B. VANDENBERG, *Arr. Cass.*, 2014, liv. 9, p. 2023, *F.J.F.*, 2015 (somm.), liv. 5, p. 141, *J.D.S.C.*, 2015, p. 114, note W. DAVID, *Rev. prat. soc.*, 2013, liv. 4, p. 495, note ; M. ENGLEBERT, C. BRIQUET-MATHIEU, C. DELFORGE et F. RENSON, «Chapitre I – La formation du contrat», in *Chroniques notariales*, vol. 67, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 22.

sa volonté de s'en approprier le contenu⁹⁶. S'il veut échapper aux conséquences de sa signature, l'auteur devra prouver soit un vice de consentement, soit une simulation, soit une fausse signature⁹⁷.

2. Évolution législative européenne et belge

a) Le cadre légal antérieur au règlement eIDAS au niveau belge et européen

Dès 1995, le Conseil de l'Europe énonçait une série de recommandations visant à harmoniser les règles de collecte de la preuve entre les États membres, dont celle de garantir au mieux le caractère irréfutable et l'intégrité des preuves électroniques en développant notamment des procédures et des méthodes techniques de traitement de ces preuves compatibles entre États et en habilitant les autorités compétentes à ordonner la conservation rapide des données⁹⁸.

En 1999, le législateur européen a adopté la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques⁹⁹.

La directive 1999/93/CE avait pour objectif d'assurer une reconnaissance légale aux signatures électroniques sans toucher aux autres notions du droit de la preuve telles que celles d'écrit, d'original ou d'acte sous seing privé¹⁰⁰. Elle s'est inscrite dans une certaine continuité en reprenant les concepts existants et en ouvrant ceux-ci aux nouvelles technologies¹⁰¹. La directive visait, d'une part, à harmoniser les législations ou les initiatives législatives nationales relatives à la reconnaissance juridique de la signature électronique et, d'une part, à mettre en place un cadre juridique européen cohérent pour l'activité des prestataires de service de certification¹⁰².

⁹⁶ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 161; Cass., 30 avril 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 103, cité par D. MOUGENOT.

⁹⁷ M. VAN QUICKENBORNE, «Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé», *op. cit.*, p. 70, n° 6.

⁹⁸ Conseil de l'Europe, recommandation n° R(95)13, Comité des ministres aux États membres, 11 septembre 1995.

⁹⁹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.U.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000, pp. 12-20.

¹⁰⁰ B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», in H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 141.

¹⁰¹ Voy. D. GOBERT et E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *op. cit.*, p. 119; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *op. cit.*, p. 57; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, pp. 141 et s.; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, n° 8; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques – Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *op. cit.*, pp. 192-193.

¹⁰² Considérant n° 28 de la directive européenne sur la signature électronique; R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, *op. cit.*, pp. 201-202; D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 122; D. GOBERT et E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique»,

L'article 5 de la directive contient des clauses dites de non-discrimination et d'assimilation. La clause de non-discrimination vise la reconnaissance de la recevabilité de toute signature électronique tandis que la clause d'assimilation a pour objectif, sur la base de l'approche fonctionnelle, de reconnaître à certaines signatures présentant des garanties de fiabilité et de sécurité la même force probante que celle accordée à la signature manuscrite¹⁰³. Il appartient aux États membres de définir eux-mêmes la force probante assignée à la signature électronique, laquelle doit être équivalente à celle assignée à la signature manuscrite¹⁰⁴.

Comme déjà énoncé, la directive 1999/93/CE fut transposée en droit belge dans deux textes distincts: un texte général – la loi du 20 octobre 2000¹⁰⁵ – introduisant un alinéa 2 à l'article 1322 du Code civil, qui propose une définition fonctionnelle de la signature électronique et consacre sa recevabilité comme preuve en justice, et un texte plus technique, sous la forme d'une loi particulière – la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification – visant à désigner un mécanisme de signature électronique présumé apte à réaliser les fonctions attendues, d'autre part¹⁰⁶.

op. cit., p. 115; Th. VERBIEST et E. WÉRY, «Projet de loi belge sur le commerce électronique: première analyse», actualité du 13 mars 2002, disponible sur le site www.droit-technologie.org, pp. 340-341; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques – Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *op. cit.*, p. 192; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *op. cit.*, p. 86.

¹⁰³ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, *op. cit.*, p. 202; D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, n° 122; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques – Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁴ Considérant 21 de la directive; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁵ Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000, p. 108.

¹⁰⁶ Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070. Elle est appelée la loi «prestataires de service de certification».

Nous n'analyserons pas cette loi au sein de la présente contribution et renvoyons aux écrits qui lui ont été consacrés. Par exemple: R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, *op. cit.*, pp. 221-324; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 258; D. GOBERT, «Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification: analyse de la loi du 9 juillet 2001», *op. cit.*, pp. 83-172; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, pp. 154 et s.; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, pp. 39-82; J. VANDENDRIESSCHE, «De elektronische handtekening», in R. De Corte (éd.), *Praktijkboek Recht en Internet*, Bruges, Vanden Broele, 2013, pp. 1-57.

Précisons simplement que son champ d'application était plus étendu que celui visé à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil puisqu'il déterminait le cadre juridique applicable en toutes matières pour les signatures électroniques.

La directive 1999/93/CE a été remplacée par le règlement eIDAS, soit le règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur¹⁰⁷. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Nous analyserons plus amplement ce règlement qui définit un cadre légal pour différents types de procédés électroniques utilisés à des fins probatoires, dont la signature électronique^{108 109}.

Vu l'effet direct du règlement eIDAS dans l'ordre juridique interne belge, la loi du 9 juillet 2001 a été abrogée. L'entrée en vigueur du règlement européen a été accompagnée par l'adoption en droit belge de la loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII «Droit de l'économie électronique» du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique¹¹⁰.

¹⁰⁷ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.U.E.*, n° L 257 du 28 août 2014, pp. 73-114.

¹⁰⁸ FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 197; H. JACQUEMIN, *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, *op. cit.*; D. GOBERT, «L'identification électronique et les services de confiance dans le règlement eIDAS», *J.D.O.*, 2016, pp. 250-258; M. FERNANDEZ GONZALEZ, «Le règlement eIDAS: l'identification électronique et les services de confiance au service du citoyen et du consommateur», *R.E.D.C.*, 2016, pp. 35-50.

Le règlement eIDAS définit un cadre légal également pour le cachet électronique, l'horodatage électronique, le recommandé électronique et le document électronique.

¹⁰⁹ Comme nous le verrons par après, lors de notre exposé sur le règlement eIDAS, celui-ci reprend le principe de non-discrimination et d'assimilation applicable à chaque procédé électronique. Concrètement, ceux-ci ne peuvent être déclarés irrecevables au motif qu'ils se présentent sous une forme électronique et doivent être assimilés aux procédés «papier» pour autant qu'ils satisfassent à diverses exigences, en particulier lorsqu'ils sont produits en ayant recours à un service de confiance qualifié. Un service de confiance est «un service électronique normalement fourni contre rémunération qui consiste en la création, la vérification et en la validation de signatures électroniques, de cachets électroniques, d'horodatage électronique, de services d'envoi recommandé d'envoi électronique et de certificats relatifs à ces services [...]» (art. 3.16 du règlement eIDAS). Le service de confiance est dit qualifié lorsqu'il répond à certaines exigences précisées par le règlement eIDAS; ces exigences sont liées à l'intervention d'un tiers de confiance afin de garantir la fiabilité et la sécurité du procédé électronique utilisé.

Voy. FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 197 et spéc. note de bas de page numérotée 68.

¹¹⁰ Loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII «Droit de l'économie électronique» du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016, p. 67478.

b) Focus sur l'article 1322, alinéa 2, du Code civil

1° INTRODUCTION

La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation des moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire a inséré à l'article 1322 du Code civil un second alinéa libellé comme suit:

«Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte».

Le nouvel alinéa de l'article 1322 du Code civil transpose en droit belge les principes de non-discrimination et d'assimilation vus ci-avant¹¹¹. La signature est donc abordée selon une approche fonctionnelle, s'attachant à mettre en exergue les fonctions essentielles remplies traditionnellement par la signature.

Cet article du Code civil coexiste, à l'heure actuelle, avec le règlement eIDAS¹¹².

2° FONCTIONS DE LA SIGNATURE AU SENS DE L'ARTICLE 1322, ALINÉA 2, DU CODE CIVIL

Les exigences imposées par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil étaient conformes aux deux fonctions habituellement assignées à la signature.

Premièrement, la signature doit être imputable à son auteur¹¹³. Elle doit permettre d'identifier le signataire, que l'on puisse s'assurer de l'identité de l'interlocuteur.

Deuxièmement, la doctrine a largement critiqué le fait que le législateur n'ait pas pris le parti d'insérer une définition fonctionnelle reprenant l'ensemble des fonctions assignées habituellement à la signature dont la fonction d'adhésion¹¹⁴. Néanmoins, les auteurs ont toujours considéré que bien que la fonction d'adhésion au contenu de l'acte ne soit pas inscrite telle qu'elle dans le texte, elle «y figure implicitement sous la notion d'imputabilité éclairée par les travaux préparatoires, et se déduit, du, reste de la théorie générale de la signature»¹¹⁵.

¹¹¹ Art. 5.2 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

¹¹² B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 142.

¹¹³ *Ibid.*, p. 143.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 143; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 69; D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, pp. 193-194.

¹¹⁵ L. GUINOTTE, «La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 19 juillet 2001», *op. cit.*, p. 558; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 143; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 69; D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 193; justification de l'amendement n° 12 du gouvernement à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunications dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire du 13 juin 2000, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000,

Enfin, le second alinéa de l'article 1322 du Code civil requiert de la signature électronique qu'elle permette de maintenir l'intégrité du contenu de l'acte¹¹⁶. Cette exigence n'est habituellement pas reconnue à la signature manuscrite et est absente de la définition de la signature figurant à l'article 2.1. de la directive du 13 décembre 1999. Elle se retrouve par contre, dans celle de la signature électronique avancée qui doit «être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable» (art. 2.2., d)¹¹⁷.

Comme le précise justement Étienne Montero, «fallait-il pour autant exiger de toute signature électronique qu'elle établisse le maintien de l'intégrité pour être admise à titre de signature? Tout se passe comme si l'intangibilité du contenu de l'acte instrumentaire ne pouvait résulter que du mécanisme de signature»¹¹⁸. La réponse est négative. La garantie d'intégrité de l'acte dans un environnement électronique peut être assurée par d'autres procédés techniques tels qu'un support irréversible ou un système d'archivage assuré par un tiers de confiance¹¹⁹. La fonction du maintien de l'intégrité de l'acte peut également être assurée par certaines formes de signatures électroniques et notamment la signature électronique¹²⁰ qualifiée qui repose sur la technique de la cryptographie asymétrique, dont la fonction de hachage permet de garantir l'intégrité du fichier signé.

La doctrine a considéré qu'en insérant cette exigence d'intégrité à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, le législateur avait créé une discrimination entre la signature électronique et la signature manuscrite¹²¹. La signature électronique doit en effet, pour être assimilée à une signature manuscrite, remplir

n° 50-0038/006, p. 11 et le rapport fait au nom de la commission de la Justice par Bart Somers le 30 juin 2000, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-0038/008, p. 30.

¹¹⁶ E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁷ J.-B. HUBIN, «La preuve électronique: développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, pp. 102-103; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 70; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 143.

¹¹⁸ E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ H. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 198; J.-B. HUBIN, «La preuve électronique: développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 103; E. MONTERO, «La signature électronique au ban de la jurisprudence», *D.A.O.R.*, 2011, p. 238.

¹²¹ M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, p. 592; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 144; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 71; Y. POULLET et M. ANTOINE, «Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique», in FRNB/KFBN, *Authenticité et informatique – Authenticité en informatique*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000, p. 358, n° 10. *Contra*: P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *op. cit.*, p. 113, n° 97.

davantage de fonctions que la signature manuscrite¹²². Partant, l'ajout de cette condition est de nature à priver d'efficacité juridique la signature électronique ordinaire¹²³. L'intégrité apparaît comme une condition de l'écrit sous format électronique et non de la signature¹²⁴. En effet, le support papier permet de maintenir l'intégrité du document car il rend les modifications de l'écrit facilement décelables et donc, plus difficiles¹²⁵. La signature manuscrite ne permet pas en tant que telle le maintien de l'intégrité de l'acte.

Bénédicte Losdyck propose une lecture de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil conforme au principe de non-discrimination et au principe d'équivalence fonctionnelle¹²⁶: «tel qu'il est formulé, cet alinéa n'exige pas que les fonctions d'imputabilité et de maintien de l'intégrité du contenu de l'acte soient remplies par la signature électronique en elle-même, mais plutôt par "un ensemble de données électroniques". En effet, l'article 1322 est formulé comme suit: "Peut satisfaire à l'exigence d'une signature [...] un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte". [...]».

3° CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1322, ALINÉA 2, DU CODE CIVIL ET ÉVOLUTION

Le champ d'application de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil a fait couler beaucoup d'encre.

D'une part, seule la signature électronique est visée sans couvrir d'autres formes de signatures manuscrites ne satisfaisant pas aux conditions posées habituellement ou à d'autres écrits signés non électroniques¹²⁷.

D'autre part, il convenait de préciser la portée des termes «pour l'application du présent article» figurant à l'alinéa 2 de l'article 1322 du Code civil.

¹²² H. JACQUEMIN, «Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique», in *Pas de droit sans technologie*, coll. CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 70; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 149.

¹²³ E. MONTERO, «La signature électronique au ban de la jurisprudence», *op. cit.*, p. 238.

¹²⁴ M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, p. 591; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, n° 13; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 150. Nous verrons *infra* si le législateur belge a pu ré-appréhender cette condition.

¹²⁵ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 205.

¹²⁶ Selon Marie Demoulin, le fait d'assigner à la signature électronique visée à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil cette fonction de maintien de l'intégrité de l'acte déroge au principe d'équivalence fonctionnelle «dans la mesure où il y a asymétrie entre les qualités fonctionnelles de la signature manuscrite et de la signature électronique» (M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, p. 592).

¹²⁷ E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *op. cit.*, p. 49.

Certains auteurs, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi¹²⁸, ont estimé que sa portée était limitée au droit de la preuve tandis que l'article 1322, alinéa 2, du Code civil avait pour vocation à s'appliquer à tous les actes sous seing privé sans pour autant déroger aux régimes spécifiques prévoyant des obligations supplémentaires. Cette disposition « déterminerait donc uniquement les conditions dans lesquelles un acte sous seing privé signé électroniquement possède une certaine force probante »¹²⁹.

Ce principe a été modifié par l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information¹³⁰, aujourd'hui intégrée (notamment) à l'article XII.15 du C.D.E. qui stipulait (avant sa modification par la loi du 20 septembre 2018) que :

« § 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer : que l'exigence expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 »¹³¹.

Le paragraphe 2 de l'article XII.15 prévoit clairement que le régime mis en place à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 est étendu au formalisme non probatoire¹³². Le principe consacré à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil concerne toutes les branches du droit¹³³.

Il est important de préciser que vu l'articulation difficile entre l'article 1322, alinéa 2, et la définition de la signature électronique reprise au sein du règlement eIDAS, le législateur a modifié l'article XII.15 du C.D.E. en remplaçant le § 2 par les termes suivants : « que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signa-

¹²⁸ Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-0038/008, p. 29. Ainsi et par exemple, les articles 970 et 1326 du Code civil restent intégralement applicables. De même, les règles pour l'établissement d'un chèque, d'un billet à ordre ou d'une lettre de change demeurent inchangées.

¹²⁹ H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 48 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 19 juillet 2001 », *op. cit.*, p. 558.

¹³⁰ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

¹³¹ L'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 stipule : « Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale » (principe d'assimilation). Voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 212.

¹³² B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 145 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 216 ; H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 49.

¹³³ E. MONTERO, « Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *op. cit.*, p. 56.

ture est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 3.10. du règlement 910/2014¹³⁴, soit à l'article 3.12 du règlement 910/2014¹³⁵.

c) Le règlement eIDAS

1° LES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LE RÈGLEMENT

Après quinze ans d'application de la directive 1999/93/CE, le législateur européen a estimé que cette directive était insuffisante, constatant notamment que l'Union européenne ne disposait encore d'aucun cadre transnational et intersectoriel complet de nature à garantir des échanges électroniques sûrs, fiables et aisés, qui recouvre tant l'identification et l'authentification électroniques que les services de confiance autres que la signature électronique¹³⁶.

Le 23 juillet 2014, l'Union européenne a donc adopté le règlement eIDAS relatif à l'identification électronique et aux services de confiance qui remplace la directive 1999/93/CE sur la signature électronique et les prestataires de service de certification depuis le 1^{er} juillet 2016¹³⁷.

Le règlement eIDAS définit un cadre juridique s'appliquant à l'offre des services qui interviennent au moment de la conclusion, de la transmission et de la conservation d'un acte juridique dans un processus totalement électronique¹³⁸. Le règlement vise donc le cycle de vie complet du document électronique ainsi qu'aux différents intervenants y prenant part¹³⁹.

Parmi les nombreux objectifs poursuivis par le règlement, nous pouvons raisonnablement mettre en avant trois objectifs principaux et rassembleurs. Le premier consiste à lever les obstacles au fonctionnement du marché intérieur, obstacles qui sont notamment de nature juridique et technique. La levée de ces

¹³⁴ Le renvoi à l'article 1322, alinéa 2, a été supprimé par l'article 8 de la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique (*M.B.*, 10 octobre 2018). Il est désormais fait référence à la signature ordinaire visée à l'article 3.10 du règlement eIDAS.

¹³⁵ Le renvoi à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 a été supprimé par l'article 30 de la loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

¹³⁶ H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 198.

¹³⁷ *J.O.U.E.*, n° L 257 du 28 août 2014.

¹³⁸ D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur les services d'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *R.D.T.L.*, 2014, n° 56, p. 36. Sur l'objet du règlement et les deux limites à son domaine d'application : voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 198.

¹³⁹ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 155.

différents obstacles grâce au règlement devait notamment permettre à l'avenir de s'acquitter de formalités administratives transfrontières de manière plus aisée et rapide, telles que l'inscription d'un étudiant par voie électronique dans une université à l'étranger, le dépôt en ligne par un contribuable de sa déclaration de revenus dans un autre État membre, l'accomplissement de formalités relatives à la santé par un patient à l'étranger.

Le second objectif vise à susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques, particulièrement transnationales. Cet objectif s'avère à ce point important qu'il est exprimé dans l'intitulé du règlement lui-même ainsi que dans les premières lignes de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission : « Le présent exposé décrit le cadre juridique qui est proposé pour susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques au sein du marché intérieur. Instaurer un climat de confiance dans l'environnement en ligne est essentiel au développement économique. En effet, si les consommateurs, les entreprises et les administrations n'ont pas confiance, ils hésiteront à effectuer des transactions par voie électronique et à adopter de nouveaux services ».

Le troisième objectif consiste à renforcer la sécurité juridique, au profit tant des prestataires de services que des utilisateurs de ces services. Les États membres sont tenus de reconnaître les moyens d'identification électronique notifiés conformément au règlement. Ils sont également tenus d'accepter les services de confiance qualifiés et de leur reconnaître les effets juridiques consacrés par le règlement¹⁴⁰. Précisons que le règlement ne souffle mot sur les hypothèses selon lesquelles une identification, une signature, une datation ou un envoi recommandé serait requis juridiquement, question qui relève de la prérogative des États membres. À partir du 1^{er} juillet 2016, chaque citoyen européen utilisant des services électroniques de signatures mais aussi d'horodatage, de recommandé et d'authentification de site internet a bénéficié des effets juridiques conférés par le règlement à chacun de ces services de confiance qualifiés et non qualifiés. Les cours et tribunaux des États membres sont en outre tenus de leur reconnaître des effets juridiques¹⁴¹.

Le législateur belge a adopté la loi du 21 juillet 2016 qui met en œuvre ce règlement et le complète en consacrant des dispositions visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique¹⁴².

¹⁴⁰ M. FERNANDEZ GONZALEZ, « Le règlement eIDAS : l'identification électronique et les services de confiance au service du citoyen et du consommateur », *op. cit.*, p. 40.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

Voy. *infra*, au sein du même point 2, d), 1°.

2° LES PRINCIPES D'ASSIMILATION ET DE NON-DISCRIMINATION

Concernant les effets juridiques des signatures électroniques, le règlement reprend les clauses déjà bien connues, d'une part, de non-discrimination et, d'autre part, d'assimilation qui avaient été consacrées par la directive européenne du 13 décembre 1999. Il simplifie toutefois la formulation de ces clauses, ce qui rend plus aisées leur lecture et leur compréhension.

– Le principe d'assimilation

L'article 25, alinéa 2, du règlement européen reprend le principe d'assimilation en vertu duquel le juge est tenu d'assimiler le procédé de signature électronique qualifiée à une signature manuscrite. Il dispose : « L'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite »¹⁴³. Le règlement européen n'en dit pas davantage, de telle sorte qu'il appartient toujours au droit national de définir l'effet juridique produit par la signature manuscrite.

L'acte sur lequel est apposée la signature électronique qualifiée est donc à considérer comme un acte sous seing privé faisant pleine foi de son contenu, sous réserve d'une procédure en vérification d'écriture (laquelle peut cependant se révéler compliquée en matière de signature électronique – voy. *infra*).

Si la signature électronique utilisée n'est pas qualifiée, celle-ci ne peut pas se voir refuser un effet juridique au (seul) motif qu'elle se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas à toutes les exigences de la signature électronique qualifiée¹⁴⁴. Pour le reste, et ici aussi, il appartient au droit national de définir l'étendue des effets juridiques produits par les signatures électroniques non qualifiées. En l'espèce, et actuellement, il appartient au juge belge de se livrer à un examen de la signature électronique sous l'angle de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et d'apprécier si le procédé utilisé remplit les fonctions reconnues à la signature¹⁴⁵.

¹⁴³ Notons que tous les services de confiance qualifiés bénéficient d'une clause d'assimilation ou de présomptions. L'article 35.2. dispose qu'« Un cachet électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'intégrité des données et d'exactitude de l'origine des données auxquelles le cachet électronique qualifié est lié », l'article 41.2. énonce qu'« Un horodatage électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et d'intégrité des données auxquelles se rapportent cette date et cette heure » et, enfin, selon l'article 43.2, « Les données envoyées et reçues au moyen d'un service d'envoi recommandé électronique qualifié bénéficient d'une présomption quant à l'intégrité des données, à l'envoi de ces données par l'expéditeur identifié et à leur réception par le destinataire identifié, et à l'exactitude de la date et de l'heure de l'envoi et de la réception indiquées par le service d'envoi recommandé électronique qualifié ».

Voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁴ M. FERNANDEZ GONZALEZ, « Le règlement eIDAS : l'identification électronique et les services de confiance au service du citoyen et du consommateur », *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁵ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 157.

– Le principe de non-discrimination

Le règlement eIDAS consacre le principe de non-discrimination, contenu initialement au sein de la directive 1999/93/CE. Cette disposition avait été transposée au sein de l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001. L'article 25, alinéa 1^{er}, du règlement énonce : « L'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée »¹⁴⁶.

Il est important de préciser deux points :

- premièrement, contrairement au principe d'assimilation, la clause de non-discrimination bénéficie à tout type de signature électronique¹⁴⁷ ;
- deuxièmement, la combinaison des principes de non-discrimination et d'assimilation implique que : « si en vertu du principe de non-discrimination, la recevabilité d'une signature électronique en justice est certaine, son assimilation à une signature manuscrite (avec les effets juridiques qui en découlent) n'est toutefois qu'une possibilité réservée au juge qui appréciera la mesure dans laquelle les fonctions de la signature sont remplies (sauf s'il s'agit d'une signature qualifiée) »¹⁴⁸.

3° LES TROIS TYPES DE SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

Le règlement distingue trois types de signatures électroniques : la signature électronique ordinaire, la signature électronique avancée et enfin, la signature électronique qualifiée.

– La signature électronique ordinaire

Constitue une signature électronique, des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer¹⁴⁹.

Le législateur européen a mis l'accent sur l'importance de l'existence d'un lien matériel entre la signature et l'acte électronique. « Il faut que les données de signature électroniques ne puissent être disjointes ou dissociées de l'acte auquel elles se rapportent »¹⁵⁰. L'objectif est de ne pas dissocier la signature électronique

¹⁴⁶ Voy. également le considérant 49 du règlement : « Le présent règlement devrait établir le principe selon lequel une signature électronique ne devrait pas se voir refuser un effet juridique au motif qu'elle se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas à toutes les exigences de la signature électronique qualifiée. Toutefois, il appartient au droit national de définir l'effet juridique produit par les signatures électroniques, à l'exception de l'exigence prévue dans le présent règlement selon laquelle l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée devrait être équivalent à celui d'une signature manuscrite ».

¹⁴⁷ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 158.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 158. Voy. également H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁹ Art. 3.10 du règlement eIDAS.

¹⁵⁰ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 160.

de l'acte auquel elle est attachée, sous peine de faire perdre les effets juridiques susceptibles d'être reconnus audit acte¹⁵¹.

Le signataire doit en outre avoir la volonté, en apposant les données électroniques, de signer¹⁵². Le règlement européen reste cependant muet sur la portée du terme « signer ». Selon Bénédicte Losdyck, « ce silence peut en tout cas s'interpréter comme une volonté du législateur européen de laisser aux États membres la faculté de déterminer ce qu'implique le fait de signer »¹⁵³. Comme nous avons pu le voir, le droit belge appréhende la notion de signature via une démarche fonctionnelle¹⁵⁴. Envisagée sous cet angle et au vu des deux fonctions traditionnellement assignées à la signature, la signature électronique ordinaire au sens du règlement eIDAS suppose que le signataire ait la volonté de s'identifier et d'adhérer au contenu de l'acte¹⁵⁵.

Comme énoncé ci-avant, en vertu du principe de non-discrimination, l'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique ordinaire comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée. La force probante d'une telle signature est inexistante ou faible. Seule sa recevabilité ne peut être contestée. « En cas de contestation d'une telle signature devant les cours et tribunaux, il appartient à la partie qui s'en prévaut de démontrer que la signature a été utilisée pour signer, et donc que le procédé utilisé remplit les fonctions énumérées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil [...] afin de convaincre le juge de lui donner des effets juridiques sur le plan probatoire »¹⁵⁶ et de considérer le procédé qui lui est présenté comme une signature¹⁵⁷. Le magistrat devra procéder à une analyse des moyens techniques utilisés et vu la technicité des questions posées, mandatera au besoin un expert informatique.

Dans le cadre de l'analyse des effets juridiques d'une telle signature, nous renvoyons également au point relatif à la force probante des signatures scannées¹⁵⁸.

¹⁵¹ Cela s'explique par le fait que dans l'environnement traditionnel, c'est le papier qui assure le lien entre la signature et l'acte auquel celle-ci se rattache, mais dans l'environnement électronique, la signature électronique « peut avoir une existence autonome ». Voy. B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 160 et D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 217.

¹⁵² Voy. H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 72 ; B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 160.

¹⁵³ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 161.

¹⁵⁴ M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, pp. 587-593 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 188-189.

¹⁵⁵ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 161.

¹⁵⁶ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 162. Voy. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁷ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 105 et D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 166.

¹⁵⁸ Voy. *infra*, 4. Problématique de la signature scannée, au sein du même point B. relatif à la signature électronique.

– La signature électronique avancée

Au sens du règlement eIDAS, une signature électronique avancée est une signature électronique qui satisfait aux exigences cumulatives suivantes :

- a) être liée au signataire de manière univoque ;
- b) permettre d'identifier le signataire ;
- c) avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et
- d) être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable¹⁵⁹.

Conformément aux principes du droit de la preuve, en cas de contestation, il appartient à la partie qui s'en prévaut de faire la démonstration que le procédé électronique répond aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Même si les effets juridiques conférés à la signature avancée ne sont pas différents de ceux attribués à la signature électronique ordinaire, un juge sera tout de même plus enclin à lui donner une valeur probante puisqu'elle repose sur un procédé techniquement plus fiable¹⁶⁰. Selon Jean-Benoît Hubin, « s'agissant de la signature électronique avancée, la quatrième exigence de l'article 26 du règlement eIDAS, qui conduit ce procédé électronique à rendre détectable toute modification ultérieure des données auxquelles il est associé rejoint la fonction d'intégrité exigée par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil »¹⁶¹. Il incombe à la partie qui s'en prévaut de démontrer que la technologie utilisée rencontre les exigences de l'article 26 du règlement eIDAS, ce qui s'apparente à démontrer qu'elle remplit les exigences de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil¹⁶².

– La signature électronique qualifiée

Le règlement eIDAS envisage un troisième type de signature électronique : la signature électronique qualifiée. Celle-ci doit répondre aux exigences de la signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique¹⁶³.

Ce format de signature fait appel aux ressources d'un prestataire de service de confiance qualifié, à savoir une entreprise soumise à un organe de contrôle, qui fournit un service électronique, en principe contre rémunération consistant en la création et la vérification et la validation de signatures électroniques¹⁶⁴. Les tiers de confiance ont un rôle important à jouer puisque la « confiance

¹⁵⁹ Art. 3.11 et 26 du règlement eIDAS.

¹⁶⁰ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 164 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 99.

¹⁶¹ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 104.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Art. 3.12 du règlement eIDAS.

¹⁶⁴ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 99-100.

des utilisateurs ne pourra s'instaurer que si les transactions électroniques sont garanties par un tiers neutre »¹⁶⁵. Le service de confiance vient attester, par la délivrance d'un certificat, que les fonctions attendues du procédé électronique utilisé sont rencontrées.

Le dispositif de création de signature électronique, pour être considéré comme qualifié, doit réunir les conditions suivantes¹⁶⁶ :

- 1) Il garantit au moins, par des moyens techniques et des procédés appropriés, que :
 - a) la confidentialité des données de création de la signature électronique utilisées pour créer la signature électronique est suffisamment assurée ;
 - b) les données de création de signature électronique utilisées pour créer la signature ne peuvent être pratiquement établies qu'une seule fois ;
 - c) l'on peut avoir l'assurance que de telles données ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée de manière fiable contre toute falsification par les moyens techniques actuellement disponibles ;
 - d) les données de création de la signature électronique peuvent être protégées de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.
- 2) Il ne modifie pas les données à signer et n'empêche pas la présentation de ces données au signataire avant la signature.
- 3) Seul un prestataire de service de confiance qualifié peut s'être vu confier la génération ou la gestion de données de création de signature électronique pour le compte du signataire.
- 4) Sans préjudice du paragraphe 1, point d), un prestataire de services de confiance qualifié gérant des données de création de signature électronique pour le compte d'un signataire ne peut reproduire les données de création de signature électronique qu'à des fins de sauvegarde, sous réserve du respect des exigences suivantes :
 - a) le niveau de sécurité des ensembles de données reproduits doit être équivalent à celui des ensembles de données d'origine ;
 - b) le nombre d'ensembles de données reproduits n'excède pas le minimum nécessaire pour assurer la continuité du service¹⁶⁷.

Enfin, la signature électronique doit reposer sur un certificat qualifié, soit sur « une attestation électronique qui associe les données de validation d'une signature électronique à une personne physique et confirme au moins le nom ou le pseudonyme de cette personne »¹⁶⁸ et qui est « délivrée par un prestataire de services de confiance qualifié et répondant aux exigences énumérées à l'an-

¹⁶⁵ D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 220.

¹⁶⁶ Voy. art. 3.12 du règlement eIDAS et Annexe II du règlement eIDAS.

¹⁶⁷ Annexe II du règlement eIDAS – Exigences applicables aux dispositifs de création de signature électronique qualifiés.

¹⁶⁸ Art. 3.14 du règlement eIDAS.

nexe I du règlement». Concrètement, l'utilisateur d'une signature électronique qualifiée dispose d'un certificat qualifié émis par un prestataire de services de confiance qualifié et qui établit un lien irréfutable entre une clé de chiffrement et son propriétaire¹⁶⁹.

En pratique également, seule la signature électronique basée sur la cryptographie asymétrique répond aux exigences imposées par le règlement européen¹⁷⁰. La signature électronique réalisée sur la base du certificat de signature contenu dans la puce de la carte d'identité électronique constitue un exemple d'une signature électronique qualifiée. La carte d'identité est dotée de deux certificats distincts qui ont des fonctions distinctes : un certificat d'authentification qui permet à son titulaire de s'identifier de manière volontaire en vue d'accéder à certaines informations/documents personnel(le)s sur une plateforme électronique sécurisée et un certificat de signature électronique qualifiée qui permet de signer des actes par voie électronique¹⁷¹.

La signature électronique qualifiée est assimilée de plein droit à une signature manuscrite en vertu de l'article 25, § 2, du règlement. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la recevabilité de celle-ci¹⁷². Lorsque le procédé électronique correspond à la définition de la signature électronique qualifiée au sens de l'article 3.12 du règlement eIDAS, le juge doit reconnaître sa force probante et doit donc considérer que l'écrit électronique auquel cette signature est liée constitue un acte sous seing privé, sans que les cours et tribunaux aient à se prononcer sur le respect des conditions fixées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil¹⁷³.

Néanmoins, rappelons qu'en droit belge, l'article 1322, alinéa 2, du Code civil exige que le procédé électronique remplisse les fonctions d'imputabilité (fonctions d'identification et d'adhésion habituellement reconnues à la signature) et de maintien d'intégrité de l'acte électronique. Nous avons vu que cette dernière exigence est contestée et conduit à distinguer la signature manuscrite de la signature électronique. Exiger que la signature électronique ordinaire remplisse une condition complémentaire de maintien de l'intégrité de l'acte apparaît contraire à la réglementation européenne¹⁷⁴ et à la définition fonctionnelle

¹⁶⁹ Art. 3.14 du règlement eIDAS. J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁰ Voy. *infra* au sein du même point B. La signature électronique, 3. Signature électronique, cryptographie et certificat. Voy. B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 166.

¹⁷¹ E. DEGRAVE et C. DE TERWANGNE, «Règlement eIDAS et secteur public : la carte d'identité électronique», in H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361-380.

¹⁷² M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, p. 277 ; J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 100 ; B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 166.

¹⁷³ J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 104.

¹⁷⁴ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, p. 219.

classique de la signature¹⁷⁵. Comme énoncé ci-avant, l'exigence de maintien de l'intégrité de l'acte est une fonction assignée habituellement à l'écrit et non à la signature.

Nous verrons par après, si le législateur belge a pu, au sein du nouveau livre 8 du Code civil, proposer une définition différente de la signature électronique en supprimant l'exigence d'intégrité attachée aux signatures électroniques par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil actuel.

d) Dispositif législatif belge depuis l'adoption du règlement eIDAS

1° LA LOI DU 21 JUILLET 2016

Deux ans après l'adoption du règlement eIDAS et quelques jours après son entrée en application (1^{er} juillet 2016), le législateur belge a adopté la loi du 21 juillet 2016 qui met en œuvre ce règlement et le complète en consacrant des dispositions visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique¹⁷⁶.

La loi du 21 juillet 2016 insère un titre 2 «Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance» dans le livre XII «Droit de l'économie électronique» du Code de droit économique.

Brièvement, relevons qu'au sein de cette loi, le législateur détermine précisément les sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions du règlement et de la loi belge relatives aux services de confiance précités. Il désigne aussi officiellement l'organe de contrôle et détermine ses pouvoirs, organe qui va jouer un rôle essentiel dans la procédure de lancement des services de confiance «qualifiés», dans le contrôle des prestataires qui les offrent ainsi que pendant la période transitoire permettant aux prestataires qualifiés sous le règne de la directive de 1999 de se «régulariser». Le législateur profite de l'occasion pour abroger la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ainsi que la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance. Le renvoi au sein de l'article XII.15, § 2 (définition

¹⁷⁵ J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 102 ; E. MONTERO, «Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique», *op. cit.*, p. 69.

¹⁷⁶ Loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII «Droit de l'économie électronique» du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

de la signature) à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 est donc supprimé et remplacé par un renvoi à l'article « 3.12. du règlement 910/2014 »¹⁷⁷.

2° LA LOI DU 20 SEPTEMBRE 2018

La loi du 20 septembre 2018 a également modifié l'article XII.15 du C.D.E. en supprimant le renvoi à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil¹⁷⁸. Consacrant la théorie des équivalents fonctionnels, il est désormais rédigé comme suit dans le domaine de la signature électronique :

« § 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer :

[...]

- que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 3.10. du règlement 910/2014, soit à l'article 3.12. du règlement 910/2014 ».

Le législateur belge a également consacré un corps de règles complet et cohérent visant à encadrer juridiquement l'offre et l'utilisation des services d'archivage électronique. Les règles belges s'inscrivent dans les objectifs et la philosophie du règlement eIDAS. Elles reprennent les mêmes principes que ceux édictés par ce règlement pour les autres services de confiance (signature, cachet, horodatage, recommandé électronique). Elles visent à couvrir tant l'archivage électronique de documents originellement électroniques que l'archivage électronique de documents papier (dans le cadre d'une numérisation-scan). Au-delà du régime original relatif à l'archivage électronique, la loi belge consacre également des dispositions relatives à l'envoi recommandé hybride, à la révocation, la suspension et l'expiration des certificats qualifiés de signature et de cachet électroniques, à la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié, à l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié offrant un ou plusieurs services de confiance qualifiés et à la possibilité d'identifier une personne physique qui se cache derrière un pseudonyme ou un cachet électronique.

Les États membres pouvaient refuser d'appliquer la théorie des équivalents fonctionnels à certains types d'opérations contractuelles, au rang desquelles figurait la vente immobilière. Le législateur belge a effectivement usé de cette faculté en adoptant l'article 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, devenu aujourd'hui l'ar-

ticle XII.16 du C.D.E. L'article XII.16¹⁷⁹ énonçait donc une série d'exceptions au principe de l'équivalence fonctionnelle visée l'article XII.15 du C.D.E. en ce qu'il prévoyait que cette disposition n'est pas applicable à différents types de contrats tels que :

- 1° les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ;
- 2° les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique,
- 3° les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ;
- 4° les contrats relevant du droit de la famille et du droit des successions ».

Cette disposition a été largement critiquée par la doctrine notamment en matière de vente immobilière¹⁸⁰. Il était en effet peu pertinent de maintenir ce type d'exclusion dès lors que les articles 25 et 46¹⁸¹ du règlement eIDAS contiennent un principe de non-discrimination en vertu duquel la recevabilité d'un document électronique comme preuve en justice ne peut être refusée au seul motif que ce document se présente sous un format électronique¹⁸².

Plus de quinze ans après l'adoption de la directive du 8 juin 2000, le législateur a estimé que l'exception visée à l'article XII.16 du C.D.E. ne se justifiait plus, ce qui présentera l'avantage de mettre fin à une controverse jurisprudentielle synonyme d'insécurité juridique. Désormais, l'application de la règle de l'équivalence fonctionnelle, consacrée par l'article XII.15 du C.D.E., se voit généralisée : elle demeure la règle, en ce compris désormais dans les cas d'exclusion visés à l'article XII.16 du C.D.E. Un tempérament existe cependant : en effet, le juge pourra néanmoins décider, dans les quatre secteurs concernés – en particulier le secteur de la vente immobilière –, d'écarter la règle de l'équivalence fonctionnelle lorsqu'il constate « l'existence d'obstacles pratiques à la réalisation d'une exigence légale ou réglementaire de forme dans le cadre du processus de conclusion d'un contrat par voie électronique ».

Quels sont les « obstacles pratiques à la réalisation d'une exigence légale ou réglementaire de forme » ? Les travaux préparatoires précisent que le juge pourrait par exemple écarter l'application du principe consacré par l'article XII.15 du C.D.E. lorsqu'il « n'existe pas de solutions électroniques pour assurer les qualités fonctionnelles de l'exigence de forme » ou bien lorsque « toutes les parties ne sont pas en mesure opérationnelle/organisationnelle de conclure le

¹⁷⁷ Pour une analyse de cette loi, voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, pp. 201 et s.

¹⁷⁸ Art. 8 de la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018.

¹⁷⁹ L'article XII.16 transpose l'article 9, § 2, de la directive 2000/31 du 8 juin 2000.

¹⁸⁰ B. KOHL et Fr. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par SMS. [...] », *op. cit.*, p. 814.

¹⁸¹ L'article 46 du règlement eIDAS consacre le principe de non-discrimination entre les documents écrits et les documents électroniques.

¹⁸² J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 97.

contrat par voie électronique»¹⁸³. Le premier exemple est peu compréhensible : en application de la théorie des équivalents fonctionnels, le procédé électronique utilisé se doit de respecter les fonctions assignées à la signature ou à l'écrit. À défaut, il ne peut y avoir d'équivalence et, partant, d'application de l'article XII.15 du C.D.E.

3. Signature électronique, cryptographie et certificats

a) Diversité de procédés techniques permettant de signer un document électronique

La notion de «signature électronique» regroupe un ensemble de procédés techniques ayant recours à la technologie électronique afin de générer une signature de sorte qu'il n'existe pas une signature électronique mais bien un ensemble infini de types et de formes de signature électronique¹⁸⁴.

Le concept de signature électronique vise ainsi «une notion générique englobant diverses techniques susceptibles de se voir reconnaître la valeur juridique d'une signature dans la mesure où elles permettent de remplir certaines fonctions propres à celle-ci», à savoir la fonction d'identification de l'auteur du message et celle d'adhésion au contenu de ce dernier.

Ainsi constituent des procédés techniques permettant de signer des messages : la numérisation (par scanner par exemple) de la signature manuscrite ; l'utilisation d'une carte avec bande magnétique ou à puce associée à un mot de passe ou à un code secret (code PIN¹⁸⁵)¹⁸⁶ ; l'usage de signatures biométriques réalisées par le biais d'une reconnaissance des vaisseaux dans la rétine de l'œil (rétinoscopie), de l'empreinte digitale (dactyloscopie), de la configuration de la main (amnogéométrie), etc.¹⁸⁷.

Néanmoins, tous ces procédés techniques ne permettent pas de répondre, comme nous le verrons, pleinement aux conditions essentielles d'identification de l'auteur ou d'adhésion au contenu de l'acte. Un manque de fiabilité sera mis en exergue.

Par contre, la signature «digitale» ou «numérique» qui est fondée sur la cryptographie asymétrique permet de réaliser de façon satisfaisante ces trois

¹⁸³ Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, n° 54-3153/001, p. 22.

¹⁸⁴ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, op. cit., p. 173. D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121 ; Th. VERBIEST et E. WÉRY, «Droit de l'internet et de la société de l'information», in *Droit européen, belge et français*, coll. Création-Information-Communication, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 357 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, «Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification», op. cit., p. 287.

¹⁸⁵ *Personal Identification Number*.

¹⁸⁶ D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121.

¹⁸⁷ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, op. cit., p. 174.

fonctions et offre donc davantage de fiabilité en termes de sécurité pour procéder à l'échange de documents électroniques dans le cadre d'un réseau ouvert¹⁸⁸.

b) La cryptographie symétrique et asymétrique

La cryptographie est «la technique permettant de chiffrer des données, c'est-à-dire de transformer des données lisibles en des données inintelligibles pour quiconque à l'exception de la personne destinataire des données dotée des moyens de déchiffrement, et, inversement, de les déchiffrer»¹⁸⁹. Sa fonction première est donc «de transformer un message afin de le rendre confidentiel : seul son destinataire qui possède la clef de déchiffrement pourra en prendre connaissance»¹⁹⁰.

Seuls l'auteur et le destinataire du message peuvent donc accéder au contenu du message. La cryptographie recourt, pour les opérations de chiffrement et déchiffrement, à l'utilisation d'algorithmes et à des conventions secrètes appelées clés¹⁹¹.

L'algorithme est une formule mathématique permettant la conversion de données lisibles en des données sous un format codé. Une clé est une suite de caractères (chiffres et/ou lettres) qui a une valeur numérique unique, dont la longueur est définie en nombre de nits, qui est utilisée par l'algorithme de cryptographie et qui est d'autant plus fiable que sa longueur est grande¹⁹², qu'elle ne laisse paraître aucune information et qu'elle est générée de façon aléatoire¹⁹³.

Il est à noter qu'il existe deux types de cryptographie : la cryptographie symétrique et la cryptographie asymétrique¹⁹⁴.

La cryptographie symétrique ou à clé simple (ou clé secrète) repose sur l'emploi d'une seule clé secrète utilisée par l'émetteur et le destinataire du message pour chiffrer et déchiffrer celui-ci¹⁹⁵. La cryptographie symétrique offre

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 175 ; D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121.2 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, «Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification», op. cit., pp. 287, 292 et 295.

¹⁸⁹ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, op. cit., p. 175 ; D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121.2. Voy. J.-N. COLIN, «Du secret à la confiance... Quelques éléments de cryptographie», in H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 7-28.

¹⁹⁰ D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121.2., p. 172.

¹⁹¹ D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121.2. et «Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspective», op. cit., p. 79.

¹⁹² D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., n° 121.2., spéc. pp. 174 et s.

¹⁹³ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, op. cit., p. 175.

¹⁹⁴ D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., p. 173 et «Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspective», op. cit., p. 79.

¹⁹⁵ D. MOUGENOT, «La preuve», op. cit., p. 174 ; E. DAVIO, «Preuve et certification sur internet», op. cit., p. 666 ; Th. VERBIEST et E. WÉRY, op. cit., p. 360 ; D. MOUGENOT, «Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspective», op. cit., p. 79 ; R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, op. cit., p. 177 ; J.-N. COLIN, «Du secret à la confiance... Quelques éléments de cryptographie», op. cit., p. 10.

donc « des moyens puissants pour garantir la confidentialité des données, mais leur mise en œuvre s'accompagne de difficultés importantes liées au nombre de clés à gérer, et au fait que les clés doivent être partagées, ce qui augmente considérablement leur surface d'attaque »¹⁹⁶.

La cryptographie asymétrique repose sur l'utilisation d'une double clé : une clé privée dont le titulaire doit préserver le caractère privé et confidentiel et une clé publique que le titulaire peut communiquer librement pour qu'elle soit connue d'un public aussi large que possible¹⁹⁷. L'utilisation de la cryptographie asymétrique garantit l'origine et l'intégrité du message, soit le fait que c'est bien tel émetteur qui en est l'auteur et que ce message n'a pas pu être modifié¹⁹⁸.

4. Problématique de la signature scannée

L'admissibilité au titre de « signature » de la signature scannée a posé question¹⁹⁹. Un contentieux a vu le jour dans le contexte de recours contre des décisions administratives de refus d'accès au territoire ou d'éloignement des étrangers²⁰⁰.

Devant le Conseil d'État²⁰¹ ou le Conseil du contentieux des étrangers, les requérants faisaient valoir que la signature, simplement copiée par le biais

¹⁹⁶ J.-N. COLIN, « Du secret à la confiance... Quelques éléments de cryptographie », *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 357; M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », *op. cit.*, p. 292; R. BISCIART, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, *op. cit.*, p. 178; E. DAVIO, « Preuve et certification sur internet », *op. cit.*, p. 667; I. GOES et E. LUYSTERBORG, « Présentation de la loi belge fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques », in *La nouvelle législation sur la signature électronique et les prestataires de service de certification*, colloque U.C.L. 25 septembre 2001, p. 6; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 19 juillet 2001 », *op. cit.*, pp. 555-556; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, pp. 77-84; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 172 et « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspective », *op. cit.*, p. 79; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, p. 360.

¹⁹⁸ H. JACQUEMIN et Y. POULLET, « Blockchain : une révolution pour le droit ? », *J.T.*, 2018/36, n° 6748, n° 7.

¹⁹⁹ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, pp. 139-174; J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes », *R.D.T.I.*, 2014, p. 122; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n° 121; E. MONTERO, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *op. cit.*, n° 98, pp. 231 et s.; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 256; Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 43-45.

²⁰⁰ Voy. E. MONTERO, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 238 et s.; B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 139; J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes », *op. cit.*, p. 122; J. VANDENDRIESSCHE, « An overview of some recent case law in Belgium in relation to electronic signatures », *Digital Evidence and Electronic Law Review*, vol. 7, 2010, pp. 90-100.

²⁰¹ Voy. arrêt du Conseil d'État du 8 mai 2009, n° 193.106, lequel va donner raison au requérant en estimant que la signature scannée ne peut être considérée comme une signature électronique. Pour une analyse de cet arrêt voy. E. MONTERO, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 231 et J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes », *op. cit.*, pp. 127 et s.

d'un scanner sur la décision administrative, ne répondait pas à la définition de la signature électronique ordinaire et encore moins à celle de signature électronique avancée.

Le Conseil du contentieux des étrangers, dans son arrêt motivé du 19 novembre 2009²⁰², estime que la signature scannée qui figure sur la décision peut être considérée comme une signature électronique « ordinaire » au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 9 juillet 2002²⁰³. La juridiction poursuit en précisant que le fait qu'un document se présente sous la forme d'une impression papier ne fait pas perdre le caractère électronique de la signature²⁰⁴. Après avoir rappelé le principe de non-discrimination dont bénéficie toute signature électronique (dont une signature scannée), il est rappelé qu'une signature électronique ordinaire peut être considérée comme l'équivalent d'une signature manuscrite pourvu qu'elle remplisse les fonctions traditionnellement dévolues à cette dernière, à savoir l'identification du signataire et la manifestation de son adhésion au contenu de l'acte²⁰⁵. Le système Evibel, utilisé par l'Office des étrangers, est considéré comme fiable²⁰⁶ de telle sorte que la décision est valablement signée et n'est entachée d'aucune irrégularité.

La cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 11 octobre 2013, énonce qu'une signature scannée apparaissant sur un document est une signature électronique et qu'elle ne perd pas cette qualité par le fait qu'elle est reproduite sur un document papier. La cour rouvre les débats afin de vérifier si cette signature électronique remplit les fonctions d'identification et d'adhésion²⁰⁷. Dans son arrêt du 14 février 2014, elle se satisfait d'une attestation fournie par l'employé de la caisse d'assurances sociales qui a reconnu la signature utilisée²⁰⁸.

Nous partageons la position de Jean-Benoît Hubin selon laquelle « pour qu'une signature scannée puisse passer le test de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil avec succès, elle doit pouvoir être accompagnée d'une documentation technique adéquate, exposant notamment au juge le procédé de numérisation de la signature employé, les modalités d'accès à cette signature numérisée et les garanties techniques prévenant toute modification ultérieure du docu-

²⁰² Conseil du contentieux des étrangers, 19 novembre 2009, n° 34364.

²⁰³ Points 3.12 à 3.15 de l'arrêt.

²⁰⁴ Point 3.16 de l'arrêt.

²⁰⁵ Point 3.19 de l'arrêt.

²⁰⁶ Une note technique est déposée par l'Office des étrangers, laquelle démontre à suffisance que le système est ainsi conçu qu'une fois la décision prise, elle ne peut plus être modifiée. Au sein de sa décision, le Conseil du contentieux des étrangers a expressément mis en évidence que les informations techniques communiquées par l'Office des étrangers garantissent que l'accès à la signature scannée du fonctionnaire compétent nécessitait l'emploi de *login* et de mots de passe personnels.

²⁰⁷ Bruxelles, 11 octobre 2013, *J.T.*, 2014, p. 62, *B.S.J.*, n° 510, décembre 2013, note K. ROSTER, « La signature scannée : quelle valeur sur le plan juridique ? »; J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes », *op. cit.*, pp. 122 et s.

²⁰⁸ Pour une rigoureuse analyse juridique de ces arrêts, voy. J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes », *op. cit.*, pp. 129-134.

ment signé »²⁰⁹. Cette analyse est conforme aux arrêts rendus par le Conseil du contentieux des étrangers^{210 211}.

5. La signature électronique au sens du livre 8 du nouveau Code civil : évolution sans révolution

Introduction

Comme nous avons pu l'analyser, la définition de la signature électronique introduite à l'article 1322, alinéa 2, par la loi du 20 octobre 2000 était critiquée par la doctrine pour son caractère inadéquat et son articulation difficile avec les principes du règlement eIDAS²¹². Les auteurs avaient justement critiqué le fait que la fonction du maintien de l'intégrité du contenu de l'acte avait été assignée à la signature électronique par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. L'article 1322, alinéa 2, du Code civil imposait à la signature électronique une exigence qui n'était pas attendue de la signature dans le monde papier²¹³. Comme nous avons déjà pu le souligner, il eût été préférable de conférer la fonction d'intégrité au support numérique ou aux processus techniques y afférents plutôt qu'à la signature électronique²¹⁴.

La définition reprise à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil est donc supprimée par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve ».

a) Définition générale de la signature

L'article 8.1, 2°, du nouveau livre 8 du Code civil mentionne une définition de la signature applicable aussi bien aux signatures manuscrites qu'aux signatures électroniques. La signature consiste en « un signe ou une suite de signes tracés à la main, par voie électronique ou par un autre procédé, par lesquels une personne s'identifie et manifeste sa volonté »²¹⁵.

²⁰⁹ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 105.

²¹⁰ Conseil du contentieux des étrangers, 19 novembre 2009, n° 34364; 17 décembre 2009, n° 36074; 14 octobre 2010, n° 49536, 14 octobre 2010, n° 49537; 8 février 2011, n° 55673.

²¹¹ Pour d'autres applications jurisprudentielles et commentaires : voy. FL. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 43-45.

²¹² B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, pp. 170-172; FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 198.

²¹³ FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 198; E. MONTERO, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 238; E. MONTERO, « Effets juridiques de la signature électronique en droit belge », *op. cit.*, n° 12; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 219.

Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 6.

²¹⁴ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 1710.

²¹⁵ Art. 8.1, 2°, C. civ.

La définition reprend donc les deux fonctions de base généralement reconnues à la signature, à savoir permettre d'imputer la signature à une personne et manifester une volonté à l'égard de l'acte signé. La manifestation de volonté qu'exprime la signature peut avoir pour objet l'adhésion au contenu mais aussi d'autres manifestations (réceptionner un document/confirmer sa présence). Il est clair c'est évidemment la fonction d'adhésion qui est visée, et ce, en conformité avec la portée d'une signature. Comme le précise l'exposé des motifs, il peut y avoir d'autres fonctions assignées à la signature mais les deux fonctions mentionnées « constituent le minimum admis par tous les auteurs et les actes internationaux (loi type CNUDCI sur la signature électronique et guide d'incorporation de 2001, point 29) »²¹⁶.

b) La définition de la signature électronique

La définition de la signature électronique qui figure à l'article 8.1, 3°, du nouveau livre 8 du Code civil est un simple renvoi aux articles 3.10. à 3.12 du règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE (règlement eIDAS).

Comme nous l'avons largement analysé, le règlement eIDAS identifie et définit, en son article 3, trois types de signatures électroniques distinctes, qui sont fonction du niveau de sécurité qu'elles permettent d'atteindre.

Il s'agit de :

- la « signature électronique » : des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer²¹⁷. Cette signature englobe tous les types de signatures électroniques et biométriques (par exemple, la reconnaissance vocale, la reconnaissance de l'iris de l'œil, la reconnaissance des empreintes digitales) ou encore les simples codes des cartes bancaires²¹⁸;
- la « signature électronique avancée » : une signature électronique qui satisfait aux exigences fixées à l'article 26 du règlement eIDAS, à savoir qu'elle doit :
 - être liée au signataire de manière univoque ;
 - permettre d'identifier le signataire ;
 - avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et

²¹⁶ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, pp. 6-7.

²¹⁷ Art. 3, § 10, du règlement eIDAS.

²¹⁸ S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », in *Het burgerlijk recht in beweging/Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 99.

- être liée aux données associées de cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable²¹⁹.

Un virement effectué par *e-banking* ou *phone-banking* répond à cette définition²²⁰ ;

- la «signature électronique qualifiée» : une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique²²¹.

Les cartes d'identité électroniques délivrées par les autorités communales permettent de créer une signature qualifiée lorsqu'elles sont utilisées avec un lecteur de carte dans la mesure où elles contiennent un certificat électronique²²².

Le Conseil d'État avait estimé que le renvoi aux points 10, 11 et 12 de l'article 3 du règlement eIDAS (lesquels visent donc trois types de signatures distincts) créait une ambiguïté : «dans la mesure où, lorsque la suite du texte, voire d'autres dispositifs législatifs, utilisent cette notion de "signature électronique", il ne sera pas certain qu'est ainsi visée la seule signature électronique au sens de l'article 3, point 10, du règlement n° 910/2014/UE ou les notions plus exigeantes des points 11 ou 12 du règlement n° 910/2014/UE, qui concernent respectivement la "signature électronique avancée" ou la "signature électronique qualifiée"». Le Conseil d'État reproche donc au projet de ne pas être clair lorsqu'il fait état de «signature électronique» quant au niveau d'exigence visé : général, qualifié ou avancé. Le Conseil d'État estimait opportun que l'article 8.1, 3°, ne vise que l'article 3.10 du règlement eIDAS²²³.

Le législateur n'a pas tenu compte de cette remarque en estimant que le projet mentionne plusieurs types de signature électronique. Lorsqu'aucune précision n'est donnée dans le texte du projet, c'est la signature électronique en général qui est visée (art. 3.10 du règlement eIDAS). S'il est fait référence à la signature électronique qualifiée, le texte du projet le prévoit expressément²²⁴. Le risque de confusion évoqué par le Conseil d'État n'existe donc pas²²⁵.

c) Articulation entre le règlement eIDAS et le nouveau livre 8

Le livre 8 a pour objet de supprimer l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, ce qui est salubre puisque la définition de la signature électronique introduite à l'article 1322, alinéa 2, par la loi du 20 octobre 2000 était critiquée par la doc-

trine pour son caractère inadéquat et son articulation difficile avec les principes du règlement eIDAS²²⁶.

La définition de la signature électronique qui figure à l'article 8.1, 3°, du nouveau livre 8 du Code civil est un simple renvoi aux articles 3.10. à 3.12 du règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE (règlement eIDAS).

Le juge amené à trancher un litige portant sur une signature électronique devra examiner de quel type de signature il s'agit. S'il est confronté à une signature qualifiée au sens du règlement eIDAS, celle-ci sera automatiquement assimilée à une signature manuscrite. Partant, l'acte sous signature électronique disposera d'une force probante équivalente à un acte sous signature manuscrite privée²²⁷.

En vertu du principe de non-discrimination consacré à l'article XII.15 du C.D.E.²²⁸, les autres signatures numériques ne peuvent être privées d'effet au seul motif qu'elles se présentent sous une forme électronique. Le justiciable qui souhaite se prévaloir d'une signature électronique ordinaire devra pouvoir rapporter la preuve, en cas de contestation, qu'il s'agit bien d'une signature, laquelle doit remplir les fonctions d'adhésion et d'identification habituellement reconnues à celle-ci par notre droit national²²⁹. Si tel est le cas, le juge appréciera ensuite la valeur probante de la signature électronique ordinaire qui lui est présentée (le cas échéant, après expertise).

L'unicité des concepts sera, dès l'entrée en vigueur du nouveau livre 8, claire : tant l'article XII.15 du C.D.E. que l'article 8.1, 3°, du Code civil viseront les définitions du règlement eIDAS, lequel consacre également les principes de non-discrimination et d'assimilation.

²¹⁹ Art. 3, § 11, du règlement eIDAS.

²²⁰ S. VAN BREE, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 99.

²²¹ Art. 3, § 12, du règlement eIDAS.

²²² S. VAN BREE, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 99.

²²³ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 83.

²²⁴ Voy. par exemple art. 8.22, al. 5.

²²⁵ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 8.

²²⁶ B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, pp. 170-172 ; Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 198.

²²⁷ Art. 8.18 nouveau C. civ.

²²⁸ Et à l'art. 25 du règlement eIDAS.

²²⁹ B. LOSDYCK, «L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS», *op. cit.*, p. 171 ; H. JACQUEMIN, «Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique», *op. cit.*, p. 83. Si les fonctions de la signature ne sont pas réunies, il ne s'agit pas d'une signature et l'acte présenté ne peut être considéré comme un acte sous signature privée.

C. L'acte sous signature privée

1. L'acte sous signature privée au sein du livre 8 du nouveau Code civil

a) Définition

Comme l'exposent très justement Florence George et Jean-Benoît Hubin, « l'acte sous seing privé fait peau neuve. Sa nouvelle appellation en dit déjà long. Les termes "seing privé", jugés trop archaïques, sont remplacés par signature privée. La modernisation va toutefois au-delà du simple toilettage terminologique »²³⁰.

L'acte sous signature privée est défini par l'article 8.1, 4°, comme « un écrit établi en vue de créer des conséquences juridiques, signé par la ou les parties, avec l'intention de s'en approprier le contenu, et qui n'est pas un acte authentique ».

Il n'est pas précisé qui est l'auteur de l'acte parce que celui-ci peut être établi aussi bien par les parties que par un tiers. L'élément important est la signature des parties, laquelle permet d'identifier son auteur et de manifester sa volonté d'adhérer au contenu de l'acte. La définition initialement proposée au sein de l'avant-projet était un peu « courte » : l'acte sous signature privée était « un écrit signé par une ou les parties »²³¹. En réponse à la remarque du Conseil d'État, la définition initiale a été adaptée pour préciser que la signature de l'acte sous signature privée a pour but de créer des effets juridiques et de s'approprier le contenu de l'acte. Selon les travaux préparatoires, « une signature qui aurait pour seul but d'attester la réception d'un document ne suffit pas à créer un acte sous signature privée »²³².

b) Force probante de l'acte sous signature privée

L'article 8.18 précise la force probante d'un acte sous signature privée : « L'acte sous signature privée fait foi de la convention qu'il renferme entre ceux qui l'ont signé et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ».

Le nouveau Code civil abandonne l'exigence de reconnaissance préalable de l'acte par celui auquel il est opposé, laquelle était prévue par l'article 1322, alinéa 1^{er}, du Code civil. Il s'avérerait effectivement en pratique cette reconnaissance était tacite : « dans l'immense majorité des cas, la reconnaissance est

tacite et résulte du défaut de désaveu de signature. L'indication, tant dans le texte actuel que dans le droit français, de ce que l'acte sous signature privée doit être "reconnu" pour faire foi donne la fausse impression de l'obligation d'une démarche positive de l'auteur présumé de l'acte pour lui donner force probante, alors que c'est l'inverse. La mention de la reconnaissance de l'acte est donc supprimée »²³³.

La force probante d'un acte sous signature privée implique que la conviction du juge est liée par le contenu de l'acte. Les parties sont naturellement libres de rapporter la preuve contraire. Dans un système de preuve libre, la preuve contraire est possible sans limitation. Dans un système de preuve réglementé, au contraire, la preuve contraire ne peut être rapportée que par un autre acte sous signature privée ou authentique (art. 8.9.)²³⁴.

La signature manuscrite et la signature électronique sont évidemment visées. Partant, les actes sous signature privée produits par voie électronique disposeront d'une force probante équivalente aux actes sous signature privée sur support papier.

La signature électronique est en tout cas recevable en justice et doit, partant, être prise en considération par le juge. Au-delà, quelle force probante le juge peut-il lui accorder ?

Si la signature utilisée est une signature électronique qualifiée, l'acte fait foi entre ceux qui l'ont signé.

Si la signature électronique ordinaire n'est pas contestée, le juge reste tenu de lui reconnaître les effets juridiques assignés à une signature manuscrite. En ce cas, comme dit ci-avant, l'acte sous signature électronique est assimilé à un acte sous signature manuscrite. À ce titre, il est donc recevable comme preuve en justice et fait pleine foi de son contenu. Si la signature électronique ordinaire est contestée, il appartiendra au magistrat de vérifier, dans un premier temps, que les fonctions d'identification et d'adhésion sont rencontrées pour ensuite apprécier la valeur probante de l'acte qui lui est soumis. « Ceci devrait permettre à certains écrits électroniques, qui doivent actuellement être considérés comme des commencements de preuve par écrit d'accéder au statut d'actes sous signature privée »²³⁵.

²³⁰ FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 200. Voy. l'exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 8.

²³¹ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 40.

²³² *Ibid.*, p. 8.

²³³ *Ibid.*, p. 28.

²³⁴ *Ibid.*, p. 28.

²³⁵ FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 200-201.

2. Application aux SMS, aux courriers électroniques et autres formes d'écrits électroniques

a) État de la jurisprudence et de la doctrine actuelles en matière d'échanges de SMS

La jurisprudence et la doctrine admettent généralement qu'un SMS constitue un commencement de preuve par écrit, soit un écrit²³⁶ émanant de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué²³⁷.

Dans un arrêt du 21 mai 2015²³⁸, la cour d'appel de Liège s'est fondée sur des SMS pour constater l'existence d'un contrat d'entreprise entre un particulier et une entreprise de terrassement. Le maître de l'ouvrage contestait les montants qui lui étaient réclamés par l'entreprise de terrassement, considérant qu'aucun contrat n'avait été conclu entre parties. À défaut d'acte sous seing privé et en présence d'un litige portant sur une somme supérieure à 375 euros, la cour d'appel retient quatre SMS envoyés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur et constaté par huissier pour considérer que ceux-ci constituent des commencements de preuve par écrit. La cour estime que les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies : « L'intimée ne conteste pas qu'elle est l'auteur de ces SMS et qu'elle les a envoyés à l'appelante [...]. Le contenu de ces SMS est reconnu par l'intimée à qui on les oppose. [...] Il s'agit bien de messages écrits émanant de l'intimée qui rendent vraisemblable le fait allégué, soit l'existence du contrat d'entreprise conclu entre les parties ». Dans un second temps, la cour d'appel va compléter ce commencement de preuve par écrit, « qui constitue une preuve incomplète », au moyen de présomptions et témoignages. Elle estime donc que le contrat d'entreprise a bien été conclu entre parties et que la demande de la société de terrassement est bien fondée.

Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 5 juin 2015²³⁹ : le maître de l'ouvrage contestait l'existence du contrat d'entreprise et soutenait avoir conclu avec le fils de l'entrepreneur mais non avec ce

²³⁶ Il est donc unanimement admis que les SMS et e-mails constituent un écrit. Voy. B. KOHL et Fr. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par SMS. [...] », *op. cit.*, p. 810; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, p. 165, n° 4; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 107-108.

²³⁷ Art. 1347 C. civ. Voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 127.

²³⁸ Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, p. 128. Pour une analyse de l'arrêt : voy. B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *J.L.M.B.*, 2016/31, pp. 1449-1450, n° 48; Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, p. 38.

²³⁹ Liège, 5 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 52. Pour une analyse de l'arrêt : B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *op. cit.*, p. 1449-1450, n° 48; Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, p. 38; J.-Th. GODIN et S. VANVREKOM, « Le contrat d'entreprise : examen de la jurisprudence récente et questions choisies », in *Actualités en droit des contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 98.

dernier. Il n'existait pas d'acte sous seing privé et l'enjeu du litige dépassait 375 euros.

La cour effectue un raisonnement en deux temps : elle analyse la recevabilité (sous l'angle de l'intérêt à agir de l'entrepreneur) pour se concentrer, dans un second temps, sur le fondement de l'action.

Elle énonce : « Sur le plan probatoire il appartient à l'entrepreneur, en sa qualité de demandeur, de justifier de sa qualité et de son intérêt à agir, et partant de rapporter la preuve de l'existence du contrat d'entreprise venu entre les parties.

Le maître de l'ouvrage, appelant, n'étant pas commerçant et la réclamation portant sur une somme supérieure à 375 euros, la preuve de l'existence du contrat doit être rapportée par un écrit conformément à l'article 1341 du Code civil. Un tel écrit n'est pas produit.

Selon l'article 1347 du Code civil, l'exigence de la preuve littérale résultant de l'article 1341 reçoit exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, [...] qui doit être complété par des témoignages ou des présomptions.

L'appelant ne conteste pas être l'auteur de ce SMS et il ne fait valoir aucune contestation quant au contenu de ce SMS. Il s'agit bien d'un message écrit émanant de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué, soit l'existence du contrat d'entreprise conclu entre les parties [...] Il s'agit donc d'un commencement de preuve par écrit, qui sera complété notamment par les commandes effectuées par l'intimé et la location du matériel destiné à être utilisé. La cour retient également l'absence de contestation de facture par le maître de l'ouvrage. Partant, il suit de l'ensemble de ces éléments qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes permettant de considérer que l'appelant a bien traité avec l'intimé, lequel a donc qualité et intérêt à agir en paiement de sa facture. Partant, l'action est dite recevable ».

Quant au fondement, la cour retient notamment l'aveu judiciaire de l'appelant en ces termes : « L'aveu est une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. L'aveu ne peut porter sur la solution qui doit, en droit, être donnée à la contestation. Il doit porter sur un fait entendu au sens large par opposition à la règle de droit. [...] L'article 1341 du Code civil n'interdit pas la preuve par l'aveu qui est un mode de preuve autonome, admissible en toute matière même au-dessus de 375 euros. L'aveu judiciaire peut être fait dans un acte de procédure tel que des conclusions. *In casu*, le maître de l'ouvrage ne conteste pas avoir confié des travaux de terrassement et d'aménagement extérieurs à réaliser par N. L. dans sa propriété. Ses conclusions d'instance précitées constituent un aveu judiciaire et la reconnaissance détaillée des travaux faisant l'objet de la convention ». La cour retient l'existence d'un contrat d'entreprise.

La cour d'appel de Bruxelles a, dans un arrêt du 20 octobre 2015, fait une application de la preuve réglementée dans toute sa rigueur en estimant que dès l'instant où l'entrepreneur ne parvenait pas à fournir le moindre commencement de preuve par écrit, il n'était pas autorisé à utiliser d'autres moyens de preuve, tels que les présomptions et témoignages²⁴⁰.

Dans un arrêt du 29 avril 2013, la cour d'appel d'Anvers se montre (trop) sévère : elle estime qu'un SMS ne pouvait être utilisé à titre de commencement de preuve par écrit dans la mesure où il ne pouvait être établi avec certitude que le SMS avait été envoyé par la partie contre laquelle il était utilisé. La cour a tenu compte du fait qu'il existait des systèmes permettant de s'introduire dans le GSM d'un tiers et d'envoyer un SMS en son nom, à son insu, de même qu'il était possible de manipuler l'identité de la personne envoyant un SMS²⁴¹. Si une personne conteste être l'auteur d'un SMS, la charge de la preuve du détournement de sa carte SIM lui incombe²⁴². Notons que dans ses arrêts de 2015, la cour d'appel avait pris soin de relever que la partie intimée ne contestait pas être l'auteur des SMS envoyés et qu'elle ne remettait pas en cause l'exactitude de leur contenu. Cette précision est fondamentale.

Est par contre contestable et a été utilement contestée la décision du tribunal de première instance de Flandre occidentale qui a estimé, dans une décision du 8 avril 2016, qu'un SMS ne pouvait pas constituer un écrit et donc être utilisé en tant que commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil car celui-ci ne pouvait être imprimé. Comme l'énoncent très justement certains auteurs, « cette jurisprudence, qui est restée isolée, doit être rejetée. En exigeant qu'il puisse faire l'objet d'une impression, le tribunal nous paraît en effet opérer une confusion entre l'écrit et le support sur lequel cet écrit est produit. De plus, d'un point de vue technique, il n'est nullement impossible d'imprimer un SMS, comme semble pourtant s'en convaincre le tribunal de première instance de Flandre occidentale »²⁴³.

b) État de la jurisprudence et de la doctrine actuelles en matière d'échanges d'e-mails

Les juridictions et les auteurs de doctrine concluent régulièrement qu'un e-mail peut constituer un commencement de preuve par écrit pour autant que les conditions énoncées par l'article 1347 du Code civil soient réunies²⁴⁴.

²⁴⁰ Bruxelles, 20 octobre 2015, *T.B.O.*, 2016, pp. 63-64.

²⁴¹ Anvers, 29 avril 2013, *N.j.W.*, 2014, pp. 319-321.

²⁴² J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 108.

²⁴³ FL. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, p. 39.

²⁴⁴ Mons, 19 février 2017, R.G. n° 2005/226, *www.juridat.be*; Liège, 20 octobre 2015, R.G. n° 2014/770, *www.juridat.be*; Anvers, 19 octobre 2015, *N.j.W.*, 2016, pp. 442-445; Gand, 1^{er} octobre 2015, *T. Not.*, 2016, note W. HERMANS, *R.A.B.G.*, 2017, p. 825; Civ. Flandre occidentale (division de Gand), 14 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 292; Anvers, 23 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 262; Civ. Flandre occidentale (divi-

Ainsi et par exemple, la cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 20 octobre 2015, a décidé qu'un e-mail par lequel l'appelant reconnaissait avoir reçu une somme d'argent « gentiment avancée » par l'intimée constituait un commencement de preuve par écrit. L'appelant ne contestait pas être l'émetteur de cet email ni son contenu d'ailleurs. Dès lors, et vu l'absence de contestation, la cour décide que « cet écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée à savoir l'appelant, rend vraisemblable le fait allégué à savoir la remise d'argent par l'intimée à l'appelant avec obligation de remboursement ». Il s'en suit que l'intimée est autorisée à apporter la preuve par toutes voies de droit²⁴⁵.

En pratique, il est assez rare que les e-mails soient contestés. En effet, dans le cadre d'échanges, chacune des parties dispose d'une suite d'e-mails qui se répondent l'un à l'autre. Il existe donc des traces des e-mails expédiés et reçus, et nier l'échange intervenu ne paraît pas opportun sous peine de se faire reprocher sa « mauvaise foi »²⁴⁶. La production d'un e-mail est susceptible de rencontrer des difficultés uniquement lorsque son origine ou son contenu sont contestés ou si la réception de celui-ci est remise en cause. Il ne faut pas oublier que les documents produits en justice sont généralement des impressions papier (copies) des e-mails échangés entre parties. Si une difficulté apparaît et pour autant que les contestations portant sur le courriel électronique soient prouvées, voire vraisemblables, le juge mettra en balance l'importance ou l'enjeu du litige d'une part, et l'opportunité d'une expertise informatique d'autre part, laquelle représentera un coût non négligeable²⁴⁷.

c) Quelle valeur probante pour le SMS ou l'e-mail sous l'angle du nouveau Code civil ?

Les SMS, les e-mails et les messages échangés dans le cadre d'un service de messagerie instantanée (Messenger, WhatsApp...) ainsi que les publications sur des plateformes internet et forums de discussion peuvent constituer un écrit au sens de l'article 8.1, 1^o, du nouveau Code civil, soit « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un papier ou tout autre support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ».

sion de Termonde), 22 mai 2015, *T.B.O.*, 2017, p. 264 (le courrier électronique peut constituer un commencement de preuve par écrit mais n'est pas admis en matière de vente immobilière – voy. *infra*, point d)); J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 108-109; FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 201; FL. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 38 et s.; E. MONTERO, « À propos de la valeur probante des e-mails », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 316-319.

²⁴⁵ Liège, 20 octobre 2015, R.G. n° 2014/770, *www.juridat.be*.

²⁴⁶ E. MONTERO, « À propos de la valeur probante des e-mails », *op. cit.*, p. 316.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 318.

La première question à se poser est la suivante : le procédé utilisé permet-il de préserver l'intégrité du contenu de l'écrit ? Concrètement, le SMS ou l'*e-mail* permettent-ils d'empêcher, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information par les parties ou par les tiers²⁴⁸ ? Rappelons que l'exigence d'intégrité est relative en ce sens que suivant le procédé utilisé permet de garantir, plus ou moins l'intégrité de l'information et rendre traçables les modifications.

Une certaine souplesse doit exister quant à ce. Hervé Jacquemin reprend l'exemple clairvoyant du crayon : « nous reconnaissons que le document écrit à l'encre indélébile résiste mieux aux modifications que celui qui est rédigé au crayon. Un coup de gomme passe plus inaperçu que d'éventuelles tentatives pour effacer l'encre. Cela dit, s'il faut réécrire à la main les passages effacés, et qu'initialement le contrat a été rédigé par l'autre partie, il est possible qu'au moyen d'une étude graphologique, on puisse déceler les différences entre les écritures. Autrement dit, le mode de fixation au crayon possède des qualités d'intégrité – certes relativement réduites mais qui existent néanmoins –, ce qui justifie que la jurisprudence citée ait accepté de qualifier le document d'écrit »²⁴⁹.

S'ils ne sont pas signés, ces écrits pourront valoir à titre de présomptions ou de commencement de preuve par écrit au sens de l'article 8.1, 7°, du nouveau Code civil²⁵⁰. Il s'agit de la consécration de la jurisprudence et de la doctrine actuelles²⁵¹.

Les SMS et *e-mails* signés pourraient se voir reconnaître le statut d'acte sous signature privée. Il faut cependant reconnaître que d'une part, les SMS sont rarement signés au moyen d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3, 12°, du règlement eIDAS²⁵². Il est d'usage de signer un *e-mail* ou un SMS via l'apposition de ses nom et prénom, voire de l'initiale de son prénom couplée à son nom. Une signature scannée est également largement utilisée dans la pratique. Quelle valeur probante peut-être assignée à de tels écrits ? Nous partageons la position qui est de considérer que ces procédés de signature bénéficient du principe de non-discrimination inscrit à l'article 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS²⁵³. Afin de pouvoir reconnaître la valeur probante assignée à une signature, le juge devra vérifier que le procédé utilisé permet à son émetteur de

²⁴⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, op. cit., p. 126.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 128. Voy. également B. KOHL et Fr. ONCLIN, « La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...] », op. cit., p. 810 ; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », op. cit., p. 165, n° 4.

²⁵⁰ L'article 8.1, 7°, du Code civil dispose : « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable l'acte juridique allégué » ;

²⁵¹ Voy. par exemple : H. JACQUEMIN, « Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », op. cit., pp. 87 et s. ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », op. cit., pp. 106 et s. ; Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., pp. 196-202.

²⁵² Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., p. 201.

²⁵³ *Ibid.*, p. 201.

remplir les deux fonctions assignées à celle-ci : l'identification de son auteur et l'adhésion de celui-ci au contenu de l'acte²⁵⁴. Si tel est le cas, le juge reconnaîtra à l'écrit signé la qualité d'acte sous signature privée au sens de l'article 8.1, 4°, du nouveau Code civil et partant, la force probante qui y est réservée par l'article 8.18 du nouveau Code civil. Si le procédé utilisé ne peut être reconnu en tant que signature, l'écrit électronique que constitue le SMS vaudra à titre de présomption ou de commencement de preuve par écrit. En telle hypothèse, il conviendra à la partie qui a la charge de la preuve de compléter ce commencement de preuve par écrit, « qui constitue une preuve incomplète », au moyen de présomptions et témoignages.

Quelle force probante faut-il conférer à un document scanné qui a été rédigé et signé par les deux parties et lequel est joint aux échanges d'*e-mails* ? Nous pouvons considérer que la signature apposée sur le document scanné peut constituer une signature électronique ordinaire. Il appartient au juge d'apprécier si le mode de transmission électronique présente suffisamment de garanties pour s'assurer que celui dont la signature scannée figure sur le document a effectivement signé le document en question²⁵⁵.

Si la personne dont le nom ou les initiales ont été inscrits au bas de l'*e-mail* ou du SMS conteste en être l'auteur, il devra désavouer celle-ci, ce qui pourrait donner lieu à une procédure en vérification d'écriture visée désormais à l'article 8.19 du nouveau Code civil. Afin d'éviter la mise en place de cette procédure lourde et incertaine, en particulier en matière électronique, la partie qui se prévaut de l'écrit électronique pourrait, si les circonstances le permettent²⁵⁶, se limiter à invoquer celui-ci en tant qu'écrit non signé et ainsi faire valoir l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou une présomption²⁵⁷.

Dans l'hypothèse de l'envoi d'un *e-mail*, l'adresse de courrier électronique, lorsqu'elle reprend l'identité de son titulaire, peut-elle constituer une signature électronique. Si l'identification de l'auteur est potentiellement garantie, tel n'est pas le cas de l'adhésion de l'auteur au contenu de l'acte : l'apposition d'une signature implique une démarche volontaire qui doit extérioriser sa volonté²⁵⁸. L'adresse d'un courrier électronique est donc clairement insuffisante.

²⁵⁴ *Contra* : Mons, 26 juin 2001, J.L.M.B., 2004, p. 186 : le fait de placer un nom à la fin d'un texte électronique ne permet pas de garantir l'identité de son auteur et ne constitue pas une signature.

²⁵⁵ Voy. Cass., 3 août 2016, R.G. n° P2016.0862.N.

²⁵⁶ Il va de soi que ce commencement de preuve par écrit ne sera pas suffisant et devra être confirmé par des témoignages, des présomptions ou un aveu extrajudiciaire/judiciaire.

²⁵⁷ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., p. 202. Les présomptions de fait ne bénéficient d'aucune force probante (art. 8.1, 15°, nouveau C. civ.). Elles sont revêtues d'une valeur probante (art. 8.1, 14°, nouveau C. civ.) dans la mesure appréciée par le juge (art. 8.29, al. 2, nouveau C. civ.). Voy. la contribution de Valéry De Wulf au sein du présent ouvrage, n° 72 et s.

²⁵⁸ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., p. 202. Ces auteurs tirent parti, à juste titre, du terme « tracé » figurant à l'article 8.1, 2°, du nouveau Code civil.

d) Une vente immobilière peut-elle être conclue et prouvée par des échanges d'e-mails ou de SMS ?

1° INTRODUCTION

En pratique, il est devenu habituel que les parties s'accordent sur le prix et sur la chose via un échange d'e-mails ou de textos. Faut-il considérer qu'un échange d'e-mails ou de SMS suffit à former définitivement le contrat de vente lorsque celui-ci porte sur un bien immobilier²⁵⁹ ?

Comme nous l'avons vu au sein de la première section, l'article XII.15 du C.D.E. pose, dans le domaine des contrats conclus par voie électronique, la règle de l'équivalence fonctionnelle²⁶⁰.

Le législateur belge avait refusé d'appliquer cet assouplissement à certains types d'opérations contractuelles, au rang desquelles figurait la vente immobilière²⁶¹. L'exclusion contenue au sein de l'article XII.16 du C.D.E. signifiait-elle que l'existence d'une convention de vente immobilière ne pouvait être prouvée par un échange d'écrits dématérialisés, tels que des SMS ou des e-mails ?

2° ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE

Les cours et tribunaux ont été amenés à trancher cette question, principalement en Flandre, mais n'y ont cependant pas apporté une réponse unanime.

Ainsi et par exemple, la cour d'appel d'Anvers²⁶² a été saisie par les vendeurs d'un immeuble qui contestaient l'existence d'un contrat de vente, esti-

mant qu'il n'avait jamais été conclu et que les parties étaient restées au stade des pourparlers. Les acheteurs avaient obtenu gain de cause devant le tribunal de première instance de Turnhout. La cour juge que : « la conclusion d'un contrat par échange d'e-mails doit être considérée comme la conclusion d'un contrat par voie électronique »²⁶³. Or, « il ressort des dispositions de la loi sur le commerce électronique que le contrat de vente portant sur un bien immobilier, comme en l'espèce, ne peut pas être conclu par voie électronique ». La cour d'appel, tirant parti de l'article XII.16 du C.D.E., ne fait pas droit aux arguments des acheteurs qui invoquaient le commencement de preuve par écrit ou l'aveu extrajudiciaire. Cette position est également celle du tribunal de première instance de Flandre occidentale au sein de ses décisions du 13 novembre 2015, 8 avril 2016, 15 avril 2016 et 3 mars 2017²⁶⁴. Notons cependant que si le tribunal retient la position selon laquelle l'article XII.16 du C.D.E. exclut que les courriers électroniques échangés entre parties soient utilisés pour faire la preuve de la formation du contrat de vente, elle retient la responsabilité extracontractuelle des candidats acquéreurs et alloue néanmoins une indemnisation au vendeur. Dans sa décision du 8 avril 2016, il estime en effet que le comportement adopté par les candidats acquéreurs dans cette affaire peut être vu comme une rupture abusive des négociations qui avaient été entamées.

3° CRITIQUES

Cette analyse de l'article XII.16 du C.D.E. faite par la cour d'appel d'Anvers et par le tribunal de première instance de Flandre occidentale est critiquable et a été largement critiquée par la doctrine²⁶⁵.

²⁵⁹ Voy. sur ce point : B. KOHL et Fr. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par SMS. [...] », *op. cit.*, pp. 807 et s.; H. JACQUEMIN, « Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *op. cit.*, pp. 77 et s.; Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 42-43.

²⁶⁰ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 95-96; B. KOHL et Fr. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par SMS. [...] », *op. cit.*, p. 818.

²⁶¹ Art. 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, devenu aujourd'hui l'article XII.16 du C.D.E.

²⁶² Anvers, 19 décembre 2016, D.C.C.R., 2017/115, pp. 80 et s. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Note d'observations : Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *op. cit.*, pp. 77 et s.; J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mails. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *N.j.W.*, 2017, pp. 210 et s.; E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig verwerpen als bewijs een verkoop van onroerende goederen », note sous Anvers, 19 décembre 2016, D.C.C.R., 2017/115, pp. 83 et s.

Dans le même sens, voy. : Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 3 mars 2017, T.B.O., 2017, p. 287; Anvers, 5 septembre 2016, T.B.O., 2017, p. 258; Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 15 avril 2016, T.B.O., 2017, p. 276; Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 8 avril 2016, T.B.O., 2017, p. 270; Anvers, 24 juin 2013, T. Not., 2014, p. 345; Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 22 mai 2015, T.B.O., 2017, p. 264.

Contra : des échanges de courriels constituent des commencements de preuve par écrit admis en matière de vente d'immeubles : Gand, 1^{er} octobre 2015, R.A.B.G., 2017, p. 825; Civ. Flandre occidentale (division de Gand), 14 mars 2017, T.B.O., 2017, p. 292; Anvers, 23 mars 2017, T.B.O., 2017, p. 262.

Contra : un SMS constitue un commencement de preuve par écrit admis en matière de vente immobilière : Civ. Gand, 10 avril 2012, R.C.D.I., 2012, p. 26, T.B.O., 2012, p. 158; Gand, 26 septembre 2013, R.W., 2014-2015, p. 258, note S. MEYS, R.G.D.C., 2014, p. 116.

²⁶³ Traduction libre de « het staat vast dat de totstandkoming van een overeenkomst via uitwisseling van e-mails te aanzien is als de totstandkoming van een contract langs elektronische weg ».

²⁶⁴ Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 3 mars 2017, T.B.O., 2017, p. 287; Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 15 avril 2016, T.B.O., 2017, p. 276; Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 8 avril 2016, T.B.O., 2017, p. 270; Civ. Flandre occidentale (division de Termonde), 22 mai 2015, T.B.O., 2017, p. 264.

Voy. pour une analyse de ces arrêts : Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 39-43.

²⁶⁵ H. JACQUEMIN, « Note d'observations : Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *op. cit.*, pp. 77 et s.; J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mails. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *op. cit.*, pp. 210 et s.; E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig verwerpen als bewijs een verkoop van onroerende goederen », *op. cit.*, pp. 83 et s.; B. KOHL et Fr. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par SMS. [...] », *op. cit.*, pp. 808 et s.; Fl. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 42-43; J. BAECK et I. CLAEYS, « Verkoop van een onroerend goed per e-mail ? De ene vormvereiste is de andere niet », *R.W.*, 2017-2018, pp. 763-777; W. VANDENBUSSCHE, « Bewijs van de verkoop van een onroerend goed : jurisprudentiële ontwikkelingen », *T.B.O.*, 2017, pp. 236-246.

À titre liminaire, il est toujours utile de rappeler que la question de la formation de la convention de vente doit être distinguée de la preuve du contrat de vente qui a été noué. En principe, la vente est un contrat consensuel²⁶⁶ de telle sorte qu'un accord sur les éléments essentiels et substantiels suffit à former le contrat²⁶⁷. Une convention de vente peut parfaitement être conclue de façon électronique (par *e-mails* ou par SMS) sans que son *negotium* soit atteint²⁶⁸. La question du formalisme probatoire est tout autre et ne doit pas se confondre avec le formalisme solennel exigé en certaines circonstances²⁶⁹ ou avec le formalisme de publicité²⁷⁰.

La question probatoire doit donc être clairement distinguée. L'article 1341 du Code civil actuel pose, nous l'avons vu, l'exigence de l'écrit afin de prouver l'existence d'un acte juridique dont le montant excède 375 euros. Lorsqu'un écrit a été dressé, il n'est pas permis de prouver par témoins ou par présomptions contre ou outre le contenu de cet écrit²⁷¹. Cependant, des tempéraments à l'exigence de l'article 1341 existent. D'abord, l'article 1341 du Code civil n'interdit pas la preuve de l'acte par l'aveu (notamment l'aveu en action) ou par le serment. Par ailleurs, il est également fait exception à l'article 1341 du Code civil lorsqu'il s'agit de prouver contre un commerçant, partie au contrat de vente, ou en cas d'impossibilité de prouver par écrit (art. 1348 C. civ.), ou en cas de commencement de preuve par écrit, complété par d'autres éléments (art. 1347 C. civ.).

Ces règles sont maintenues au sein du nouveau livre 8 du Code civil sous réserve du point suivant²⁷². L'article 8.9 reproduit le prescrit de l'ancien article 1341 du Code civil actuel tout en l'adaptant. Le plafond au-dessus duquel l'écrit est exigé passe de 375 euros à 3.500 euros²⁷³. L'acte juridique visé peut

²⁶⁶ Art. 1583 C. civ.

²⁶⁷ Voy. B. KOHL, D. GRISARD, Fr. ONCLIN, A. RIGOLET et R. SALZBURGER, «Section 3 – La formation du contrat de vente», in *Chroniques notariales*, vol. 62, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 221; B. KOHL, «Négociation immobilière: bref propos sur le "retrait" et la caducité de l'offre de vente», note sous Liège, 19 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2009, p. 360.

²⁶⁸ B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...]», *op. cit.*, p. 808.

²⁶⁹ Ainsi et par exemple: art. 7 et 13, al. 2, de la loi Breyne (loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitation et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971); art. VI.64, § 5, du C.D.E dans le cadre d'une vente entre un consommateur et une entreprise; art. 101 du décret du Conseil flamand du 27 octobre 2016 relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol; art. 31 du décret de la Région wallonne du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, *M.B.*, 22 mars 2018.

²⁷⁰ Voy. H. JACQUEMIN, «Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique», *op. cit.*, pp. 79 et s.

²⁷¹ D. MOUGENOT, «La preuve», *op. cit.*, pp. 129 et s.

²⁷² Les exceptions sont reprises au sein du nouveau Code civil au sein d'une même section 2 intitulée «Exceptions à la preuve réglementée». Une nouvelle exception est en outre édictée par le législateur: les actes juridiques unilatéraux (art. 8.10). Voy. note de bas de page 33 au sein de la présente contribution.

²⁷³ L'article précise que si l'acte juridique porte sur une valeur égale à 3.500 euros, l'écrit est également exigé. Notons que dans sa première version, la disposition en cause prévoyait un montant de 5.000 euros, lequel a été abaissé à 3.500 euros à la suite de la consultation publique. Voy. l'exposé des motifs précité,

être un acte authentique ou un acte sous signature privée au sens de l'article 8.1, 4^o, du nouveau Code civil.

Comme nous l'avons vu ci-avant, un *e-mail* ou un SMS peuvent, de façon exceptionnelle, constituer un acte sous signature privée au sens de l'article 8.1, 4^o, et ce, pour autant que les fonctions liées à la signature et à l'écrit soient réunies.

Dans le cadre de la vente d'un immeuble, il est également généralement reconnu qu'un *e-mail* ou un SMS constitue un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil actuel ou de l'article 8.1, 7^o, du nouveau Code civil pour autant que les conditions requises soient remplies²⁷⁴. L'écrit, au sens de cette disposition, ne doit ni être rédigé sur un support papier ni comporter une signature. Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, il est alors permis de prouver par témoins et présomptions, y compris pour les choses dont la valeur excède 375 euros/3.500 euros (art. 8.9).

L'article 8.13 du nouveau Code civil stipule clairement: «Par dérogation à l'article 8.9 (preuve réglementée), il peut être suppléé à l'écrit signé par un aveu, un serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit, pour autant que ce dernier soit corroboré par un autre mode de preuve».

Doc. parl., n° 54-3349/001, pp. 18-19; voy. également Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, pp. 190-193.

²⁷⁴ Voy. H. JACQUEMIN, «Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique», *op. cit.*, pp. 77 et s.; E. TERRYIN, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een *e-mail* volledig verwerpen als bewijs een verkoop van onroerende goederen», *op. cit.*, pp. 87 et s.; B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...]», *op. cit.*, pp. 815 et s.; J.-B. HUBIN, «La preuve électronique: développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, pp. 106 et s.; I. SAMOY et A. HOUMEYERS, «Over de verkoop van onroerend goed via *e-mail* of SMS: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid», *T. Not.*, 2014, p. 334; J. FONTEYN, «Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente», in *La vente immobilière – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 35-36.

Les trois conditions requises doivent être réunies: (1) un écrit, (2) qui émane de la personne qui s'oblige, et (3) qui rend vraisemblable le fait allégué.

Voy. par exemple: Civ. Gand, 10 avril 2012, *R.C.D.I.*, 2012, p. 26, *T.B.O.*, 2012, p. 158, dans le cadre d'une vente conclue par un échange de SMS: le tribunal de première instance de Gand décide que le SMS du propriétaire constitue un écrit en définissant l'écrit abstraction faite de son support matériel comme un ensemble de caractères liés entre eux de manière intelligible. En ce qui concerne la seconde condition, c'est-à-dire que l'écrit émane de celui auquel on l'oppose, le tribunal considère que les candidats-acquéreurs démontrent à suffisance que le SMS a bien été envoyé par le GSM de la vendeuse: si celle-ci avançait que quelqu'un d'autre aurait très bien pu utiliser son GSM pour envoyer les messages, elle n'indiquait cependant pas avoir prêté son GSM, ni que quelqu'un d'autre aurait pu s'en servir à son insu. Cette condition poserait problème si la vendeuse avait formellement nié être l'auteur du SMS. Enfin, le SMS d'acceptation de l'offre de l'un des propriétaires rendait vraisemblable le fait allégué (la vente). En effet, si le SMS mentionnait que l'acquéreur devait ultérieurement prendre contact avec les propriétaires afin de régler les modalités pratiques, le tribunal rappelle, à juste titre, que la vente est formée dès l'échange des consentements se rapportant aux éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire la chose et le prix, les éléments accessoires n'empêchant pas la formation de la vente.

Est donc critiquable le courant jurisprudentiel qui estimait qu'un contrat de vente portant sur un immeuble ne pouvait ni se former ni se prouver par voie électronique en tirant parti de l'article XII.16 du C.D.E.

D'une part, ce raisonnement est contradictoire puisque, comme a pu le faire remarquer de nombreux auteurs, la directive du 8 juin 2000 avait précisément pour objectif de faciliter, dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne, la formation de contrats qui se concluent sous forme électronique²⁷⁵. L'article 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, devenu l'article XII.16 du C.D.E., devait assouplir le droit commun et non pas le rendre plus contraignant.

D'autre part, l'article XII.16 pose une exception à l'assouplissement mis en place par l'article XII.15 du C.D.E.²⁷⁶. Cependant, l'article XII.15 du C.D.E. n'est, dans l'hypothèse visée d'aucune utilité : dès l'instant où un *e-mail* ou un SMS constitue déjà, en droit belge, un commencement de preuve par écrit, il n'y a pas lieu de recourir à la règle de l'équivalence fonctionnelle pour qu'un *e-mail* ou un SMS puisse rendre possible la formation ou la preuve d'un contrat de vente portant sur un immeuble²⁷⁷. Or, si l'article XII.15 du C.D.E. ne doit pas être appliqué, il n'y a *a fortiori* pas lieu de mobiliser les exceptions qui sont énumérées à l'article XII.16 du même Code²⁷⁸. Hervé Jacquemin estime qu'il est correct de considérer que l'article XII.15 n'est pas applicable. Néanmoins, la conséquence que la cour d'appel d'Anvers en déduit quant à la possibilité de prouver le contrat au moyen de procédés dématérialisés est « totalement erronée ». Comme le précise justement cet auteur, « la non-application de l'article XII.15 signifie uniquement que les parties ne peuvent pas se fonder directement sur cette disposition pour démontrer que le procédé utilisé dans l'environnement électronique (l'échange de courriels), constitue un écrit au sens de l'article 1341 du Code civil. Mais cela ne constitue en aucun cas une interdiction de recourir à l'électronique pour conclure un contrat de vente ».

L'article XII.16 a été modifié par la loi du 20 septembre 2018 visant à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique²⁷⁹. Même si le recours à l'article XII.16 du C.D.E. nous paraissait critiquable pour refu-

²⁷⁵ E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een *e-mail* volledig verwerpen als bewijs een verkoop van onroerende goederen», *op. cit.*, p. 87. Voy. B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...]», *op. cit.*, p. 815; H. JACQUEMIN, «Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique», *op. cit.*, p. 86.

²⁷⁶ E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een *e-mail* volledig verwerpen als bewijs een verkoop van onroerende goederen», *op. cit.*, p. 87. Voy. B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...]», *op. cit.*, p. 815.

²⁷⁷ E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een *e-mail* volledig verwerpen als bewijs een verkoop van onroerende goederen», *op. cit.*, p. 87.

²⁷⁸ B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...]», *op. cit.*, p. 815.

²⁷⁹ Voy. *supra* : B. La signature électronique, 2., d), 2°.

ser la possibilité de prouver l'existence de la vente conclue par *e-mails* ou par SMS, la loi du 20 septembre 2018 a néanmoins le mérite de condamner « clairement » le courant jurisprudentiel qui refusait cette possibilité sous le prétexte des articles XII.15 et XII.16 du C.D.E.²⁸⁰. Les travaux préparatoires de la loi du 20 septembre 2018 énoncent : « la formulation de l'article XII.16 du C.D.E. risque [...] d'amener certains juges à se fonder sur cette disposition pour exclure de manière automatique la possibilité de conclure le contrat par voie électronique en raison d'une exigence juridique de forme dans les catégories visées »²⁸¹. L'application de la règle de l'équivalence fonctionnelle, consacrée par l'article XII.15 du C.D.E., se voit généralisée : elle demeure la règle, en ce compris désormais dans les cas d'exclusion visés à l'article XII.16 du C.D.E. Un tempérament existe cependant : en effet, le juge pourra néanmoins décider, dans les quatre secteurs concernés – en particulier le secteur de la vente immobilière –, d'écarter la règle de l'équivalence fonctionnelle lorsqu'il constate « l'existence d'obstacles pratiques à la réalisation d'une exigence légale ou réglementaire de forme dans le cadre du processus de conclusion d'un contrat par voie électronique »²⁸².

3. La force probante d'une copie

a) Introduction

La copie est généralement présentée comme « le parent pauvre du droit de la preuve »²⁸³.

La question de la valeur probante d'une copie peut se révéler, en pratique, importante pour le praticien. En effet, lorsque les *e-mails*, SMS, messages instantanés ou autres formes d'écrits électroniques sont fournis en justice, ils le sont toujours sous forme de photocopie de l'écrit électronique original. Or, la copie a toujours été considérée comme un écrit non signé²⁸⁴. De plus, l'importance de la copie dématérialisée est accentuée par le phénomène de l'archivage électronique qui conduit de plus en plus d'entreprises à ne conserver que des versions d'écrits sur support électronique.

²⁸⁰ B. KOHL et Fr. ONCLIN, «La vente immobilière par *e-mail* ou par SMS. [...]», *op. cit.*, p. 821.

²⁸¹ Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, n° 54-3153/001, p. 19.

²⁸² Au sein de l'article XII.16 du C.D.E., les mots « L'article XII.15 n'est pas applicable » sont remplacés par les mots : « À la condition qu'ils constatent l'existence d'obstacles pratiques à la réalisation d'une exigence légale ou réglementaire de forme dans le cadre du processus de la conclusion d'un contrat par voie électronique, les cours et tribunaux compétents peuvent ne pas appliquer l'article XII.15 ».

²⁸³ D. MOUGENOT, «La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010», *J.T.*, 2011, p. 602.

²⁸⁴ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 202.

b) *L'article 8.25 du nouveau Code civil*

Les copies se voient appliquer le régime visé à l'article 8.25, lequel est libellé comme suit :

« La copie réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, du Code de droit économique a la même force probante que l'écrit sous signature privée, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable. La présentation de l'original n'est pas exigée.

Hormis les cas où la loi en dispose autrement, dans tous les autres cas, la copie constitue une présomption de fait ou, le cas échéant, un commencement de preuve par écrit lorsque les conditions imposées par l'article 8.1, 7°, sont réunies²⁸⁵. Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée ».

L'article 8.25 du nouveau livre 8 du Code civil reprend le texte de l'article 1334 du Code civil²⁸⁶, modifié par la loi du 21 juillet 2016²⁸⁷, qui fait référence aux systèmes d'archivage qualifié. Le texte de livre 8 ajoute toutefois que l'original d'une copie produite par archivage qualifié ne doit pas être produit, ce qui va plus loin que le texte actuel²⁸⁸.

L'article 8.25 crée donc une distinction entre d'une part, les copies réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, du C.D.E. et d'autre part, les autres types de copies.

c) *La force probante des copies non réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié*

Les copies constituent une simple présomption de fait ou un commencement de preuve par écrit si les conditions visées à l'article 8.1, 7°, sont réunies²⁸⁹. La présomption de fait²⁹⁰ ne dispose d'aucune force probante tandis que leur valeur probante est appréciée librement par le juge²⁹¹.

En cas de contestation portant sur une copie d'*e-mail* ou de SMS, le juge pourra exiger la présentation de l'original. Pour ce faire, le magistrat n'aura d'autre choix que de désigner un expert en informatique afin que ce dernier puisse prendre connaissance de l'acte électronique original²⁹². Cependant, le juge apprécie librement la valeur probante des copies qui lui sont présentées. Si elles proviennent d'un système d'archivage qui, sans être qualifié, lui paraît présenter des garanties suffisantes d'intégrité, de lisibilité, d'authenticité et de traçabilité, rien ne l'empêche de les considérer comme fidèles à l'original²⁹³. Pour le surplus, l'alinéa 2 de l'article 8.25 mentionne la possibilité reconnue par la doctrine antérieure de considérer la copie comme un commencement de preuve par écrit. Il est également fait référence à des dispositions légales qui dans certains secteurs (institutions financières, sécurité sociale...) régissent le statut des copies de manière particulière²⁹⁴.

Le régime de la copie peut paraître insatisfaisant mais d'une part, rien n'empêche un justiciable d'utiliser des copies en justice lorsqu'il n'y a pas de contestation tandis qu'il faut garder à l'esprit que les procédés modernes de copie permettent très aisément des modifications de l'original, de telle sorte que ces modes de preuve restent fragiles²⁹⁵. Le législateur n'a pas tenu compte des critiques de certains auteurs sur la formulation de l'article 1334 du Code civil, laquelle ne permet pas à une copie électronique générée en dehors d'un service d'archivage électronique d'accéder au statut d'original et par conséquent, de bénéficier de la force probante attachée aux actes sous seing privé (désormais, actes sous signature privée). Jean-Benoît Hubin, prenant l'exemple du droit français²⁹⁶, estime qu'il aurait été plus opportun, dans le cadre de l'alinéa 2 de

²⁸⁵ Lorsque le contenu de la copie n'a pas été altéré et que son origine est certaine, la copie pourrait constituer un commencement de preuve par écrit pour autant que les trois conditions requises par l'article 8.1, 7°, du nouveau Code civil soient réunies. Pour un cas jurisprudentiel, voy. Mons, 27 février 2007, R.G.D.C., 2007, p. 468, note D. MOUGENOT. Voy. les développements intéressants sur le statut des copies et des photocopies de D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n°s 189 et 192.

²⁸⁶ Actuellement, l'article 1334 du Code civil dispose : « Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Lorsque le titre original n'existe plus, une copie numérique effectuée à partir de celui-ci a la même valeur probante que l'écrit sous seing privé, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable si elle a été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance du Code de droit économique ».

²⁸⁷ Loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, M.B., 28 septembre 2016.

²⁸⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 32.

²⁸⁹ Art. 8.25, al. 2, nouveau C. civ.

²⁹⁰ Art. 8.1, 15°, nouveau C. civ.

²⁹¹ Art. 8.1, 14°, et 8.29, al. 2, nouveau C. civ. : « Leur valeur probante (des présomptions de fait) est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis. Lorsque la présomption s'appuie sur plusieurs indices, ceux-ci doivent être concordants ».

²⁹² Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 202.

²⁹³ O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », in H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 244.

²⁹⁴ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 32.

²⁹⁶ Le nouvel article 1379 du Code civil français dispose que « La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. [...] Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et

l'article 1334 du Code civil (repris désormais à l'article 8.25 du nouveau Code civil) de prévoir que « toute copie numérique peut avoir la force probante d'un original, à condition que la copie présente des garanties de fidélité et de durabilité, celles-ci étant laissées à la libre appréciation du juge dans le cadre d'un service d'archivage non qualifié »²⁹⁷. Nous estimons que la position du législateur tient compte de la fragilité inhérente à toute copie, aisément modifiable.

d) *La force probante des copies réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié*

Les copies issues de systèmes d'archivage qualifié conforme au livre XII, titre 2, du Code de droit économique sont présumées être une copie fidèle et durable de telle sorte qu'elles sont assimilées à l'original. Il s'agit d'une présomption réfragable²⁹⁸. Un service d'archivage électronique qualifié assure les gages d'intégrité, de lisibilité, d'authenticité et de traçabilité attachés à la copie produite en justice²⁹⁹. Comme énoncé ci-avant, l'original ne doit plus être nécessairement produit. La notion de service d'archivage électronique qualifié est définie à l'article I.18 du Code de droit économique. L'archivage électronique constitue une technique « qui consiste à conserver des données électroniques, que ces données aient été directement produites sous forme électronique, ou bien qu'elles résultent de la numérisation de documents initialement sur support papier »³⁰⁰. Nous renvoyons pour le surplus à la doctrine autorisée en la matière³⁰¹.

Enfin, notons que le statut des copies numériques des actes authentiques est désormais régi par l'article 8.26 du nouveau Code civil³⁰². L'article 8.26

dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État».

²⁹⁷ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 123.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 122.

²⁹⁹ Voy. les exigences relatives au service d'archivage électronique qualifié fixées par l'article XII.N1 du C.D.E.

³⁰⁰ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 121; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 201. Sur cette question, voy. notamment : M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », in *Let's go digital – Le juriste face au numérique/De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 199 et s.; O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », *op. cit.*, pp. 215 et s.

³⁰¹ *Ibid.* Voy. l'article XII.25 du C.D.E qui distingue les services d'archivage ordinaires ou non qualifiés qui se voient attacher un principe de non-discrimination (art. XII.25, § 4), des services d'archivage électronique qualifiés, fournis par un prestataire de services de confiance qualifié, dont l'usage fait présumer que les données ont été conservées de manière à les préserver de toutes modifications (art. XII.25, § 5, al. 2) et, en cas de numérisation d'un document papier, que la copie numérique est une reproduction fidèle et durable du document original (art. XII.25, § 6).

³⁰² Art. 8.26 :

« § 1^{er}. Les copies des actes authentiques sont soumises aux règles suivantes.

Lorsque l'acte original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1° les grosses ou premières expéditions ont la même force probante que l'original.

du nouveau livre 8 du Code civil reprend les règles figurant aux articles 1335 et 1336 du Code civil³⁰³.

4. *La procédure en vérification d'écritures*

La question de la vérification d'écritures se pose lorsqu'une partie, sans contester la validité du procédé de signature³⁰⁴, déclare ne pas être le signataire de l'écrit qui lui est opposé. La procédure en vérification d'écriture est assez aisée à mettre en pratique dans l'environnement papier; mais son application dans l'environnement numérique reste controversée³⁰⁵. En effet, lorsque le document porte sur une signature digitale, le destinataire va la décrypter à l'aide de la clé publique de l'émetteur et vérifier, à l'aide d'un certificat émis par un

Il en est de même des copies dématérialisées des actes notariés qui sont réalisés conformément à l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat et dont, conformément à l'article 18 de ladite loi, une copie est conservée dans la Banque des actes notariés.

Il en est de même également des copies qui ont été délivrées par un juge, en application des articles 1372 et suivants du Code judiciaire, en présence des parties ou celles-ci étant dûment appelées, ou des copies qui ont été délivrées en présence des parties et de leur consentement réciproque;

2° les copies qui, sans intervention d'un juge ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été délivrées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par les officiers publics ou ministériels qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans.

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit;

3° lorsque les copies délivrées sur la minute de l'acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par les officiers publics ou ministériels qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit;

4° les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

§ 2. La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit; et il faudra même pour cela :

1° qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier;

2° qu'il existe un répertoire régulièrement tenu du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date.

Lorsque ces deux conditions sont remplies, la preuve du contenu de l'acte peut être rapportée par tous modes de preuve. Si la preuve par témoins est admise, il est nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils vivent encore, soient entendus.

Voy. également l'exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, *op. cit.*, p. 33.

³⁰³ Voy. la contribution de Valéry De Wulf au sein du présent ouvrage, n° 61.

³⁰⁴ D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 225.

³⁰⁵ Lors de l'avènement de la signature électronique, la doctrine s'est interrogée sur l'opportunité d'exclure la procédure de vérification d'écriture pour les écrits munis d'une signature électronique. Le législateur a cependant précisé, lors des travaux préparatoires que les articles 1323 et 1324 du Code civil étaient applicables à l'écrit signé électroniquement (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 49-2141/001, p. 17). Voy. D. MOUGENOT, « Le charme discret des "petites mesures d'instruction" », *R.D.J.P.*, 2007, p. 251, n° 30; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 225-228; Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 204.

Voy. également Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, *op. cit.*, p. 28.

tiers certificateur, que cette clef correspond bien à l'émetteur du message. Une demande de désaveu de signature pourrait se poser dans les deux cas suivants : soit de façon exceptionnelle, le signataire invoque l'usage d'une clef qui n'est pas la sienne³⁰⁶, soit qu'un tiers a utilisé sa clef à son insu³⁰⁷.

L'article 8.19 du nouveau livre 8 du Code civil dispose : « Sauf si la loi en dispose autrement, la partie à laquelle on l'oppose peut toutefois désavouer son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause d'une partie peuvent pareillement désavouer l'écriture ou la signature de leur auteur, ou déclarer qu'ils ne les connaissent pas. Dans ces cas, il y a lieu à vérification d'écriture, conformément aux articles 883 et suivants du Code judiciaire »³⁰⁸. Le législateur n'a manifestement pas choisi de revoir la procédure de vérification d'écriture visée l'article 1323 du Code civil, tout en se laissant la possibilité de revoir sa copie³⁰⁹. Selon les travaux préparatoires, « L'application de la vérification d'écritures aux actes sous seing privé électroniques est controversée, compte tenu du niveau de sécurité bien plus élevé offert par certaines formes de signature électronique (signature électronique qualifiée). Le texte ajoute "Sauf si la loi en dispose autrement" pour faire référence aux possibilités limitées de contestation que ces formes de signature autorisent »³¹⁰.

Le signataire d'un document électronique qui conteste sa signature peut-il se limiter à désavouer celle-ci ou doit-il supporter la preuve de la perte ou de la fraude ? À notre sens, et à la lecture des travaux préparatoires qui visent précisément les possibilités limitées de contestation d'un tel procédé, il devra à tout le moins apporter des éléments rendant vraisemblables la perte ou la fraude³¹¹.

Concrètement, en cas de désaveu d'écriture ou de signature électroniques, le juge devra désigner un expert en informatique pour procéder à la vérification d'écriture³¹².

³⁰⁶ Parce que le document est signé à l'aide d'une autre clef privée que celle du signataire et qu'il existe un faux certificat ou un certificat révoqué ou périmé. Voy. sur les diverses hypothèses : D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 225-226.

³⁰⁷ Voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 226-228. L'auteur vise notamment la question de savoir si une procédure en vérification d'écriture est applicable si le titulaire de la clé permet, par négligence, à un tiers l'utilisation de sa clé privée.

³⁰⁸ Sur la procédure en vérification d'écriture, voy. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. Bouffette (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 50-60.

³⁰⁹ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 204.

³¹⁰ Voy. également l'exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, *op. cit.*, p. 28.

³¹¹ Comme le précise Dominique Mougenot, le titulaire de la signature électronique ne gagnera pas toujours à ne pas reconnaître sa signature électronique car il pourrait être rendu responsable de l'usage frauduleux qui serait fait de sa signature, sauf s'il accomplit certains actes ou notifications, comme la révocation de son certificat (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 255-256, n° 158).

³¹² Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 205.

5. La formalité des originaux multiples

L'article 1325 du Code civil s'accommode difficilement au contexte des échanges dématérialisés où l'acte écrit est produit en un seul exemplaire³¹³.

L'article 8.20 allège la formalité des originaux multiples en vue de tenir compte de la formation des contrats par voie électronique.

Il dispose : « L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits. Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut d'un nombre suffisant d'originaux ou de la mention de leur nombre.

L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'écrit est établi conformément à l'article 8.1, 1°, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès.

Lorsqu'un acte sous signature privée est nul pour défaut de respect des règles prévues aux deux premiers alinéas du présent article, il peut valoir comme commencement de preuve par écrit, s'il remplit les conditions prévues à l'article 8.1, 7°, du présent livre³¹⁴.

Les règles prévues aux deux premiers alinéas du présent article ne s'appliquent pas aux contrats formés par échange de courrier, que celui-ci soit adressé par voie postale ou électronique ».

L'exigence des originaux multiples ne s'applique pas aux contrats conclus par échange de courriers et aux contrats conclus par voie électronique.

Section 3

L'acte authentique électronique

A. Introduction : définition de l'acte authentique

L'article 8.1, 5°, du nouveau Code civil reprend la définition de l'acte authentique contenue à l'article 1317, alinéa 1^{er}, du Code civil, sous la seule émendation que le nouveau Code civil ajoute la notion d'officier « ministériel » à celle d'officier « public »³¹⁵. L'acte authentique est « un écrit signé, qui présente

³¹³ *Ibid.*, p. 204. Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 29.

³¹⁴ Voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n° 140, et les références citées.

³¹⁵ La distinction est la suivante : un officier ministériel est titulaire d'un office rattaché à l'administration de la justice (huissier, greffier, avocat à la Cour de cassation) tandis qu'un officier public est titulaire d'un office non directement rattaché à l'administration de la justice (notaire). Voy. exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 8 et S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 101.

la particularité d'être reçu, avec les solennités requises, par un officier public ou ministériel ayant compétence et qualité pour instrumenter».

Cela vise donc une importante variété d'actes distincts, tels les actes notariés, les exploits d'huissiers, les actes de l'état civil, les procès-verbaux des officiers de police judiciaire, les actes de procédure judiciaire³¹⁶.

Il ressort de la définition d'acte authentique que celui-ci est un écrit *signé*. Il doit donc répondre aux exigences formulées par l'article 8.1, 1° et 2°, au sujet de l'écrit et de sa signature. L'acte authentique doit être signé par les parties et par l'officier public ou ministériel. Faisant écho à la remarque du Conseil d'État relative à la formulation de l'article 8.1, 4°, le nouveau Code civil distingue expressément l'acte sous signature privée de l'acte authentique³¹⁷.

B. L'acte authentique électronique

1. Cadre légal actuel

Depuis le début des années 2000, le législateur veille à mettre en place un cadre légal destiné au développement de l'acte authentique dématérialisé. Ainsi, la loi du 11 mars 2003 a complété l'article 1317 du Code civil par une disposition transversale³¹⁸ prévoyant que l'acte authentique pouvait «être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres»³¹⁹. En laissant au Roi le soin de déterminer les modalités de signature de l'acte authentique électronique, le législateur souhaitait donner le temps nécessaire à la réflexion sur les conséquences juridiques et techniques d'une telle possibilité³²⁰. Cependant, cet arrêté royal ne vit jamais le jour.

Différentes législations particulières ont été prises afin de permettre l'accomplissement des actes authentiques par voie électronique au sein de secteurs bien déterminés.

Ainsi et par exemple :

- *les actes de l'état civil deviennent électroniques* : l'article 14 de la loi du 18 juin 2018³²¹ dispose «les actes de l'état civil sont des actes authentiques» et que «sauf exceptions prévues par la loi, ils sont établis sous forme dématérialisée

³¹⁶ J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 110.

³¹⁷ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 8.

³¹⁸ J.-B. HUBIN, «La preuve électronique : développements récents et perspectives futures», *op. cit.*, p. 110.

³¹⁹ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

³²⁰ Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 50-2100/001, p. 58.

³²¹ Loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018. Cette loi a elle-même été modifiée par une loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 31 décembre 2018). Voy. la circulaire relative à la modernisation et l'informatisation de l'état civil, *M.B.*, 35 mars 2019.

dans la banque de données d'actes de l'état civil (abrégée BAEC)» et qu'ils «sont conservés au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié visé à l'article I.18, 18°, du Code de droit économique et répondant aux conditions du livre XII, titre 2, du même Code» ;

- *les actes notariés dématérialisés* : la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses³²² a introduit à l'article 13 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat une disposition conférant aux notaires la possibilité de recevoir les actes notariés sous forme électronique. Cette loi prévoyait également la création d'une Banque des actes notariés (en abrégé NABAN), en vue d'y conserver les actes notariés reçus sous forme dématérialisée mais également les copies dématérialisées des actes authentiques qui seront encore passés sur papier.

Un arrêté royal devait être pris aux fins de déterminer les modalités spécifiques à la mise en œuvre de ce régime et de fixer les modalités de cette banque de données.

L'article 20 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat prévoit explicitement que «Le notaire n'est pas tenu de conserver la minute d'un acte reçu sous forme dématérialisée après qu'il a reçu la confirmation du dépôt de l'acte dans la Banque des actes notariés visée à l'article 18. La Banque des actes notariés a la valeur de source authentique pour les actes qui y sont enregistrés».

L'objectif de l'établissement de cette banque de données (non encore en vigueur) est de rassembler l'ensemble des actes notariés, tout en permettant au citoyen de pouvoir accéder aux actes qui le concernent au moyen de sa carte d'identité. La loi du 5 mai 2019³²³ a précisé les actes devant nécessairement être déposés au sein de la banque de données NABAN (nouveaux articles 18 bis et 18ter de la loi du 16 mars 1803 – non encore en vigueur). En vertu de ces dispositions, l'exemplaire de l'acte dématérialisé qui y est enregistré a la valeur d'original.

2. L'acte authentique électronique au sens de l'article 8.15 du nouveau Code civil

Le nouvel article 8.15, reprenant l'ancien article 1317, alinéa 2, du Code civil, énonce :

«L'acte authentique peut être dressé sur *tout support* s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par la loi ou par le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

³²² Loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.

³²³ Loi du 5 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'information de la Justice, de modernisation du statut des juges consulaires et relativement à la banque des actes notariés, *M.B.*, 19 juin 2019.

Toutefois, les actes notariés qui sont reçus sous forme dématérialisée sont établis et conservés conformément à la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat. La Banque des actes notariés instituée conformément à cette même loi a la valeur de source authentique pour les actes qui y sont enregistrés.

Sans préjudice des conditions prévues à l'alinéa 2, une signature électronique qualifiée, telle que visée à l'article 3, 12°, du règlement UE n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE est requise pour les actes authentiques établis, reçus ou signifiés sous forme dématérialisée par un officier public ou ministériel.

La qualité du signataire doit toujours pouvoir être vérifiée au moyen d'une banque de données authentique prévue par la loi.

La force probante de l'acte authentique régulier est désormais régie par l'article 8.17 du nouveau Code civil³²⁴. L'article 8.16 donne à l'acte authentique irrégulier la valeur d'un acte écrit simple, pour autant que les parties l'aient signé³²⁵.

Conclusion

Le droit de la preuve avait connu «de grosses perturbations» en 2000 et 2001, avec l'introduction dans notre droit de la signature électronique. La doctrine a écrit largement sur les concepts d'écrit, de signature, de support, d'original tout en les repensant en mode «électronique» ou numérique. La jurisprudence a, de son côté, été inversement proportionnelle aux écrits doctrinaux et les débats se sont noués là où, peut-être, le praticien ne l'attendait pas (signature scannée, vente immobilière conclue via des échanges d'*e-mails* ou de SMS, etc.).

L'une des principales préoccupations des auteurs du projet de loi a consisté à moderniser le droit de la preuve en ouvrant ses dispositions aux nouvelles technologies³²⁶, ce qui est évidemment salutaire. Comme le précise en ces premiers mots l'exposé des motifs, «en 2018, le droit de la preuve civile ne corres-

pond plus aux besoins de la société d'aujourd'hui. Il est insuffisamment adapté aux développements technologiques»³²⁷.

Alors qu'actuellement, un détournement est nécessaire par le règlement eIDAS et l'article XII.15 du C.D.E. pour obtenir la définition et la force probante de concepts fondamentaux tels que l'écrit électronique ou la signature électronique, le législateur a entendu simplifier le travail du praticien. Le législateur va, dans un premier temps, combler les lacunes découlant de l'absence totale de définition de concepts cruciaux en droit de la preuve. Le nouveau livre 8 s'inscrit dans une perspective de cohérence terminologique et d'harmonisation juridique. Les acquis jurisprudentiels sont consacrés. Pas de grandes révolutions donc ! Mais saluons le travail du législateur qui a veillé à définir – et définir, cela n'est pas si simple – les concepts fondamentaux du droit de la preuve. Regrettons tout de même la suppression du statut de l'horodatage électronique au sein du texte définitif³²⁸.

Faut-il entrevoir un bouleversement du droit de la preuve électronique durant les prochaines années ? Nous ne le pensons pas. Cependant, nous ne pouvons pas présager de l'importance du contentieux judiciaire qui se nouera prochainement et l'évolution technologique se poursuit...

³²⁴ «L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public ou ministériel a personnellement accompli ou constaté, sans possibilité pour les parties d'y déroger. Est nulle toute convention qui déroge à cette règle.

En cas d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte».

³²⁵ Art. 8.16 : «L'acte qui n'est pas authentique du fait de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier public ou ministériel, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il a été signé par la ou les parties».

Le caractère irrégulier de l'acte peut naître d'un défaut aux conditions juridiques pour exercer sa profession dans le chef de l'officier public ou ministériel (démission, nomination irrégulière, absence de serment) ou d'une incompétence *ratione loci* ou *ratione materiae*, par exemple. Voy. exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 26.

³²⁶ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 198.

³²⁷ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, n° 54-3349/001, p. 4.

³²⁸ Voy. Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, pp. 205-206.