

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve

Mougenot, Dominique

Published in:

Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2004, La preuve: évolution et révolution. dans *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*. La Chartre, Bruges, pp. 121-188.

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.

La preuve: évolution et révolution

Dominique Mougenot,
Juge au tribunal de commerce de Mons
Collaborateur scientifique aux Facultés Notre-Dame de la Paix
à Namur (Centre de Recherches Informatique et Droit - C.R.I.D.)
et à l'Université de Liège

Introduction

1. Au premier abord, l'histoire des dispositions du Code civil concernant la preuve pourrait ressembler à celle d'un dormeur qui s'éveille en sursaut.

En effet, le texte de 1804 est resté pratiquement inchangé durant 200 ans. Les seules modifications législatives intervenues durant cette période concernent les actes authentiques et le seuil en dessous duquel la preuve est libre. En revanche, les modifications intervenues en 2000 et 2001 font figure de révolution. En introduisant la signature électronique dans notre droit, le législateur a amené les auteurs à reconsidérer de fond en comble des notions qui semblaient jusqu'alors évidentes: l'écrit, la signature, l'original ... Une définition de l'écrit qui pouvait paraître futuriste en 1987 est tout d'un coup apparue comme l'approche la plus adéquate du concept.

Mais ce réveil brutal est trompeur: le sommeil du dormeur était plus agité qu'il n'y paraissait. En effet, il ne faut pas s'arrêter aux modifications légales. La jurisprudence, comme dans d'autres domaines du droit, a effectué un travail de construction ininterrompu depuis l'adoption du Code civil. La doctrine n'est pas en reste. Que ce soit dans le domaine de la charge de la preuve ou dans la confrontation avec les défis de l'informatique, elle a accompli un travail de réflexion considérable.

2. La matière de la preuve est large. Il a fallu procéder à des choix. Nous examinerons, dans les pages qui suivent, deux thèmes particuliers:

- la charge de la preuve (section 1): nous aborderons les différentes théories élaborées par la doctrine à la recherche de principes directeurs et nous verrons quelle est encore leur place aujourd'hui;
- l'évolution du formalisme probatoire, sous ses différents aspects: la prééminence de la preuve littérale préconstituée et ses exceptions (section 2), l'apparition d'une conception fonctionnelle de l'acte sous seing privé (section 3) et ce que certains auteurs appellent le «petit formalisme» des articles 1325 et suivants du Code civil (section 4).

Section 1.

L'article 1315 et la charge de la preuve

3. On connaît les dispositions des deux alinéas de l'article 1315: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver – réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». Ces dispositions n'ont pas été modifiées depuis 1804. Elles ont été confirmées, en des termes plus généraux, à l'article 870 du Code judiciaire. L'idée est donc résumée en ces termes: la charge de la preuve repose sur le demandeur – il incombe cependant au défendeur de démontrer le fait nouveau qui a entraîné l'extinction ou la modification du droit invoqué par le demandeur (1).

Cela étant, il n'est point besoin d'apprendre aux praticiens que la simplicité de ces règles est trompeuse et qu'elles sont difficiles à appliquer en pratique. La multiplicité des cas d'espèce résiste à la formule concise et synthétique de l'article 1315. En outre, le passage du premier au second alinéa de l'article 1315 n'est pas aisé à déterminer: à partir de quand le défendeur ne se borne-t-il plus à simplement contester les affirmations du demandeur et adopte-t-il une attitude plus active, qui justifierait qu'il endosse la charge de la preuve? Ces questions ont interpellé les auteurs de tout temps et nombreux sont ceux qui ont cherché à élaborer une théorie générale de la charge de la preuve, qui justifierait la rationalité du choix du législateur et qui fournirait des critères d'application plus précis aux praticiens. D'Aubry et Rau à Motulsky, les thèses se sont succédées, tantôt se complétant, tantôt se contredisant. Depuis le milieu du XX^e siècle toutefois, plus personne ne s'est risqué à élaborer un nouveau système explicatif de la charge de la preuve. Est-ce le signe que tout a été dit à ce sujet ou est-ce le constat de l'échec des théories générales sur la charge de la preuve? Reste-t-il des traces de ces théories dans la doctrine et la jurisprudence actuelles? Voici les questions auxquelles nous allons essayer de répondre. Compte tenu du thème du colloque, nous nous bornerons à examiner les commentaires du Code civil, en laissant de côté les réflexions, pourtant fort approfondies, des auteurs allemands et hollandais (2).

Sous-section 1.

Résumé des théories sur la charge de la preuve

4. Au risque de simplifier à l'extrême la pensée de certains auteurs, on peut découvrir quatre grands courants dans les tentatives de systématisation de la charge de la preuve. On laissera de côté l'opinion de Bentham, qui reconnaît un préjugé favorable au demandeur, qui devrait être dispensé de la charge de la preuve,

(1) D. & R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3^e éd., n° 26.

(2) Le lecteur qui voudrait en savoir plus sur la doctrine néerlandaise et allemande pourra consulter les ouvrages suivants: M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, Gand, Story – Scientia, 1962, n° 100 et s.; G. STEVIGNY, «La charge de la preuve en matière civile», *J.T.*, 1957, p. 745 et s., et les références citées. Les auteurs allemands ont d'ailleurs marqué certains commentateurs français du Code civil. Ainsi, l'on sait qu'AUBRY et RAU ont été fort influencés par la pensée de l'auteur allemand ZACHARIAE, dont ils ont traduit les œuvres.

au motif que, comme celui-ci prend l'initiative, son «rôle volontaire» impliquerait qu'il a «confiance en la bonté de sa cause», et l'expérience prouverait la valeur de cette présomption, puisque les demandeurs gagneraient plus souvent les procès que les défendeurs (3). Cette affirmation ne peut que faire sourire toute personne qui se frotte de près au monde judiciaire et son admission engendrerait des effets pervers fâcheux, en encourageant les procès abusifs.

§1. Le cours naturel des choses

5. Un premier courant repose sur l'idée que l'article 1315 est conforme au «cours naturel des choses». Dans l'ordre normal, les individus sont libres d'obligations les uns à l'égard des autres. Celui qui va à l'encontre de cette apparence en invoquant l'existence d'un lien de droit entre deux individus devrait alors en supporter la preuve. Une fois cette preuve établie, la situation juridique nouvelle ne pourrait être combattue qu'en démontrant que ce lien de droit s'est altéré ou a disparu. Celui qui voudrait détruire cette situation acquise devrait alors supporter la charge de la preuve. Il y aurait ainsi une sorte d'inertie des situations juridiques, qui permettrait d'imposer le fardeau de la preuve à celui qui veut en démontrer la modification.

Comment déterminer l'état naturel des choses? Geny a recours à l'idée de probabilité, de plausibilité, qui permet de préciser la situation normale, contre laquelle la preuve doit être faite (4). Selon Baudry-Lacantinerie et Barde, c'est la loi qui doit préciser l'état naturel des choses (5).

6. La plupart des auteurs reconnaissent que l'idée de base est correcte et peut constituer un fondement rationnel à l'article 1315 (6). Cette théorie a cependant fait l'objet de critiques assez virulentes. Selon Demogue, elle favorise indûment la sécurité statique, l'indépendance des individus avant tout (7). Mais le coup de

(3) J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Bruxelles, Hauman et Coster, 1829, t. II, livre VI, chap. II, § 1^{er}, p. 11 et s.

(4) F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914, t. III, n° 231, p. 275. Dans le même sens: J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 194, qui fait dépendre la charge de la preuve d'une étude statistique: c'est la partie qui défend la thèse la moins courante, la moins probable, qui supportera le risque de la preuve.

(5) G. BAUDRY-LACANTINERIE & L. BARDE, *Traité théorique de droit civil. Des obligations*, Paris, Larose, 2^e éd. (1905), t. III, 1^e partie, n° 2060, p. 401.

(6) R. BEINEIX, «La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle», *Rev. crit. légis. et jurispr.*, 1938, p. 665; DE PAGE, t. III, 2^e éd., 1942, n° 726; J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd., 1994, n° 647; F. GLASSON & A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, Sirey, t. II, 3^e éd., 1926, p. 662; H., L. & J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1996, n° 376; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 65.

(7) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 554.

grâce a été porté par Motulsky, qui a démontré qu'elle ne peut régler que des situations simples, lorsque la question qui se pose est uniquement de décider si une obligation existe ou n'existe pas. Lorsqu'il s'agit de déterminer non plus l'existence ou l'extinction d'une obligation mais sa nature ou ses modalités, où se trouve l'ordre naturel des choses? Lorsque le litige porte sur la qualification d'un contrat, que le demandeur soutient être une vente et le défendeur un prêt, qu'est-ce qui est le plus normal? Acheter ou prêter (8)? La réponse ne coule pas de source et l'éminent auteur en déduit l'inutilité de ce critère. Sans aller jusque-là, on peut admettre qu'il ne règle pas toutes les situations, loin de là.

Ajoutons que le «cours naturel des choses» est un concept relatif, sujet à évolution, et que certaines prises de position fondées sur cette notion ont pu apparaître dépassées quelques années plus tard (9).

§2. La meilleure aptitude à la preuve

7. Un second courant, esquissé par Bentham, et développé par Esmein (10) et Demogue (11), se fonde sur «la meilleure aptitude à la preuve». Il part du principe qu'il est inéquitable d'imposer la charge de la preuve de manière automatique à une partie déterminée. En particulier, il apparaît particulièrement choquant d'obliger le demandeur à rapporter la preuve d'une proposition négative indéterminée (je n'ai *jamais* été à tel endroit ou adopté tel comportement) alors que son adversaire pourra peut-être apporter beaucoup plus facilement la preuve du fait positif inverse. D'où ces auteurs en déduisent un principe général: dans le doute, il faut imposer la charge de la preuve à celui qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient. C'est celui qui montre une meilleure aptitude à la preuve qui devra rapporter celle-ci (12). Cette théorie, selon ces auteurs, permet ainsi de résoudre harmonieusement les problèmes de preuve négative ou les situations dans lesquelles tous les moyens de preuve sont concentrés en une seule main.

8. La meilleure aptitude à la preuve est également considérée comme un fondement classique de l'article 1315 (13). Il est assez normal que le créancier dispose des éléments qui permettront de démontrer l'existence de sa créance et qu'il soit dès lors le mieux placé pour supporter la charge de la preuve. Toutefois, le principal écueil de cette théorie est son caractère subjectif: c'est en définitive le juge, confronté aux éléments de fait de la cause, qui doit déterminer qui supporte le fardeau de la preuve, avec le risque que des situations identiques soient appréciées différemment. En outre, le magistrat à la recherche de critères précis pour

trancher les cas d'espèce n'y trouvera pas un grand secours: c'est à lui qu'incombe le devoir de trouver à chaque fois les éléments qui lui permettront de répartir la charge de la preuve. C'est précisément pour décharger le juge de cette tâche insoluble que le législateur a introduit des règles pour apprécier la charge de la preuve (14).

Enfin, cette théorie repose sur une confusion entre charge de la preuve et administration de la preuve, comme nous le verrons plus loin (*infra* – n^{os} 27 et 28).

§3. Les faits générateurs de droit

9. Un troisième courant se fonde sur la théorie de «la preuve des faits générateurs de droit». C'est à Aubry et Rau qu'en revient la paternité. Le principe est énoncé de la manière suivante: la partie à laquelle incombe la charge de la preuve doit établir chacun des éléments de fait, dont le droit ou le bénéfice légal qu'elle entend faire valoir suppose le concours. La partie qui s'y trouve soumise n'est cependant pas tenue de prouver l'absence des causes ou circonstances dont l'existence a pu faire obstacle à l'acquisition du droit ou entraîner la déchéance du bénéfice légal qu'elle invoque. Elle n'est pas tenue davantage de justifier que ce droit ou ce bénéfice n'a pas été modifié ou restreint (15). Il ne s'agit plus ici de s'inspirer de probabilités (cours naturel des choses) ou d'équité (meilleure aptitude à la preuve). Cette théorie est d'une précision quasimathématique: le demandeur doit établir la totalité des éléments de fait qui sont nécessaires à l'émergence du droit qu'il invoque (art. 1315, al. 1^{er}). Mais il n'est pas tenu de prouver l'absence des éléments qui contribuent à détruire ce droit: cette preuve incombe au défendeur (art. 1315, al. 2). Non seulement cette théorie procure un fondement rationnel à l'article 1315 mais elle ambitionne de fournir des critères précis au juge.

10. Le principal détracteur de cette théorie est Bartin, dans sa mise à jour du traité d'Aubry et Rau (16). Il a eu beau jeu de démontrer que les principes énoncés par Aubry et Rau ne correspondent pas toujours avec le droit positif. Il est difficile de faire correspondre certains exemples cités par les auteurs au critère qu'ils proposent.

Bartin critique également le concept d'obstacle à l'acquisition d'un droit, dont la preuve incomberait au défendeur. Il considère ce concept comme douteux et fragile (17). Sur ce point, il est rejoint par Motulsky, qui va cependant transcender la thèse d'Aubry et Rau pour en faire la théorie la plus complète et la plus achevée à ce jour.

11. Il n'est pas aisé de faire la synthèse de la théorie de Motulsky en quelques lignes, tant elle est élaborée. On peut cependant en retenir les éléments suivants.

- (8) H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, n^o 128, p. 142. Voy. aussi: J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n^o 647; M. STORME, *op. cit.*, n^o 166, p. 159.
- (9) F. BOULANGER, «Réflexions sur le problème de la charge de la preuve», *R.T.D.Civ.*, 1966, p. 739, n^o 4.
- (10) P. ESMEIN, «Le fondement de la responsabilité contractuelle», *R.T.D.Civ.*, 1933, p. 627 et s.
- (11) R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 542 et s.
- (12) R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 545; P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 644.
- (13) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n^o 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n^o 65.

- (14) J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, Service de Reproduction des Thèses, 1980, n^o 418; M. STORME, *op. cit.*, n^o 168, p. 160.
- (15) AUBRY & RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal-Billard et Godde, t. XII, 5^e éd., 1922, § 749, p. 84 et s.
- (16) E. BARTIN, sur AUBRY & RAU, 5^e éd., *loc. cit.*, notes 19bis et s.
- (17) E. BARTIN sur AUBRY & RAU, *op. cit.*, p. 86, note 19quinquies.

H. Motulsky distingue deux étapes dans le processus d'administration de la preuve. La première est l'*allégation*, dans laquelle le demandeur avance les éléments distinctifs du droit qu'il invoque. La seconde est la *preuve*, au cours de laquelle le demandeur établit la preuve des éléments de fait allégués qui sont contestés par son adversaire. Cela l'amène à distinguer la *charge de l'allégation* de la *charge de la preuve*.

12. Dans la première étape, la partie a donc l'obligation d'alléguer l'existence de tous les éléments générateurs du droit qu'elle invoque, c'est-à-dire de tous les faits pertinents dont la réunion est nécessaire pour que le bénéficiaire d'un droit subjectif lui soit reconnu (18). Le juge doit vérifier si cette allégation est complète. S'il constate que le demandeur n'invoque pas tous les éléments de fait nécessaires à l'existence du droit réclamé, il doit le débouter sans aller plus loin et notamment sans examiner les contestations émises par le défendeur et sans qu'aucune question de preuve à proprement parler se pose.

Motulsky introduit ici le concept de dispense. Il reconnaît que, dans la pratique, le demandeur n'est pas tenu d'alléguer la totalité des éléments de faits pertinents. C'est dû à l'existence de «dispenses d'allégation». Il en existe deux catégories. Les «dispenses rationnelles» se fondent sur le simple bon sens (19). Elles portent sur les conditions de l'action: le demandeur n'est pas tenu, sauf contestation de son adversaire, d'alléguer systématiquement son intérêt à agir, sa capacité ou sa qualité. Elles portent aussi et surtout sur la «décomposition d'une notion juridique complexe» (20). Le demandeur qui invoque l'existence d'un contrat de travail n'est pas tenu, sauf contestation, d'alléguer l'existence de tous les éléments constitutifs de ce contrat (lien de subordination, rémunération...). Il lui suffit d'invoquer la notion complexe de contrat de travail. Ces dispenses rationnelles ont un effet provisoire: elles cessent dès qu'il y a contestation. Par exemple, si le demandeur n'est pas tenu d'alléguer son intérêt à agir, il devra s'expliquer sur ce point si son adversaire conteste cet intérêt. Pour reprendre l'exemple du contrat de travail, les éléments constitutifs de ce contrat devront être allégués si le défendeur en conteste l'existence.

La seconde catégorie de dispenses est formée par les «dispenses légales» (21). Cette fois, c'est le législateur qui intervient pour dispenser le demandeur de son devoir d'allégation des faits. Motulsky cite comme exemple l'article 2268 du Code civil, qui présume l'existence de la bonne foi: elle ne devra donc pas être alléguée. Mais, souvent, les dispenses légales ne sont pas expresses et devront être dégagées par l'exégèse. L'auteur propose le critère d'interprétation suivant: «il y a dispense légale de l'allégation relative à un élément générateur lorsqu'une réglementation légale est consacrée à un phénomène qui représente l'inverse de cet élément» (22). Il donne comme exemple, en droit des obligations, les articles 1109 et suiv. et 1117 du Code civil, consacrés à la nullité pour vice du consentement. Le

fait que le législateur organise l'action en nullité pour vice de consentement implique que l'allégation du principe inverse, la validité du consentement, n'est pas nécessaire. Il en va de même pour la cause inexistante ou illicite (art. 1131 C. civ.). Du fait que la loi prononce la nullité des obligations sans cause ou ayant une cause illicite, on peut déduire une dispense légale d'allégation de l'existence ou du caractère licite de la cause. Les dispenses légales aboutissent ainsi à déplacer le fardeau de la preuve; ce que ne font pas les dispenses rationnelles (23).

13. Lorsque le juge constate que les allégations du demandeur, à les supposer admises, suffisent à faire écho aux éléments générateurs du droit réclamé, il doit passer à l'examen de la position adoptée par le défendeur. Celui-ci peut se borner à nier l'existence des éléments générateurs du droit du demandeur. Mais il peut aller plus loin et invoquer à son tour un droit subjectif qui, à le supposer établi, aurait la force de contrecarrer le droit invoqué par le demandeur, c'est-à-dire de le modifier, le paralyser ou le détruire. C'est ce que Motulsky appelle la «contre-action» (24). Le défendeur supporte alors la charge de l'allégation des éléments générateurs de ce droit.

14. Une fois l'examen des allégations terminé et à supposer qu'il soit concluant, le juge peut aborder les preuves proprement dites. Il devra vérifier si des contestations existent quant à l'existence de tout ou partie des éléments générateurs de droit allégués par le demandeur. Seuls ces éléments contestés devront être prouvés par le demandeur (25). A ce stade également peuvent jouer des dispenses. Il n'existe pas de dispenses rationnelles de preuve, il n'y a que des dispenses légales. Mais celles-ci pourront être aussi bien expresses que tacites, lorsque la loi érige en phénomène particulier l'aspect renversé d'un élément générateur (26).

15. La démonstration de Motulsky est brillante et a emporté la conviction de nombreux auteurs, notamment en Belgique (27). Elle est la seule à rendre compte de tous les cas de figure. Elle est toutefois d'une manipulation délicate. Tout d'abord, la définition des éléments générateurs du droit risque de soulever quelques doutes (28). En outre, son caractère global et systématique ne peut fonctionner que grâce au concept de dispenses d'allégation et de preuve, qui permet d'introduire des exceptions au principe général. F. Boulanger relève, à ce sujet, la

(18) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 85, p. 87.

(19) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 90, p. 91.

(20) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 94, p. 94.

(21) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 95, p. 96.

(22) *Loc. cit.*

(23) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 96, p. 99.

(24) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 111, p. 121 et s.

(25) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 115, p. 128 et s.

(26) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 118 et 119, p. 131 et s.

(27) Th. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 48 et s.; J. HEENEN, «Preuve de la conformité des marchandises vendues», *R.C.J.B.*, 1952, p. 207 et s.; J. KIRKPATRICK, «Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 107, n° 4 et s.; S. STIJNS, «Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering», *R.W.*, 1989-1990, p. 1003 et s. Voyez cependant les opinions nettement plus nuancées de J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 434 et s., citant également J. CHEVALLIER.

(28) G. GOUBEAUX & P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993, n° 123.

quasi-impossibilité d'établir une catégorie limitative de dispenses rationnelles (29). Par ailleurs, si les dispenses expresses ne posent guère de difficultés, la recherche des dispenses légales tacites est beaucoup plus malaisée et suppose un travail d'exégèse du texte de loi, parfois assez subtil. Motulsky reconnaît lui-même la part d'incertitude qui tient aux difficultés d'interprétation provoquées par la recherche des dispenses. Mais ces difficultés ne justifient pas, selon lui, l'abandon de la théorie: «ce n'est pas parce qu'un guide peut commettre des erreurs que l'alpiniste se passera de son concours et préférera avancer par tâtonnements» (30).

J. Kirkpatrick a encore raffiné cette théorie en y ajoutant le concept de dispenses conventionnelles. Comme les règles de la preuve ne sont pas d'ordre public, rien n'empêche, en effet, d'introduire, dans un contrat, des règles organisant la charge de la preuve. Et, tout comme il existe des dispenses légales tacites de preuve, cet auteur admet l'existence de dispenses conventionnelles implicites (31). Elles apparaîtraient au travers de l'interprétation de la convention. On en trouve effectivement des traces dans la jurisprudence. Ainsi, le tribunal de commerce de Bruxelles a admis que le fait d'indiquer, dans un contrat de cautionnement, qu'il s'agit d'une garantie à première demande opère implicitement un renversement de la charge de la preuve: la caution s'engage à payer sans requérir préalablement la preuve; de la dette principale (32). Le travail d'exégèse opéré par le tribunal a donc permis de mettre en lumière un renversement de la charge de la preuve, ou une dispense de preuve, ce qui revient au même. L'interprétation des conventions risque toutefois d'être aussi complexe que celle de la loi, si pas davantage, dès lors que les critères qui doivent amener le juge à dégager de telles dispenses conventionnelles tacites de preuve ne sont pas définis (33).

Le praticien peut se réjouir, à la lecture de la théorie de Motulsky, de ce que celle-ci lui apporte des critères objectifs susceptibles de fonctionner dans tous les cas de figure. Il va toutefois rapidement déchanter lors de la mise en pratique de ces principes, compte tenu de la complexité de la démarche et de la difficulté de mettre à jour les dispenses tacites de preuve, qu'elles soient légales ou conventionnelles. Sur ce terrain, il se trouvera dépourvu de critères univoques et simples à utiliser.

En outre, dans certains cas controversés, comme la charge de la preuve de l'exception d'inexécution, la théorie peut être invoquée à l'appui de positions diamétralement opposées. Ainsi, certains auteurs considèrent que, lorsque le créancier a établi l'existence de l'obligation, il appartient au débiteur, demandeur sur exception, d'établir le fondement de l'exception d'inexécution qu'il invoque (34). La

(29) F. BOULANGER, *op. cit.*, p. 748, n° 12.

(30) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 121, p. 134.

(31) J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, n° 19, p. 118.

(32) Comm. Bruxelles, 11 février 1999, *R.D.C.*, 2000, 725, note BUYLE & DELIERNEUX.

(33) Le problème concret examiné par J. KIRKPATRICK est celui de la charge de la preuve en matière d'assurances. L'auteur suggère de tenir compte du fait que le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion pour reconnaître l'existence de dispenses conventionnelles de preuve tacites au bénéfice de l'assuré.

(34) Ce courant doctrinal peut s'autoriser du seul arrêt de cassation rendu sur la question: Cass., 24 avril 1947, *R.C.J.B.*, 1949, 131. Voir: N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 143 et s.

doctrine majoritaire considère toutefois qu'il appartient au demandeur d'établir tous les faits générateurs de son droit, en ce compris la correcte exécution de ses propres obligations, qui constitue un préalable avant d'exiger du débiteur l'exécution de ses obligations (35). Il s'agit d'un corollaire du principe de l'exécution trait pour trait, inhérent à tout contrat synallagmatique. Ce qui est remarquable dans cette controverse, c'est que les auteurs se fondent sur les mêmes principes, qu'ils mettent toutefois différemment en pratique.

Enfin, le système de Motulsky prend peu en compte les évolutions jurisprudentielles, qui ont parfois été radicales. Comme le relève J. Devèze, «ce qu'il faut essentiellement reprocher à Motulsky, c'est d'avoir négligé les finalités de l'intervention judiciaire, de considérer le Droit surtout comme une structure logique dont le juge doit rechercher la clef. L'auteur ne se penche pas suffisamment sur ce phénomène capital qu'est la création continue du droit au travers de son application jurisprudentielle» (36).

§4. La démarche empirique

16. Le dernier courant est constitué par ceux que l'on pourrait appeler les «empiriques». Bardin en est le chef de file. Après avoir critiqué la théorie d'Aubry et Rau, il ne cherche pas à lui en substituer une autre, cette démarche étant vouée à l'insuccès (37). Il faut, selon lui: «renoncer à poursuivre l'établissement d'une formule que la précision même qu'on veut lui donner rend incertaine et décevante à l'application et se borner à rapprocher les unes des autres les solutions fournies par la pratique sur ces questions de preuve et arriver ainsi à classer, dans des catégo-

(35) A. DE BERSAQUES, «Note sous Cass., 24 avril 1947», *R.C.J.B.*, 1949, p. 135, n° 11; B. DUBUISSON & J.M. TRIGAUX, «L'exception d'inexécution en droit belge», in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles - Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2001, p. 103, n° 59; M. CLAVIE, «La charge de la preuve, questions choisies en matière contractuelle», in *La preuve*, CUP, 2002, vol. 54, p. 5 s., n° 7; J. HEENEN, *op. cit.*, p. 211; C. JASSOGNE & M. VAN WUYTZWINKEL, «La vente» in *Traité Prat. Dr. Comm.*, t. I, Bruxelles, Story - Scientia, 1990, n° 332; Y. MERCHERS, *La vente*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 1997, n° 44; O. MICHIELS, «L'article 1315 du Code civil: contours et alentours», *Act. dr.*, 1998, p. 363 s., n° 9; *R.P.D.B.*, v° vente, n° 455; L. SIMONT, J. DE GAVRE & P.A. FORIERS, «Examen de jurisprudence - Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1976, p. 403, n° 36; M. STORME, *op. cit.*, n° 432; M.-E. STORME, «De exceptio non adimpleti contractus als uitleg-vraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast», *R.W.*, 1989-90, p. 318, n° 14; J. VAN RYN & J. HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 683. Voir aussi: Liège, 17 juin 1999, *R.D.C.*, 2000, 198.

(36) J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 444.

(37) Dans le même sens: J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 628 et 651. Plusieurs auteurs classiques donnent l'impression d'avoir travaillé de manière inductive, en partant de la jurisprudence pour remonter vers des règles plus générales. Ainsi M. PLANIOL, A. COLIN et H. CAPITANT, G. RIPERT et J. BOULANGER...

ries distinctes et relativement nettes, les différentes sortes de litiges (...)» (38). Bardin a donc définitivement abandonné toute théorie générale. Il prône simplement une analyse de la loi et de la jurisprudence pour tenter d'en retirer des lignes de force quant à l'appréciation de la charge de la preuve, qui pourraient être reproduites lors de litiges futurs. Ce travail devrait permettre de regrouper les faits en catégories, auxquelles des règles identiques pourraient être appliquées (39).

Cette démarche n'échappe pas à la critique de Motulsky qui relève que, tout en contestant l'utilité des théories générales sur la charge de la preuve, Bardin en crée une nouvelle, même si celle-ci est moins élaborée que les précédentes (40). Il ajoute que la charge de la preuve ne peut, en aucun cas, dépendre du type de fait à prouver. On peut ajouter que cette démarche empirique est complexe, tant il est parfois difficile de trouver un fil conducteur dans la jurisprudence, inspirée par l'infinie variété des données de fait des cas d'espèce.

17. On peut aussi classer dans cette catégorie des auteurs qui suggèrent de combiner les différentes théories. Ainsi Goubeaux et Bihl reconnaissent qu'elles recèlent toutes une part de vérité mais renoncent à élaborer une théorie de plus (41). G. Stevigny propose de retenir, au premier chef, l'idée que la charge de la preuve repose sur celui qui invoque un fait contraire au cours normal et habituel des choses ou à une situation établie. Il ajoute que la preuve de la vraisemblance d'une allégation par le déplacement de l'objet de la preuve ou par des présomptions déduites du «*quod plerumque fit*» est suffisante, à condition que ces présomptions puissent se rattacher directement aux faits propres à la contestation. Ce n'est qu'à titre infiniment subsidiaire qu'il admet l'utilisation des adages romains «*actori incumbit probatio*» et «*reus excipiendo fit actor*» (42). Même Demogue reconnaît que, lorsqu'il n'y a de vraisemblance dans aucun sens, on peut appliquer les principes de l'article 1315, mais il s'agirait d'un pis-aller (43).

J. Bellissent réconcilie, d'une certaine manière, les différentes théories. Selon cet auteur, l'article 1315 autorise la «détermination initiale» du débiteur de preuve, c'est-à-dire la désignation, dans un premier temps et de manière abstraite, de celui qui supporte la charge de la preuve. Mais, dans un second temps, il convient, à l'issue d'une démarche logique, de procéder à la détermination définitive du plaideur qui devra assumer le risque de la preuve. A ce stade peuvent jouer des mécanismes présomptifs, tels que des considérations d'ordre logique imposées par la nature des choses et l'application des principes de la plus saine morale (44).

(38) BARTIN sur AUBRY & RAU, *op. cit.*, p. 90, note 20bis.

(39) Certains auteurs se demandent toutefois, à la lecture des deux pages d'énumération jurisprudentielle sur la répartition de la preuve, comment BARTIN parvient «à passer de l'indicatif à l'impératif»: F. BOULANGER, *op. cit.*, p. 740, n° 5.

(40) MOTULSKY, *op. cit.*, n° 126, p. 140.

(41) G. GOUBEAUX & P. BIHL, *Répertoire de droit civil*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993, n° 126.

(42) G. STEVIGNY, «La charge de la preuve en matière civile», *J.T.*, 1957, p. 754, n° 78.

(43) R. DEMOGUE, *op. cit.*, pp. 549 et 556.

(44) J. BELLISSENT, *op. cit.*, n° 117.

18. Enfin, on ne peut passer sous silence l'étude approfondie de J. Devèze. Selon cet auteur, la recherche d'une théorie générale de la charge de la preuve est vaine, parce que l'attribution du risque de la preuve est en réalité un puissant instrument de politique juridique (45). De ce fait, le législateur et la jurisprudence ont orienté de manière très pragmatique la détermination de la charge de la preuve afin de l'adapter aux finalités qu'ils poursuivent: la sécurité juridique, la protection de la partie faible ... plus largement, la réalisation de la Justice et l'organisation des rapports sociaux en fonction du Droit. Ceci explique la grande diversité des solutions de fait, parfois divergentes et peu rationnelles sur un plan théorique, puisque les finalités recherchées peuvent varier fortement d'un cas d'espèce à l'autre. L'auteur relève qu'il est plus facile de jouer sur la détermination de la charge de la preuve que sur la règle de droit elle-même. En adaptant le risque de la preuve, on ne touche pas aux règles de droit substantiel mais on peut faciliter considérablement leur mise en œuvre.

Cette explication téléologique, à défaut de fournir des critères pour trancher les difficultés nouvelles, permet à tout le moins de justifier les solutions existantes.

§5. L'administration de la preuve

19. La réflexion sur la charge de la preuve va de pair avec l'évolution des conceptions relatives aux pouvoirs du juge et au rôle des parties dans le débat relatif aux preuves (46). En d'autres termes, charge de la preuve et administration de la preuve sont indissociables. Pour rappel, l'administration de la preuve est le processus par lequel les moyens de preuve sont portés à la connaissance du juge. Les auteurs classiques avaient une vision statique et mécanique de l'administration de la preuve: chacune des parties, à tour de rôle, devait proposer au tribunal les éléments de preuve qu'il leur incombait de rapporter. Le rôle du juge dans ce débat était fort passif: il devait rester neutre et ne pouvait s'impliquer dans le mécanisme d'administration de la preuve.

Cette conception n'est plus de mise aujourd'hui. Il est admis que le juge peut prendre des initiatives dans le cadre de la réception des preuves et il a même le devoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables (47). C'est un domaine où «l'accusatoire se mâtine d'inquisitoire» (48). Par ailleurs, le défendeur ne peut plus se cantonner dans une attitude passive. Toutes les parties ont l'obligation de participer à l'administration de la preuve, confor-

(45) J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, Service de Reproduction des Thèses, 1980, n° 516.

(46) Pour une description des différents stades de cette évolution, voir: G. STEVIGNY, *op. cit.*, n° 36 et s.

(47) E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *J.T.*, 1983, p. 518, n° 22 et 25; E. KRINGS, «L'office du juge: évolution, révolution ou tradition», *J.T.*, 1993, p. 19; E. GUTT & A.M. STRANART, «Droit judiciaire privé - examen de jurisprudence (1965 - 1970)», *R.C.J.B.*, 1974, p. 158 et s., n° 83; Cass., 15 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, 1228; Cass., 19 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 75; Cass., 17 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 1176.

(48) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 13.

mément à l'article 871 du Code judiciaire (49). Sans toutefois que cela ne modifie la charge de la preuve: le fait qu'une partie collabore activement à l'instruction du dossier ne peut aboutir à faire peser sur elle le risque de la preuve, si elle ne le supportait pas à l'origine (50).

Comme nous le verrons plus loin, cet apparemment entre charge de la preuve et administration de la preuve ne va pas sans confusions, certains auteurs justifiant la détermination de la charge de la preuve sur la base de règles qui relèvent davantage de l'administration de la preuve (voy., *infra*, n^{os} 27 et 28).

Sous-section 2.

Que reste-t-il de ces théories aujourd'hui?

§1. Le cours naturel des choses

20. Globalement, on peut dire que la théorie du cours naturel des choses est pratiquement inexistante en jurisprudence. En revanche, elle reste évoquée en doctrine, comme un fondement traditionnel de l'article 1315 (51). J.-L. Fagnart y a récemment fait écho, dans une étude sur le risque de la preuve en matière d'assurance (52).

§2. Les faits générateurs de droit

21. La théorie de Motulsky a été favorablement accueillie par la doctrine belge, comme nous l'avons indiqué plus haut. Toutefois, il est assez remarquable de constater que la jurisprudence n'a fait aucune référence explicite aux concepts de base de ce système, notamment les dispenses d'allégation et de preuve ou la «contre-action». Avec, pour conséquence, une application parfois maladroite de l'article 1315, là où le recours à la dispense de preuve aurait été fort utile pour assurer le respect des principes. Ainsi, dans un arrêt du 3 novembre 1955, la Cour de cassation a décidé «que l'assureur qui invoque la nullité de l'assurance sur le fondement de l'article 9 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances doit, conformément à l'article 1315, alinéa 2 du Code civil, établir le fondement de sa prétention

(49) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1987, 2^e éd., n^o 476; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 1016.

(50) Rapport Ch. VAN REEPINGHEN, *Pasin.*, 1967, C. jud., p. 442, col. 1; A. FETTWEIS, *loc. cit.*; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 1015; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n^o 73 et s.; Liège, 26 février 1985, *J.T.*, 1985, 271 et *Jur. Liège*, 1985, 384; Comm. Liège, 3 février 1978, *R.C.J.B.*, 1979, 451 et *J.C.B.*, 1980, 387, note DESSARD; Liège, 14 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2001, 975, somm. Voy. cependant: M. CLAVIE, «La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle», in *La preuve*, CUP, vol. 54, mars 2002, p. 14, n^o 4, qui relève dans la jurisprudence de la Cour de cassation des entorses à ce principe.

(51) Voir les références déjà citées: *supra* n^o 6.

(52) J.-L. FAGNART, «Le risque de la preuve en matière d'assurance», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Colloque du 19 septembre 2002, Fac. Univ. Saint Louis, rapport provisoire, p. 23.

et, partant, prouver que l'influence de la réticence de l'assuré sur l'opinion du risque était de nature telle que l'assureur n'eût point consenti à l'assurance ou n'y eût consenti qu'à d'autres conditions» (53). Comme le relève à juste titre J. Kirkpatrick, la solution ne peut se fonder sur l'article 1315, alinéa 2: l'assureur qui invoque la nullité du contrat pour réticence de l'assuré n'invoque pas qu'il serait libéré: il soutient que son obligation n'est pas née (54). Et l'auteur poursuit: pour justifier que l'assuré soit dispensé de prouver qu'il ne s'est pas rendu coupable d'une réticence de nature à modifier l'opinion du risque, il faut faire appel à une dispense légale tacite de preuve résultant du fait que la loi consacre une disposition à un phénomène – la nullité pour réticence – qui représente l'inverse de l'élément générateur du droit (55). Dans ce cas d'espèce, le recours au concept de dispense légale tacite de preuve aurait donc permis d'aboutir à la même solution, sans cette référence inadéquate à l'article 1315, alinéa 2.

§3. La meilleure aptitude à la preuve

22. Quant à la théorie de la meilleure aptitude à la preuve, elle a de beaux jours devant elle. C'est assurément le plus «moderne» des différents systèmes explicatifs de l'article 1315, en ce sens qu'il est sans doute le plus conforme aux mentalités actuelles. Ceci explique les nombreuses références qui y sont faites tant par le législateur que par la doctrine et la jurisprudence.

A. La preuve des faits négatifs

23. Le terrain d'élection de cette théorie est la preuve des faits négatifs. En soi, la preuve d'un fait négatif n'est pas nécessairement compliquée. Il suffit parfois de prouver le fait positif inverse. Ainsi, je peux prouver que je n'étais pas à Mons, le 23 juin 2003, en établissant que j'étais à Bruxelles ce jour-là. Ce qui est véritablement redoutable, c'est la preuve des propositions négatives indéfinies, c'est-à-dire les faits négatifs qui ne comportent pas d'antithèse (56): je n'ai jamais contracté avec cette personne, je n'ai jamais reçu la marchandise, je n'ai jamais incendié ma maison... (57). Le demandeur qui est confronté à la preuve de ce type de proposition se retrouve dès lors dans une situation délicate. Pour lui venir en aide, la doctrine a imaginé plusieurs types de solution.

Les défenseurs de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve y ont vu une belle occasion de mettre en pratique les principes qu'ils défendent. Puisque le demandeur est placé dans la quasi-incapacité de rapporter la preuve des faits qui

(53) Cass., 3 novembre 1955, *Pas.*, 1956, I, 204.

(54) J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, n^o 15, p. 115.

(55) J. KIRKPATRICK propose aussi un autre fondement pour justifier cette solution, inspiré non plus de la théorie de MOTULSKY mais du droit allemand: la disposition légale à effet négatif, *op. cit.*, n^o 6, p. 108.

(56) J. LARGUIER, «La preuve d'un fait négatif», *R.T.D.Civ.*, 1953, p. 3, n^o 4.

(57) LARGUIER fait observer que la difficulté provient davantage de l'aspect indéfini de la proposition que de son aspect négatif: une proposition positive indéfinie (j'ai toujours été à Bruxelles) serait aussi difficile à établir.

sous-tendent le droit qu'il invoque, il est plus équitable d'imposer la charge de la preuve au défendeur, qui peut être beaucoup mieux placé pour rapporter la preuve d'un fait positif inverse: ainsi, aux difficultés du demandeur qui doit rapporter la preuve de l'absence de contrat, on peut opposer la situation plus commode du défendeur qui soutient qu'un contrat a été conclu à une date déterminée; à l'assuré qui doit établir qu'il n'est pas l'auteur de l'incendie volontaire de l'immeuble garanti, on peut opposer la position de l'assureur qui peut établir de manière positive le comportement frauduleux de son assuré, etc.

Les adversaires de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve ont également proposé des solutions pour alléger la tâche du demandeur. Tout d'abord, le déplacement de l'objet de la preuve. Plutôt que d'obliger le demandeur à établir la réalité d'une proposition négative indéfinie, on peut l'amener à prouver d'autres faits positifs connexes, qui aboutissent à créer une apparence de preuve, suffisante pour que la preuve du fait négatif soit tenue pour acquise (58). Par exemple, plutôt que de tenter de prouver que je n'ai jamais contracté avec le défendeur, ce qui est une tâche impossible, je peux établir que j'ai conclu un contrat identique avec un tiers; ce qui rend peu vraisemblable la conclusion simultanée d'une convention avec le défendeur, à peine de double emploi. La liberté du juge dans l'appréciation des preuves a également été mise en avant. Même s'il ne peut imposer un renversement de la charge de la preuve, le tribunal peut néanmoins se montrer moins rigoureux dans l'appréciation des preuves proposées par le demandeur.

En Belgique, le Cour de cassation a opté pour la seconde solution. Par un arrêt du 27 février 1958, la Cour de cassation belge a admis que «si le juge peut légalement considérer que la preuve négative ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire» (59). La Cour a donc admis un certain assouplissement des règles de la preuve mais a refusé le renversement de la charge de la preuve suggéré par les tenants de la thèse de la meilleure aptitude à la preuve.

Exit donc la meilleure aptitude à la preuve? Cette théorie a la vie dure: chassée par la porte, elle rentre par la fenêtre. On va, en effet, la retrouver dans différentes décisions de jurisprudence, à l'appui de positions doctrinales mais aussi en guise de fondement de dispositions légales.

B. Résurgence de la théorie

24. Tout d'abord, on trouve des exemples de renversement de la charge de la preuve de faits négatifs dans la loi elle-même, à commencer par l'article 1315.

(58) J. LARGUIER, *op. cit.*, n° 12, p. 11 et n° 36 et s., p. 28 et s.; M. STORME, *op. cit.*, n° 122 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 94.

(59) Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 42. Par arrêt du 10 avril 2003 (CO20213F, inédit), la Cour de cassation a confirmé que l'impossibilité de rapporter la preuve ne constituait pas un motif d'intervention de la charge de la preuve.

Une application extensive de la théorie des faits générateurs de droit aurait pu conduire à imposer au demandeur de prouver non seulement l'existence de son obligation mais aussi l'absence de cause de libération du défendeur. Or, telle n'est pas la solution proposée par le Code civil dans le second alinéa de l'article 1315. C'est au débiteur qu'il incombe de prouver le paiement et, plus largement, toute cause de libération. Pourquoi? Parce qu'on peut supposer qu'il s'est réservé une preuve du paiement ou de l'exécution de son obligation (un reçu, par exemple, qu'il sera seul à détenir) et qu'il est donc mieux placé que le créancier pour prouver cette exécution (60). Il s'agit donc bien d'une application du principe de meilleure aptitude à la preuve.

25. Plusieurs décisions récentes, rendues en matière bancaire, font une référence explicite à cette théorie. Dans un jugement du 24 juin 1992, le tribunal de commerce de Bruxelles considéra que, en cas de contestation d'un retrait par le client, il revient à la banque de fournir la justification de l'opération litigieuse, sur base de sa meilleure aptitude à la preuve et étant donné l'impossibilité du client de rapporter la preuve d'un fait négatif (61). La même justification fut invoquée par ce tribunal, dans un jugement du 21 mars 1994, concernant la preuve d'un virement exécuté sans instruction du client (62), ainsi que dans un jugement du 3 décembre 1996, relativement à la preuve de la connaissance des conditions générales par le client (63). Par ailleurs, dans un arrêt du 28 juin 1993, prononcé cette fois en matière de marques, la Cour d'appel de Bruxelles reconnut expressément au juge un pouvoir d'aménagement de la charge de la preuve fondé sur l'équité (64).

X. Thunis approuve la jurisprudence du tribunal de commerce de Bruxelles, qui crée un contrepoids à l'inégalité, tant juridique que technique, qui existe dans la relation entre la banque et son client (65). Elle peut en outre s'inspirer d'une Recommandation de la Commission européenne du 17 novembre 1988 sur les systèmes de paiement (66). Plus largement, Y. Pouillet, après avoir relevé l'inégalité entre parties résultant du fait que l'une d'elles organise et contrôle l'accès, le stockage et les processus nécessaires à l'élaboration et à la conservation des transactions, suggère d'imposer au maître du système la charge de la preuve de la sécurité et du bon fonctionnement de celui-ci (67).

(60) J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 472; J. LARGUIER, *op. cit.*, n° 17, p. 14; A. TUNC sur H. & L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, t. Ier, 6e éd., 1965, n° 694-2.

(61) Comm. Bruxelles, 24 juin 1992, *R.D.C.*, 1993, 987, note BUYLE & THUNIS.

(62) Comm. Bruxelles, 21 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, 1014, note BUYLE & THUNIS.

(63) Comm. Bruxelles, 3 décembre 1996, *R.D.C.*, 1997, 741, note BUYLE & THUNIS.

(64) Bruxelles, 28 juin 1993, *J.T.*, 1993, 688.

(65) X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namur, Presses Universitaires, 1996, n° 167 et 168.

(66) Recommandation de la Commission 88/590/CEE concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes. Le texte est repris en annexe à l'ouvrage de X. THUNIS cité à la note précédente.

(67) Y. POULLET, «Probate law: from liberty to responsibility», *EDI Law Review*, 1994, p. 97.

26. Par ailleurs, dans le commentaire fouillé consacré à l'arrêt de cassation du 27 février 1958 sur la preuve des faits négatifs (68), J. Kirkpatrick relève trois exceptions au principe selon lequel le créancier doit se bouter à prouver l'existence de l'obligation mais est dispensé d'en prouver l'inexécution (69). Ces exceptions sont fondées sur la meilleure aptitude à la preuve.

Il s'agit de:

- la preuve de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire: la doctrine est à peu près unanime à considérer qu'imposer la preuve de l'exécution d'une obligation de ne pas faire au débiteur l'obligerait à rapporter la preuve de l'exécution d'une proposition négative indéfinie (70);
- la preuve de l'inexécution d'une obligation de moyens: c'est au créancier qu'il incombe de démontrer l'inexécution par le débiteur d'une telle obligation (71). Pourquoi? Parce que le débiteur serait en peine de démontrer qu'il a en permanence respecté la norme de comportement que l'on attend d'un individu normalement prudent et diligent, alors que le créancier pourra plus aisément rapporter la preuve d'une faute précise dans le chef du débiteur;
- la preuve de l'inexécution partielle d'une obligation de résultat: alors qu'il incombe normalement au débiteur d'une obligation de résultat inexécutée de rapporter la preuve de la bonne exécution, la preuve de cette inexécution incombe au créancier lorsque l'inexécution n'est que partielle (72). Encore une

(68) J. KIRKPATRICK, «L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs», *R.C.J.B.*, 1959, p. 46 et s.

(69) Il y a lieu de noter que, selon M. STORME, c'est toujours au créancier qu'il incombe de prouver l'inexécution, même dans le cas d'une obligation de résultat: *op. cit.*, n° 416 et s.

(70) PLANIOL, note sous Paris, 8 février 1896, *Dall. pér.*, 1896, II, 457; A. TUNC sur H. & L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 694-5 et les auteurs cités à la note 2.

(71) B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle», in *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. XVII, déc. 1998, p. 104, n° 11; R. LE-GEAIS, *Les règles de preuve en droit civil - Permanences et transformations*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 104; Ph. LE TOURNEAU & L. CADIET, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1521; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 28; A. TUNC sur H. & L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 694-4; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 131. *Contra*: J. BELLISSENT, *op. cit.*, n° 647, qui estime que la preuve de la bonne exécution pèse également sur le débiteur d'une obligation de moyens et que ce sont souvent des considérations pratiques qui amènent à reporter la charge de la preuve sur le créancier. M. STORME soutient exactement l'inverse: c'est toujours le créancier qui doit prouver l'inexécution. Ces divergences assez radicales montrent bien la difficulté de cette matière. D'autres auteurs considèrent également que la distinction entre obligations de moyens et de résultat n'apporte pas grand chose au niveau de la charge de la preuve: J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 189 et 196; Ph. REMY, «La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept», *R.T.D.Civ.*, 1997, p. 343, n° 27; D. TALLON, «Pourquoi parler de faute contractuelle?», in *Mélanges offerts à G. Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 437; D. TALLON, «L'inexécution du contrat: pour une autre présentation», *R.T.D.Civ.*, 1994, p. 231, n° 23.

(72) R. BEINEIX, «La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle», *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 664; A. COLIN & H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9e éd., Paris, Dalloz, 1942, par JULLIOT DE LA

.../...

fois, pour des raisons de meilleure aptitude à la preuve: le débiteur serait mal placé pour prouver l'absence de défaut dans l'exécution alors que, bien souvent, la réclamation ne survient qu'après la remise du résultat de l'obligation entre les mains du créancier (73).

C. Appréciation critique et recherche de solutions

27. Cela étant, la doctrine de la meilleure aptitude à la preuve verse dans une confusion entre charge de la preuve et administration de la preuve (74). Nous avons rappelé plus haut l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve. Dans ce cadre, si une des parties est mieux placée pour fournir des éléments probants au juge, son devoir de collaboration sera d'autant plus intense. Il en va particulièrement ainsi lorsque toutes les preuves sont concentrées entre les mains d'une partie, par exemple une banque, qui dispose de la maîtrise intégrale du système informatique par lequel les opérations sont passées. Le législateur est parfois intervenu, pour concrétiser plus particulièrement cette obligation de participation à l'administration de la preuve. Ainsi, l'article 16 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale prévoit que l'agent commercial peut exiger que lui soient fournies toutes les informations, en particulier un extrait des livres comptables, qui sont à la disposition du commettant et qui lui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues. On se situe ici au stade de l'administration de la preuve: la loi n'institue aucun renversement de la charge de la preuve mais facilite la tâche de l'agent qui recherche des éléments de preuve pour soutenir son droit à la commission.

28. Lorsque l'on se place sur le terrain de la charge de la preuve, c'est, par définition, parce que la phase d'instruction du dossier est terminée et qu'il subsiste des lacunes, qu'aucune des parties ne peut combler. Même si l'une d'entre elles était mieux placée pour fournir des moyens de preuve au juge, elle n'a pas été en mesure d'apporter des éléments décisifs. A ce stade, il n'y a plus de partie mieux placée pour prouver: les deux parties ont «épuisé leurs munitions» et sont dans l'incapacité d'apporter des preuves supplémentaires. Dès lors, c'est à juste titre que Motulsky considère qu'il est choquant de voir succomber une partie sous le seul prétexte que la preuve lui aurait été plus facile qu'à son adversaire, alors que, par hypothèse, cette preuve n'a pu être faite (75).

.../...

MORANDIERE, t. II, n° 134; G. RIPERT & J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, n° 700; A. DE BERSAQUES, *loc. cit.*; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, n° 596, *lit. B*; A. TUNC sur H. & L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. Ier, n° 694-4, note 7. Ce dernier auteur fait toutefois observer que cette distinction est très difficile à mettre en pratique et peut mener à des difficultés insolubles. *Contra*: J. BELLISSENT, *op. cit.*, p. 278, note 1257; J. HEENEN, *op. cit.*, p. 212; Ph. LE TOURNEAU & L. CADIET, *op. cit.*, n° 1523 et M. STORME, *op. cit.*, n° 423 et s., pour qui la distinction entre obligation totalement et partiellement inexécutée n'a aucun sens (elle est effectivement inspirée bien plus par des considérations pratiques relatives à la facilité de la preuve que par une cohérence théorique).

(73) R. BEINEIX, *op. cit.*, p. 667.

(74) M. STORME, *op. cit.*, n° 164.

(75) H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 125, p. 139.

29. Ces considérations auraient pu justifier un enterrement définitif de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve. Les auteurs et les tribunaux cités aux paragraphes précédents se sont-ils donc lourdement trompés? Si l'on impute malgré tout le risque de la preuve à la partie qui *était* la mieux placée au stade de l'administration de la preuve, il faut alors chercher la justification en dehors d'une simple question d'aptitude. N'existe-t-il pas une autre manière de justifier cette position? C'est ce que nous allons examiner.

Peut-on présumer la dissimulation dans le chef de la partie la mieux placée pour administrer la preuve et lui faire supporter le risque de la preuve pour cette raison? Il est clair que la partie la plus apte à prouver n'est pas toujours aussi collaborante que le veut la loi et qu'il est difficile d'établir qu'elle retient des pièces utiles à la solution du litige. On ne peut toutefois aller jusqu'à présumer qu'elle est de mauvaise foi et qu'elle cache sciemment des moyens de preuve pertinents. Comment lui imposer le fardeau de la preuve dans ces conditions?

30. Une première constatation s'impose: les hypothèses dans lesquelles la doctrine et la jurisprudence font appel à la meilleure aptitude à la preuve sont très diversifiées et difficiles à ranger sous une même étiquette. Dans certains cas, on peut considérer que les parties ne sont pas sur pied d'égalité (l'exemple de la relation banque – client). Cela peut être dû au fait que la relation contractuelle trouve sa source dans un contrat d'adhésion ou au fait que tous les éléments de preuve sont concentrés dans les mains d'une seule partie. Dans d'autres cas (les exemples cités par J. Kirkpatrick), le déséquilibre contractuel n'est pas flagrant. C'est plutôt la nature de l'obligation (ne pas faire, moyens ou résultat) ou son degré d'exécution (complète, partielle) qui rend la preuve plus ou moins difficile.

31. L'équité peut-elle être considérée comme un fondement de cette position? C'est ce que suggère explicitement la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 28 juin 1993 (voy., *supra*, n° 25) et c'est ce que sous-entendent plusieurs auteurs, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine (76).

Notons tout d'abord que l'explication ne pourrait être admise que lorsque les parties ne sont pas à armes égales. Face à une situation contractuelle déséquilibrée, on imputerait alors le risque de la preuve à la partie la plus forte, non pas parce qu'elle est la mieux placée pour prouver mais pour rétablir l'équilibre contractuel. Poussée à son terme, cette justification devrait amener à imputer systématiquement la charge de la preuve à la partie forte du contrat: la banque, la compagnie d'assurance ... Or, ce n'est pas le cas: tout le monde s'accorde à reconnaître des hypothèses dans lesquelles l'assuré ou le client de la banque supportent la charge de la preuve (77). L'équité, si elle est acceptée comme un fondement de la redistribution de la charge de la preuve, ne jouerait donc qu'un rôle occasionnel ou sub-

sidiaire, pour corriger des inégalités trop criantes. En revanche, lorsque le déséquilibre n'existe pas, l'équité n'est pas un fondement raisonnable de la répartition du risque de la preuve, sauf à retomber dans la confusion dénoncée plus haut entre l'administration de la preuve et la charge de la preuve.

La doctrine moderne a mis en lumière les deux fonctions essentielles de l'équité: la fonction correctrice et la fonction supplétive (78). La fonction correctrice permet au juge de déroger à l'application du droit strict lorsque cette application rigoureuse blesserait gravement l'équité (79). Elle suppose nécessairement l'existence d'un texte légal spécifique qui investit le juge d'un tel pouvoir modérateur (80). Et de fait, la Cour de cassation sanctionne les magistrats qui sapent la force obligatoire des contrats sans autorisation légale spéciale (81). Cette fonction ne permet pas de remettre en cause en tout temps des règles légales bien établies et n'autorise que des interventions ponctuelles dans des hypothèses bien définies. Elle ne constitue donc pas la solution à notre problème.

32. Toutefois, l'équité remplit également une seconde fonction: la fonction supplétive. Celle-ci permet de compléter le contenu du contrat, dans l'hypothèse de lacunes, afin d'assurer un équilibre entre les intérêts des cocontractants (82). Dès lors, la référence à la fonction supplétive de l'équité se justifie avec plus d'acuité quand existe un réel déséquilibre, en particulier lorsque la partie économiquement la plus faible risque de ne pas pouvoir respecter ses engagements en raison de sa situation (83).

Dans le cas qui nous occupe, force est de constater que – hormis des dispositions légales relatives à la charge de la preuve figurant dans des lois particulières – les principes sont concentrés à l'article 1315, qui est rédigé en des termes fort généraux et dont l'application est, dans bien des cas, sujette à caution. L'intervention de l'équité ne serait donc pas tant correctrice – à défaut d'un texte de loi précis qu'il conviendrait de modérer – que supplétive, afin d'aider le juge à combler les obscurités du cas d'espèce, tout en trouvant une solution équilibrée. Sous cet angle, l'équité peut effectivement jouer un rôle, pour autant qu'il existe un déséquilibre contractuel, comme nous l'avons dit plus haut. Ce travail pourra prendre diverses formes: la qualification des obligations litigieuses, le forçage du contrat ou la création de présomptions par la jurisprudence. A notre sens, cela ne va toutefois pas jusqu'à permettre au juge d'apprécier la répartition de la charge de la preuve au cas par cas.

(76) Selon L. CORNELIS, le recours à l'équité traduit un déficit de démocratie: c'est le législateur qui est chargé d'établir les lois et il ne peut se décharger de ce devoir sur le juge en lui permettant de statuer en équité («Een toekomst voor de dictatuur van redelijkheid en billijkheid?», *T.P.R.*, 2001, p. 13 et s.).

(77) A titre exemplatif, voir l'article cité de J.-L. FAGNARD sur le risque de la preuve en matière d'assurance.

(78) Voir à ce sujet: Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 253 et s.

(79) G. CORNU, «Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions)», *Etudes offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, note 16, p. 88.

(80) Ch. ALBIGES, *op. cit.*, n° 259.

(81) P. VAN OMMESLAGHE, «Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années», *T.P.R.*, 2001, p. 363, n° 7 et les références citées.

(82) Ch. ALBIGES, *op. cit.*, n° 463.

(83) *Ibidem*, n° 468.

Le travail du juge passe nécessairement par l'analyse des obligations assumées par les parties et leur qualification. Si cette démarche conduit à reconnaître l'existence d'une obligation de résultat dans le chef du débiteur, cela amènera naturellement à lui imputer le risque de la preuve. Le juge soucieux de rétablir un déséquilibre contractuel pourrait utiliser cet outil pour jouer sur la charge de la preuve. Ainsi, si on admet que l'obligation supportée par la banque relativement à la bonne fin des opérations est une obligation de résultat, parce que sa parfaite maîtrise de son système supprime l'aléa, elle devra naturellement supporter la charge de la preuve de l'exécution correcte de la transaction passée grâce à son installation. On assiste à cet égard, au fil du temps, à des renversements de jurisprudence: des obligations antérieurement tenues pour des obligations de moyens deviennent des obligations de résultat (84).

Mais cette démarche de qualification peut s'avérer insuffisante. Dans certains cas, le juge se voit contraint d'amplifier le contenu contractuel, en y greffant un certain nombre d'obligations que les parties n'envisageaient pas initialement: c'est qu'on appelle la technique du «forçage» du contrat (85). C'est ainsi que se sont imposées progressivement des obligations telles que l'obligation de renseignement du cocontractant professionnel. De cette manière, le juge pourrait être amené à ajouter une obligation de résultat au faisceau d'obligations découlant du contrat; ce qui aurait des répercussions évidentes sur la charge de la preuve.

Mais cette justification ne fonctionnera pas dans toutes les hypothèses: il n'est pas toujours possible de soutenir que la partie la plus apte à prouver assumait simultanément une obligation de résultat. Il suffit de reprendre les trois exceptions citées par J. Kirkpatrick (voy., *supra*, n° 26). Par exemple, si on admet que le créancier d'une obligation de moyens ou d'une obligation de ne pas faire doit apporter la preuve de la faute du débiteur, il ne supporte pas pour autant une obligation de résultat à l'égard du débiteur. Cela n'a pas de sens.

Une autre manière d'influencer la charge de la preuve consiste à créer des présomptions prétoriennes (86). Les présomptions légales aboutissent à renverser la charge de la preuve (ou à créer une dispense de preuve, ce qui revient au même) (87). Une présomption créée par le juge amènerait le même résultat. L'exemple le plus flagrant de ce type de présomption créée de toutes pièces par la jurisprudence est la présomption de connaissance des vices du vendeur professionnel (88).

(84) Voyez en France: Cass. fr., 21 octobre 1997, *D.*, 1998, somm., p. 199, concernant l'obligation de sécurité du moniteur de parapente.

(85) Ch. ALBIGES, *op. cit.*, n° 473; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2002, n° 536.

(86) M. FONTAINE, «Rapport de synthèse», in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco - belges)*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 641, n° 38.

(87) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 188 et s.

(88) B. DUBUISSON, «Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel», *Ann. dr. Louv.*, 1988, p. 177 et s. Pour une critique de l'opportunité de cette présomption, lire: P.A. FORIERS, «Conformité et garantie dans la vente», in *De koop/La vente*, Bruges, La Chartre, 2002, p. 51 et s., n° 53 et s. Ce n'est pas le seul cas: .../...

Dans le cas qui nous occupe, certains auteurs n'hésitent pas à parler de présomption de bonne exécution ou d'inexécution, suivant les cas, dans le chef du débiteur (89).

33. Enfin, on pourrait faire dépendre l'attribution du risque de la preuve d'une forme de responsabilité. Il faudrait admettre que la partie qui était la mieux placée pour se ménager des éléments de preuve et qui ne l'a pas fait commet une forme de négligence. L'attribution du risque de la preuve agirait alors à titre de sanction à l'égard de la partie la plus apte à prouver (90).

Ou encore, dans d'autres circonstances, il s'agirait d'une sorte de responsabilité objective: la partie qui a la maîtrise intégrale d'un système (informatique ou autre) supporte les risques inhérents à sa gestion, en ce compris au niveau de la preuve. Reprenons l'exemple de la banque et de son réseau informatique. Il est très difficile d'imposer au client la preuve d'un dysfonctionnement de l'installation. Mais il est tout aussi difficile d'imposer à la banque la preuve certaine du parfait fonctionnement du système: elle peut rapporter la preuve de la bonne exécution d'autres transactions mais il subsistera toujours un doute quant à la bonne fin de l'opération litigieuse. Si on impute malgré tout le risque de la preuve à la banque, ce serait parce qu'elle est tenue d'assumer les risques relatifs à l'installation dont elle a la seule maîtrise.

Il résulte des considérations qui précèdent que la meilleure aptitude à la preuve est donc un critère qui justifie un renforcement des exigences de collaboration à l'administration des preuves à l'égard d'une des parties mais n'est pas une justification de la répartition du risque de la preuve. Cette justification reste à explorer et les pistes que nous suggérons ne sont qu'une amorce de réflexion.

Sous-section 3.

Ces théories ont-elles encore une place aujourd'hui?

§1. Finalités des théories générales

34. Pour tenter de répondre à cette question, il faut d'abord rechercher la raison d'être de ces théories. Sans vouloir être exhaustif, on peut leur découvrir trois fonctions:

.../...

J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 481, cite, entre autres exemples, la responsabilité du gardien d'une chose vicieuse, qui s'est historiquement imposée en France par l'intermédiaire d'une présomption de faute du gardien, créée par la jurisprudence. En Belgique, voir aussi, au sujet de la présomption de copropriété des chemins d'exploitation, B. VANBRABANT, «Les chemins d'exploitation, ces méconnus», *Act. dr.*, 1999, p. 674 et s., spéc., p. 681 et s.

(89) A. TUNC, *op. cit.*, n° 694-2 (présomption d'inexécution) et 694-4 (présomption de bonne exécution).

(90) J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 418 et n° 459.

- Une fonction justificative: ces théories mettent en lumière les présupposés de la loi et permettent donc de justifier la rationalité des choix du législateur.
- Une fonction exploratoire: elles offrent des critères pour résoudre les problèmes concrets que rencontre le praticien.
- Une fonction correctrice: elles peuvent induire des renversements de la charge de la preuve dans certains cas spécifiques.

§2. Ces finalités sont-elles rencontrées en pratique?

35. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les trois grandes théories (faits générateurs du droit, cours naturel des choses et meilleure aptitude à la preuve) offrent – jusqu'à un certain point – des justifications acceptables des principes figurant à l'article 1315. Cela étant, s'il est rassurant de savoir que le législateur n'est pas irrationnel, on ne peut limiter l'utilité des théories générales sur la charge de la preuve à la simple fonction justificative, à peine de laisser sur leur faim les praticiens à la recherche de critères concrets pour résoudre les cas d'espèce.

C'est précisément au niveau de la recherche de solutions pratiques que les difficultés apparaissent. En effet, aucune de ces théories ne remplit de manière satisfaisante la fonction exploratoire. La théorie du cours naturel des choses est beaucoup trop générale et ne fournit pas de critère dans les situations complexes. La théorie de la meilleure aptitude est subjective et laisse le juge complètement démuné de critères préexistants. La théorie de Motulsky peut paraître un peu abstraite et contraire à la magistrat à une gymnastique interprétative malaisée. En outre, ces théories peuvent être invoquées pour justifier des solutions assez disparates; ce qui va à l'encontre de leur finalité.

Quant à la fonction correctrice, c'est le domaine de prédilection de la théorie de la meilleure aptitude (91). Elle peut induire, en effet, de véritables renversements de la charge de la preuve, lorsque l'application stricte de l'article 1315 amène à des conséquences iniques. L'examen de la jurisprudence récente en matière bancaire ou de droits intellectuels (voy., *supra*, n° 25) démontre en tout cas que certains tribunaux se sentent prêts à assumer cette tâche. Ils ne revendiquent pas une application systématique de cette théorie mais plutôt à titre de soupape, dans certaines situations difficiles. Mais les risques d'une telle démarche sont évidents: sous couvert d'équité, on peut complètement démanteler l'architecture de l'article 1315 et sombrer dans l'arbitraire. On ouvre ainsi la boîte de Pandore. Comme le relève L. Fin-Langer, le danger s'avère d'autant plus réel que, pour être efficace, le juge qui souhaite agir sur l'équilibre contractuel doit disposer d'une marge d'appréciation assez grande (92). La définition d'un cadre strict pour l'intervention du tribunal est donc indispensable. La place manque dans les limites de la présente étude pour approfondir cette question. Des pistes de réflexion existent déjà et on peut renvoyer le lecteur à l'excellente analyse de Madame Fin-Langer sur le rôle actif

du juge en matière de correction des déséquilibres contractuels (93). En tout état de cause, l'attribution du risque de la preuve n'est pas complètement abandonnée au pouvoir souverain du juge du fond et reste une question contrôlée par la Cour de cassation (94).

§3. Vers un système idéal?

36. Les théories sur la charge de la preuve sont-elles un héritage un peu encombrant et inutile? Une tentative brillante mais avortée pour élaborer un système intellectuellement satisfaisant? Faut-il, comme le préconise Bardin, baisser les bras et s'en remettre entièrement à la sagesse des juges?

On ne peut pas raisonnablement laisser l'homme de terrain dépourvu de tout critère de détermination de la charge de la preuve. D'autant que les enjeux ne sont pas anodins: c'est du gain ou de la perte du procès qu'il s'agit. Mais, en même temps, le réalisme doit s'imposer. Aucun système ne fournira de solution claire et facile à trouver dans tous les cas de figure. Il y aura toujours des situations problématiques, dans lesquelles le juge devra avancer à tâtons et au risque d'être contredit.

Il faut donc, à tout le moins comme point de départ, un système préexistant, qui ne serait pas reconstruit à chaque débat, au gré des procédures. La théorie de Motulsky offre, à cet égard, la rigueur nécessaire. Elle est conforme au texte de l'article 1315 et susceptible de s'appliquer à des situations complexes. Mais son caractère un peu abstrait et mécanique doit être assoupli, en s'inspirant notamment des principes qui animent les autres théories.

37. Tout d'abord, la distinction évoquée par Motulsky entre la charge de l'allégation et la charge de la preuve peut paraître fort tranchée. Dans la pratique, l'examen des allégations des parties est généralement implicite et n'apparaît pas dans la décision. Par ailleurs, si le juge constate que l'une des parties n'allègue pas l'existence de tous les éléments générateurs du droit qu'elle invoque, le débouté pur et simple constitue une sanction sévère. Ne faut-il pas mieux inviter cette partie à s'expliquer sur le fondement de sa demande?

Ensuite, il n'est pas douteux que l'apparence et la vraisemblance jouent un rôle important dans le débat probatoire. Concrètement, et indépendamment de tout discours juridique, la partie qui lutte contre une apparence de droit, même si elle ne supporte pas le risque de la preuve, aura une tâche plus lourde que son adversaire pour convaincre le juge. Par ailleurs, le droit de la preuve est plus le terrain des probabilités que des certitudes. Lorsque le magistrat considère que la preuve est acquise, c'est bien souvent davantage une conviction morale qu'une certitude scientifique.

(91) Nous continuerons à utiliser cette appellation par facilité pour le lecteur, malgré son caractère inapproprié.

(92) L. FIN-LANGER, *op. cit.*, n° 543.

(93) *Ibidem*, n° 555.

(94) J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 418.

La libre appréciation des preuves par le juge occupe également une place non négligeable. Les faits juridiques peuvent être établis par toutes voies de droit. Mais le juge dispose, à cet égard, d'un pouvoir d'appréciation important sur la valeur probante des éléments de preuve fournis par les parties. Cela contribue à relativiser l'aspect décisif du débat sur la charge de la preuve. Ce pouvoir d'appréciation permet, le cas échéant, au juge de voler au secours d'une partie confrontée à une preuve difficile à rapporter, dès lors qu'il considère que les éléments qu'elle avance constituent des présomptions graves, précises et concordantes. Ce n'est que lorsqu'une partie ne produit aucun élément que le pouvoir d'appréciation du juge se montre totalement inopérant.

En outre, la manière dont l'administration de la preuve est menée peut être déterminante. Il a été dit que l'attitude adoptée par les parties dans le cadre de l'administration de la preuve est sans incidence sur l'appréciation de la charge de la preuve (*supra*, n° 19). En particulier, le défendeur qui sort de sa réserve pour avancer des éléments de preuve n'en est pas pour autant réputé accepter implicitement un renversement de la charge de la preuve. Mais la situation est plus nuancée lorsque le défendeur refuse de collaborer à l'administration de la preuve, surtout s'il est supposé détenir des éléments de preuve pertinents. Le défaut de collaborer à la preuve ne permet pas de considérer le fait litigieux comme avéré (95). Cette solution est exclue dans le rapport du Commissaire royal Van Reepinghen «parce qu'elle eût été de nature à entraver la libre appréciation des faits par le juge; elle n'eût pu, au surplus, être appliquée à un tiers» (96). Rien n'empêche cependant que le juge forme sa conviction sur un ensemble de présomptions, parmi lesquelles figure le refus d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve (97). Ce devoir de collaboration oblige non seulement le défendeur à fournir les éléments de preuve qui lui sont demandés mais aussi à prendre certaines initiatives. C'est ainsi que l'acheteur d'un bien défectueux, même dans l'hypothèse où il ne supporte pas le fardeau de la preuve, devra néanmoins prendre des mesures conservatoires pour permettre les constats, voire demander une expertise judiciaire, si le vendeur n'a pas eu, en fait, la possibilité de la provoquer lui-même (98). Cette extension du devoir de collaboration des parties à l'administration de la preuve vide le débat sur le risque de la preuve d'une bonne part de son objet. A supposer que le défendeur récalcitrant ne supporte pas la charge de la preuve, on peut lui reprocher une faute dans l'administration de la preuve et, en définitive, il aura quand même perdu le procès!

(95) Mons, 21 juin 1995, *R.G.A.R.*, 1997, 12793. En France, J. DEVEZE milite cependant pour la solution contraire: le refus non justifié de collaborer à l'administration de la preuve devrait être sanctionné par l'attribution du risque de la preuve – *op. cit.*, n° 459.

(96) Rapport sur la réforme du Code judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 443. Voir aussi: G. de LEVAL, «L'instruction sans obstruction», in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 22, n° 9; D. DESSARD, Note sous Comm. Liège (Réf.), 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, p. 391; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 33; J. VAN COMPERNOLLE, «La production forcée de documents dans le Code judiciaire», *Ann. Dr. Louvain*, 1981, p. 103; P. VAN LEYNSEELE & M. DAL, «Pour un modèle belge de la procédure de *discovery*?», *J.T.*, 1997, p. 225 s., n° 34.

(97) G. de LEVAL, «Brèves observations sur la loyauté et la sécurité dans le procès civil», in *La bonne foi*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1990, pp. 451 et s.; D. & R. MOUGENOT, *loc. cit.*; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 1017; M. STORME, n° 439.

(98) J. VAN RYN & J. HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 683.

Peut-on aller plus loin et admettre un rôle actif du juge dans la détermination du risque de la preuve, spécialement en cas de déséquilibre contractuel? Nous avons vu que le rôle supplétif de l'équité pouvait justifier des aménagements de la situation juridique des parties, qui entraînent des répercussions importantes au niveau de la charge de la preuve. Si la jurisprudence poursuit dans la voie dans laquelle elle paraît s'être engagée, à tout le moins un effort de définition d'un cadre pour cette démarche est indispensable, pour éviter tout arbitraire. Ce sera un beau défi pour les auteurs du XXI^e siècle.

Section 2.

L'article 1341 et la prééminence de la preuve écrite

Sous-section 1.

Les données de base du Code civil

38. Le Code civil a mis en place un régime de preuve légale, donnant la préférence à l'écrit préconstitué.

Un régime de preuve légale s'oppose à un régime de preuve libre. C'est la loi qui détermine les modes de preuves admissibles et qui en fixe la force probante. Les raisons de l'adoption de ce système sont multiples:

- La protection des parties faibles: la détermination légale des modes de preuves, sous cet aspect, a pour but d'éviter les abus;
- La sécurité: les relations juridiques sont plus sûres lorsque leur contenu est davantage susceptible d'être prouvé de manière certaine (99).

On peut y ajouter, historiquement, une certaine méfiance du législateur à l'égard des juges, qui s'est traduite par une volonté de museler le pouvoir d'appréciation des tribunaux (100).

Par ailleurs, le choix d'un certain formalisme probatoire entraîne des lourdeurs et aboutit parfois à empêcher la partie en droit d'établir le bien-fondé de ses affirmations, à défaut de disposer de l'instrument de preuve adéquat (101).

Cela étant, si l'article 1316 énumère une liste de procédés de preuve, celle-ci n'est pas limitative et on trouve d'autres modes de preuves admissibles en droit commercial (facture acceptée, comptabilité...) et en droit judiciaire (expertise, vue des lieux...).

Plus contraignant est le recours obligatoire à la preuve préconstituée. «Préconstituer la preuve, c'est, à l'occasion d'actes ou de faits juridiques, créer, dans le but de pouvoir en établir la réalité le cas échéant, un ou plusieurs documents présent-

(99) G. GOUBEAUX & P. BIHR, *op. cit.*, n° 18 et s.; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 4; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 42 et s.

(100) J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 304.

(101) F. GENY, *op. cit.*, t. III, p.227; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 46.

tant suffisamment de garanties pour que la loi accorde une force probante souveraine.» (102). Cette définition, donnée par Legeais, n'est pas assez générale, en ce qu'elle fait allusion à des «documents». On pourrait cependant envisager qu'un acte juridique soit conclu devant témoins, sans qu'aucun «document» ne soit rédigé, auquel cas il s'agirait d'une forme de preuve testimoniale préconstituée. Le même auteur ajoute que «la preuve préconstituée doit donc être déterminée de manière suffisamment souple, pour qu'elle puisse réaliser sa fonction vis-à-vis d'actes et de faits infiniment variés. Mais elle doit aussi être suffisamment sérieuse pour justifier la grande force probante qui lui est conférée» (103).

39. Il n'y a pas d'équivalence de principe entre la preuve préconstituée et la preuve littérale. «Il peut y avoir preuve préconstituée sans écriture, pourvu que l'on use de signes auxquels on attache une idée bien nette» (104). Le choix de l'écrit à titre de preuve préconstituée est cependant la règle la plus ancienne parmi celles qui figurent dans le chapitre du Code civil consacré à la preuve. Elle remonte à l'Ordonnance de Moulins de février 1566, complétée par l'Ordonnance civile de Louis XIV d'avril 1667 (105). Le passage clef de l'Ordonnance de Moulins est le suivant:

«Pour obvier à multiplications de faits que l'on a vus ci-devant estre mis en avant en jugemens, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconveniens et involutions de procès: avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera fait et reçue toute preuve esdites matières».

Pris à la lettre, ce texte ne poursuit qu'un seul objectif: éviter la multiplication et la prolongation des procès. De manière assez unanime toutefois, la doctrine y voit la marque de la progression de l'écrit dans les relations sociales. Au XVI^e siècle, alors que l'écriture se généralise, on a abandonné l'ancienne règle «témoins passent lettres» pour adopter le système contraire. Les historiens du droit font remarquer qu'à une époque où peu de gens étaient capables de signer, il était aisé de falsifier un écrit de telle manière que les actes non authentiques étaient aussi suspects que les témoignages. On peut comprendre l'ancienne opinion selon laquelle le témoignage des vivants était plus digne de foi que le témoignage mort des écrits (106).

(102) R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 49.

(103) R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 48.

(104) E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 4^e éd., Paris, Plon et Maresq, 1873, t. II, p. 2, n° 452.

(105) Pour consulter le texte de ces ordonnances, voir: J. FALLY, «Les lettres missives», note sous Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 75, note 1; voir aussi: R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 39.

(106) M. PLANIOL, t. II, n° 1137.

40. Le Code civil a repris telle quelle la règle de l'Ordonnance de Moulins, en précisant toutefois que la preuve était libre pour les opérations portant sur une somme de moins de 150 francs. Il a ainsi intégré la pièce la plus importante du formalisme probatoire. La règle a toutefois été cantonnée dans le domaine des obligations civiles. Une frontière nette entre le domaine civil et le domaine commercial a toujours été respectée.

Le texte légal n'a pas été modifié et le régime mis en place en 1804 existe toujours aujourd'hui. Il a été explicitement maintenu lors de la rédaction du Code judiciaire (107). Seul le seuil en dessous duquel la preuve est libre a été adapté à l'évolution de la valeur de l'argent: la somme de 150 francs, figurant dans le texte initial, est devenue 1.500 francs en 1938, 3.000 francs en 1948 et enfin 15.000 francs en 1990, convertie en 375 euros (108).

Sous-section 2.

Appréciation critique

§1. La preuve légale

41. Faut-il abolir le principe de la preuve légale? Il n'est pas certain qu'une libéralisation des règles de la preuve apporterait plus d'efficacité et de sécurité dans les relations juridiques. Les parties ne risquent-elles pas de s'enliser dans des débats interminables en vue d'atteindre la vérité (109)? Plusieurs auteurs ont traduit assez adéquatement ce constat: «Il est préférable de consacrer, dès aujourd'hui, un état de fait rationnellement vraisemblable que d'avoir, demain, à l'issue d'une discussion épuisante, à tenir pour exact ce qui est sans doute aussi incertain» (110). Ou encore, de manière plus lapidaire: «Le repos des familles et de la société repose non seulement sur ce qui est juste mais aussi sur ce qui est fini» (111).

Il n'en reste pas moins vrai que le juge ne se laissera jamais entraver complètement par un carcan légal, quel qu'il soit, et cherchera toujours à exercer son pouvoir d'appréciation, élargissant doucement et par petites touches le cadre qui lui est imparti: «on peut s'attendre à ce que, en une période où de multiples dispositions législatives accroissent les prérogatives dont il est appelé à faire usage, le juge sache se libérer de cette entrave pour retrouver la liberté de sa conviction. Une conviction se forge. Elle ne se commande pas» (112).

(107) Ch. VAN REEPINGHEN, «Rapport sur le Code judiciaire», *Pasin.*, 1967, p. 441, col. 1.

(108) A.R. du 20 juillet 2000 portant exécution en matière de justice de la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution - *M.B.*, 30 août 2000, p. 29.497.

(109) GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 19; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 17; Ch. VAN REEPINGHEN, *op. cit.*, p. 462, col. 2.

(110) J. NORMAND, *op. cit.*, n° 306.

(111) MONTESQUIEU, cité par G. de LEVAL, *Institutions judiciaires*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1993, n° 4.

(112) J. NORMAND, *op. cit.*, n° 306.

42. La question s'est toutefois sérieusement posée lorsque les juristes ont été confrontés aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Dès lors que ces procédés cadraient assez mal avec la définition de l'acte sous seing privé, supprimer le cadre légal mis en place dans le Code civil aurait permis de les accueillir comme moyens de preuve. Pour certains, il fallait donc généraliser la liberté des preuves (113). Ce courant est toutefois resté minoritaire. En effet, la liberté des preuves subordonne l'admission des techniques informatiques à l'appréciation discrétionnaire des juges. Suivant les tendances et les mentalités, on risquait d'être confronté à des jurisprudences contradictoires, dans un domaine aussi sensible (114). La pratique a d'ailleurs démontré que l'absence de réglementation risquait de dégénérer en anarchie et qu'un certain formalisme était indispensable pour assurer la confiance du public (115). Ces réflexions sont intéressantes car on aurait pu croire au premier abord que l'informatique s'accommodait mal d'un cadre juridique rigide. Or, les faits ont révélé l'inverse, à savoir qu'une réglementation s'imposait pour créer la sécurité juridique et que le formalisme probatoire, s'il doit se transformer pour s'adapter à la communication informatisée (voy., *infra*, sections 3 et 4), n'en disparaît pas pour autant.

§2. La prééminence de la preuve littérale

43. La prééminence de la preuve écrite fait, en revanche, pratiquement l'unanimité. Dans la doctrine récente, il n'est guère que P. Foriers pour rompre une lan-

- (113) F. CHAMOUX, *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, Paris, Litec, 1979, p. 89 et 93. C'est aussi le système prôné par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation du 11 décembre 1981 (Recommandation n° R(81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques, art. I, 1): «Le Comité des Ministres recommande aux gouvernements des Etats membres dont la législation impose la preuve par écrit pour les actes dont la valeur dépasse le minimum fixé par la loi d'examiner la possibilité de supprimer cette exigence.» Le texte est repris dans M. ANTOINE, M. ELOY & J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, Story - Scientia, 1992, p. 219.
- (114) Y. COOL, «Signature électronique et signature manuscrite: sœurs ennemies ou sœurs jumelles?», in *Droit des technologies de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 71; D. MOUGENOT, «Droit de la preuve et technologies nouvelles. Synthèse et perspectives», in *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, oct. 1997, pp. 45 et s., n° 49; A. PRUM, «L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance», in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 258; P. VAN EECKE, «Bewijsrecht in digitale handtekening: nieuwe perspectieven», in *Le droit des affaires en évolution: le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1999, p. 213 s., spéc. p. 230.
- (115) A. BENSOUSSAN, «Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique: aspect juridique et solutions techniques», *Gaz. Pal.*, 1991, doctr., pp. 361 et s.; J. HUET, «Formalisme et preuve en télématique et informatique» *J.C.P.*, 1990, p. 104; G. MAINCON-VITRAC, «EDI et régime de la preuve», *Expertises*, 1996, p. 144; T. PIETTE-COUDOL, «Un nouveau dispositif de preuve pour l'EDI basé sur la sécurité», *Expertises*, 1994, p. 188; C. XUEREFF & P. BROUSSE, «EDI: des 'Editerms' pour traiter les problèmes juridiques de l'échange de données informatisées», *Dr. Inf. Tél.*, 1992, p. 7 s.

ce contre la preuve littérale (116). Cet auteur, relisant l'Ordonnance de Moulins, relève que la priorité reconnue à la preuve littérale, par préférence à la preuve testimoniale, découle de considérations essentiellement pratiques et non de la supériorité de ce type de preuve: trancher les litiges en ayant égard à des preuves écrites évite d'interminables auditions de témoins. Le choix fait dans l'Ordonnance découle donc uniquement de la volonté d'accélérer les procédures mais ne signifie pas pour autant que le législateur aurait la preuve par témoins en horreur. Si c'était vrai, poursuit l'auteur, la preuve testimoniale serait purement et simplement interdite, même en matière commerciale où son rang égale celui de la preuve littérale.

Il est vrai que le texte de l'Ordonnance révèle assez clairement les intentions pragmatiques de ses auteurs. Il est exact également que l'écrit, lorsqu'il est mal rédigé, ne permet pas toujours au juge de trancher aisément et n'est pas nécessairement le moyen le plus adéquat d'approcher la vérité. Il n'en reste pas moins que la supériorité reconnue à la preuve littérale par l'ensemble de la doctrine (117) ne résulte pas exclusivement d'un malentendu, comme l'affirme P. Foriers (118). Lors de la rédaction d'un écrit, l'auteur dispose davantage de la faculté d'exposer de manière fidèle le contenu de sa pensée et, le cas échéant, de le corriger s'il n'apparaît pas satisfaisant. L'écrit préconstitué est établi en dehors de tout litige, c'est-à-dire dans le calme, à un moment où rien n'oppose encore les parties. Enfin, la valeur probatoire de l'écrit ne diminue pas avec le temps, alors que la valeur des témoignages est fort tributaire des accidents de la mémoire des témoins. Si la preuve testimoniale peut se révéler adéquate pour rapporter la preuve d'un fait, on voit mal les témoins apprendre par cœur le contenu d'un contrat complexe. La supériorité de l'écrit est d'autant plus nette que, en matière commerciale où, en principe, la preuve testimoniale est recevable en toute circonstance, les témoignages sont vus avec grande méfiance par les juges (119).

- (116) P. FORIERS, «Introduction au droit de la preuve», in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 20 et s. et surtout «Considérations sur la preuve judiciaire», *Ibidem*, p. 319 et s.
- (117) H. CROZE, «Informatique, preuve et sécurité», *Dall. - Sir.*, 1987, chron., n° 5; DE PAGE, *op. cit.*, n° 718bis; FREDERICQ, t. I, p. 276, n° 153; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 172 et s.; J.-F. LECLERCQ, «Essai d'une adaptation du régime des preuves en droit privé», in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, U.L.B., 1983, p. 338 et s., n° 12; J. LIMPENS & R. KRUIHOF, «Les obligations - examen de jurisprudence (1964-1967)», *R.C.J.B.*, 1969, p. 294, n° 124; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 36; C. PERELMAN, «La spécificité de la preuve juridique», *J.T.*, 1959, p. 663; PLANIOL, t. II, n° 1106; VAN RYN & HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 47; N. VERHEYDEN-JEAN-MART, *op. cit.*, n° 45; F. TERRE, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 151, p. 160.
- (118) P. FORIERS, «Considérations sur la preuve judiciaire», *op. cit.*, p. 321.
- (119) X. DIEUX, «La preuve en droit commercial», in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, p. 86; S. FREDERICQ, «L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai d'une solution pragmatique», *R.T.D.Comm.*, 1962, p. 209 et s., n° 15; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 12; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 56; P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)», *R.C.J.B.*, 1988, p. 157, n° 238; VAN RYN & HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 56. Il n'en reste pas moins que le tribunal doit toujours veiller à ne pas méconnaître le droit de principe d'une partie à rapporter par témoins la preuve de ce qu'elle allègue: Cass., 4 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, 130; Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 468.

§3. La distinction du droit civil et du droit commercial

44. Cependant, d'autres voix se sont élevées pour demander une unification des régimes de preuve du droit civil et du droit commercial. Mais la solution proposée diffère suivant les auteurs: si certains demandent l'abolition de l'article 1341 (120), pour d'autres, la réforme suggérée ne passe pas nécessairement par l'alignement du droit civil sur le régime de liberté des preuves du droit commercial. Ainsi, J.-F. Leclercq prône une voie moyenne, dans laquelle droit civil et droit commercial seraient effectivement unifiés, mais en respectant la prééminence de la preuve écrite et en laissant place à de larges exceptions fondées sur la vraisemblance du fait allégué (121).

§4. L'érosion de l'écrit

45. Cela dit, on constate au fil du temps une érosion constante de la valeur probante de l'écrit. Dans bon nombre de circonstances, il ne reflète plus que la volonté présumée des parties - ou de l'une d'elles - à défaut de leur volonté réelle. Le développement des contrats standardisés ou des contrats d'adhésion en est un exemple. Qui peut se vanter de lire les nombreuses clauses de ce type de convention avant de signer? L'informatique accentue le phénomène. Le formalisme électronique est souvent plus léger et frappe moins l'esprit: on a plus vite fait de valider une opération d'un «clic» de la souris que de remplir des mentions à la main ou signer et parapher les pages d'un document imprimé. De ce fait, il est encore moins certain que les parties à un contrat conclu de manière informatisée adhèrent pleinement à l'intégralité de ses clauses (122). Comme l'écrivait déjà très justement De Page, «l'acte, quelque force probante qu'on lui accorde, ne prouvera donc que le fait de la convention ou du *negotium* qu'il relate, mais nullement la conformité de ce fait à la réalité de ce qui s'est passé entre parties, quant au fond des choses, quant à leur intention véritable» (123).

Sous-section 3.

Les exceptions à l'article 1341

46. Pour rappel, le principe énoncé à l'article 1341 reçoit exception dans les cas suivants:

- les faits juridiques, qui ne sont pas visés par l'article 1341 et dont la preuve est libre;
- les transactions de valeur minime, c'est-à-dire inférieures à 375 EUR (art. 1341 C. civ.);

(120) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 19.

(121) J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 95.

(122) Il semble que les internautes lisent rarement l'intégralité d'un e-mail ou d'une page web et se limitent généralement à lire la première «page écran», c'est-à-dire les informations qui apparaissent d'emblée lorsqu'on ouvre le courrier ou la page. Voir M. DEMOULIN & E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», in *La théorie générale des obligations (suite)*, CUP, vol. 57, oct. 2002, p. 146, note 126.

(123) H. DE PAGE, t. III, 2^e éd., n° 740.

- les hypothèses dans lesquelles les parties peuvent invoquer un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité de constituer un écrit (articles 1347 et 1348 C. civ.);
- le domaine du droit commercial, où, conformément à l'article 25 du Code de commerce, la preuve est libre (sauf quelques exceptions pour lesquelles la loi exige néanmoins un écrit: contrat d'assurance, contrat de société, lettre de change...) (124).

En fait, c'est sur ce terrain que l'assouplissement des exigences de l'article 1341 s'est davantage marqué. Plus que d'une véritable rébellion contre le cadre légal, c'est plutôt d'un lent travail de sape, orchestré par la doctrine et la jurisprudence, qu'il convient de parler. «Le juge est d'instinct au service de l'équité et quand le droit strict lui paraît contraire à ce qu'il estime équitable, son effort consiste à renverser ou à tourner la barrière qui lui semble s'opposer à une bonne justice. Il est de l'instinct du juge, par-delà la preuve que la loi interdit ou impose, de scruter ce qu'il croit être la vérité vraie et de la préférer, en son âme et conscience, à ce qui lui paraît être la vérité fictive et la réglementation légale» (125).

§1. Les faits juridiques

47. L'article 1341 requiert une preuve écrite pour toutes les «choses» dont la valeur excède 375 EUR. Ce terme, peu précis et surtout peu juridique, devait, au départ, revêtir une acception fort large et viser aussi bien les conventions que tout fait qui, en dehors du domaine des conventions, crée, modifie ou éteint un droit (126). Ainsi libellé, le prescrit de l'article 1341 concernait les actes juridiques mais aussi les faits juridiques, c'est-à-dire les faits, volontaires ou non, auxquels la loi attache des conséquences de droit (127). Or, de manière unanime, doctrine et jurisprudence limitent le champ d'application de cet article aux actes juridiques, c'est-à-dire aux manifestations de la volonté en vue de produire des effets de droit, et en excluent tous les faits, qu'ils soient matériels ou juridiques (128). On peut y lire une volonté délibérée de limiter la portée de cette disposition, alors que le texte même ne commandait pas une telle interprétation (129).

(124) X. DIEUX, «La preuve en droit commerciale», in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, n° 1; FREDERICQ, t. I, n° 153; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 54 s.; VAN RYN & HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 37.

(125) R. SAVATIER, *La science et le droit de la preuve*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. VII, 1952-1956, p. 607.

(126) H. DE PAGE, t. III, 2^e éd., n° 713 A, qui rappelle qu'il avait été proposé au Conseil d'Etat de dire «toutes conventions sur choses...» mais que cette expression avait paru trop restreinte et fut volontairement remplacée par «toutes choses».

(127) Sur la distinction entre fait matériel et fait juridique, voir DE PAGE, t. Ier, n° 17.

(128) AUBRY & RAU, t. XII, § 762; BEUDANT & LEREBOURS PIGEONNIERE, t. IX, n° 1259; J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, t. I, n° 598; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 201; R. LEGAIS, *op. cit.*, p. 113; MARTY & RAYNAUD, t. I, n° 262 et 265; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 39; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 242; F. TERRE, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 151 et la jurisprudence citée par ces différents auteurs.

(129) GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 204; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 7.

Plusieurs auteurs ont néanmoins relevé le caractère inadéquat de la distinction entre actes et faits juridiques en cette matière. Il leur semblait plus opportun de distinguer, au sein des actes et des faits, ceux dont la preuve préconstituée est possible et ceux pour lesquels elle ne l'est pas (130). Les deux distinctions correspondent toutefois dans les grandes lignes: la preuve écrite préconstituée est impraticable pour rapporter la preuve de la plupart des faits juridiques – comment imposer aux parties l'obligation de consigner par écrit l'existence de faits qui peuvent paraître anodins au moment de leur survenance (131)? On rejoint pratiquement l'impossibilité de prouver par écrit énoncée à l'article 1348 (132). Ce n'est que dans des cas exceptionnels que la preuve préconstituée d'un fait est envisageable (133) et c'est dans des circonstances encore plus exceptionnelles que ce type de preuve n'est pas exigé pour un acte juridique (134). C'est donc à juste titre que la doctrine majoritaire s'en tient à la distinction entre faits et actes, bien plus facile à manipuler en pratique que celle entre faits et actes dont la preuve préconstituée est possible ou impossible, d'autant que les différences entre ces deux distinctions sont fort ténues.

§2. Les opérations de faible valeur

48. Comme indiqué plus haut, le seuil en dessous duquel la preuve est libre a été adapté pour suivre – plutôt mal – l'érosion monétaire (voy., *supra*, n° 40). Cela étant, ce paramètre n'a jamais été véritablement utilisé pour libéraliser davantage la preuve. A l'étranger, la revalorisation est plus marquée: en France, le montant figurant à l'article 1341 est de 800 EUR et au Luxembourg, le seuil est désormais fixé à 2.500 EUR, soit six fois plus qu'en Belgique (135). Toutefois, ces sommes sont bien inférieures – à pouvoir d'achat constant – à la somme de 100 livres figurant dans l'Ordonnance de Moutins (136) et, dans une moindre mesure, à la somme de 150 francs mentionnée dans le Code civil en 1804 (137). En ne suivant pas de plus près la perte de valeur de l'argent, le législateur a donc contribué à renforcer le formalisme de l'article 1341 par rapport aux textes anciens (138).

(130) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 713 C et D; R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 40.

(131) G. GOUBEUX & BIHR, *op. cit.*, n° 203 et 204; R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 47; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 241.

(132) G. GOUBEUX & BIHR, *op. cit.*, n° 204; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 39.

(133) R. SAVATIER (*Cours de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1944, n° 622 et s.) relève plusieurs exemples de preuve préconstituée de faits: l'inventaire d'un patrimoine, les constats d'huissier réalisés avant la naissance du litige, les expertises *ad futurum*...

(134) La doctrine cite traditionnellement l'usucapion d'une terre *animo domini* mais c'est pratiquement le seul cas recensé d'acte juridique susceptible d'être prouvé par toutes voies de droit (voir H. DE PAGE, *loc. cit.*). En tout cas, en matière de droit des obligations, tous les actes juridiques tombent sans exception dans la sphère de la preuve écrite (R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 44).

(135) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 41.

(136) H. DE PAGE, t. I, n° 30; M. PLANIOL, t. II, n° 1111.

(137) Lorsque le seuil prévu dans le Code civil français a été porté à 5.000 francs français, les auteurs de la loi ont fait observer que la somme initiale de 150 francs aurait davantage correspondu à 15.000 francs français de 1948. Voyez R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 45, note 14.

(138) H. DE PAGE, *ibidem*; M. PLANIOL, *ibidem*.

M. Fontaine avait suggéré de relever ce montant de manière plus substantielle pour intégrer davantage d'opérations de la vie courante, notamment celles qui sont accomplies par le biais de l'informatique, mais sa voix n'a pas été entendue (139). Il est vrai que l'introduction de la signature électronique dans notre droit rend cette modification moins utile. Il a également été proposé de conférer au Roi le pouvoir d'adapter ce montant; ce qui permettrait de suivre de plus près l'évolution du pouvoir d'achat (140) mais, sur ce point également, le texte n'a pas été modifié (141). Une voix s'est, au contraire, élevée pour demander la suppression de cette limite: R. Legeais a considéré qu'elle était inutile, dès lors que les frais de justice découragent de toute façon d'entreprendre des procédures pour de si petits montants, et qu'elle fait double emploi avec la dispense d'écrit résultant des usages (voy., *infra*, n° 56) (142).

§3. Le commencement de preuve par écrit

49. L'article 1347 du Code civil précise que la règle énoncée à l'article 1341 reçoit exception lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. Celui-ci est défini comme «tout acte écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué». Dès lors que l'on se trouve en présence d'un tel document, la preuve par témoignages et présomptions est admise. Il ne s'agit donc que d'une preuve incomplète, un «ad-minicule» de preuve, qui doit être complété par d'autres moyens (143). Il faut trois éléments pour que l'on puisse parler d'un commencement de preuve par écrit:

- un écrit,
- émanant de la partie à qui on l'oppose,
- qui rend vraisemblable le fait allégué.

Les tendances observées dans la jurisprudence depuis 1804 sont quelque peu confuses. Par certains côtés, elle a élargi considérablement le champ d'application du texte originel mais, par d'autres, elle s'est montrée finalement assez frileuse.

A. La tendance extensive

50. Le concept d'écrit a indiscutablement été interprété de manière très extensive. Tout d'abord, le terme «acte écrit» n'a pas été limité aux actes instrumentaires, c'est-à-dire rédigés pour servir de preuve, comme le texte maladroît aurait pu le laisser croire (144). Il a été entendu comme toute forme généralement quel-

(139) M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 41.

(140) La somme est restée fixée à 3.000 francs entre 1948 et 1990, soit pendant 42 ans! La précédente modification ne remontait qu'à dix ans.

(141) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 314.

(142) R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 44.

(143) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 61; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 360.

(144) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 62; Cass., 30 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, 883.

conque de preuve littérale, aussi fruste et imparfaite soit-elle (145). La place manque dans cette étude pour faire état de tous les cas d'espèce envisagés et nous renvoyons, à cet égard, aux traités consacrés à la question (146). La jurisprudence a été fort loin puisqu'elle a assimilé à l'écrit des déclarations faites devant l'autorité, pour autant qu'elles soient signées (147). En France, suite à une modification du Code civil, la signature n'est même plus requise pour qu'une déclaration faite par une partie lors d'une comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence puissent être considérés comme un commencement de preuve par écrit (148). La question de savoir si un paiement peut être assimilé à un commencement de preuve par écrit est controversée (149). R. Legeais, qui s'est révélé un grand défenseur du formalisme probatoire, a critiqué cette évolution, qui reconnaît comme écrits des choses qui ne le sont manifestement pas, comme des déclarations faites devant l'autorité (150).

51. Interprétation fort large également en ce qui concerne la condition d'origine de l'écrit: il n'est plus requis que la personne à qui on oppose le commencement de preuve par écrit en soit l'auteur matériel ou l'ait signé. Il suffit qu'elle se le soit approprié (151). Cette appropriation peut se faire de manière très peu formaliste: c'est le cas lorsque l'on fait usage d'une pièce en justice ou qu'on la soumet à ses cocontractants.

C'est à ce niveau que le risque de falsification du contenu du document revêt une importance déterminante. En effet, ce n'est pas uniquement l'écrit dans sa globalité qui doit être attribué à une personne déterminée, c'est aussi la totalité du texte, jusqu'à sa moindre virgule. Si le texte a été copié et modifié en cours de copie, il n'émane pas de son auteur. Ainsi, la photocopie dont la fidélité est réellement sujette à caution ne peut donc être considérée comme un commencement de preuve par écrit, dès lors que le lien entre ce document et la personne contre laquelle on l'invoque n'est plus établi à suffisance (152).

B. La tendance restrictive

52. En revanche, la jurisprudence s'est montrée plus timide quant à l'interprétation de la notion de vraisemblance. Il a été dit que «vraisemblable» est plus exi-

(145) Il peut même y avoir discordance de date entre le commencement de preuve par écrit et le fait allégué: Cass. fr., 27 octobre 1903, *Pas.*, 1904, IV, 64.

(146) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 892; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 26 et s.; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 62; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 353 et s.

(147) Cass., 13 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, 209; Cass., 14 mai 1926, *Pas.*, 1926, I, 373.

(148) GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 352.

(149) Pour: TGI Metz, 25 septembre 1996, *R.T.D.civ.*, 1998, p. 107; contre: Cass. fr., 23 avril 1997, *R.T.D.civ.*, 1998, p. 106.

(150) R. LEGAIS, *op. cit.*, p. 119.

(151) Cass., 10 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, 37; Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 960; Cass., 12 février 1987, *Pas.*, 1987, I, 709; Civ. Liège, 26 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 773.

(152) D. MOUGENOT, «Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie», in *La preuve*, CUP, vol. 54, mars 2002, p. 252, n° 23.

geant que «possible» (153). De Page s'est insurgé contre cette restriction, dès lors que le commencement de preuve par écrit n'est qu'une condition d'ouverture de la preuve testimoniale et non un instrument de preuve à part entière. «Il suffit que le commencement de preuve par écrit soit le point de départ d'un raisonnement pour le juge» (154).

§4. L'impossibilité de se constituer une preuve écrite

A. Principe

53. Le premier alinéa de l'article 1348 énonce le principe de l'exception: l'article 1341 ne s'applique pas toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation. Les alinéas suivants énoncent quatre cas d'application:

- 1° La preuve des obligations naissant de quasi-contrats, de délits ou quasi-délits,
- 2° Le dépôt nécessaire en cas de catastrophe et le dépôt d'hôtellerie,
- 3° Les obligations contractées en cas d'accident imprévu,
- 4° Les cas où le titre a été perdu par cas fortuit ou force majeure.

Cet article est particulièrement confus (155). D'une, part il mélange des cas d'impossibilité absolue et relative: dans certains cas, il est matériellement impossible de constituer une preuve écrite (par exemple, la preuve des délits et quasi-délits, qui sont en réalité des faits juridiques); dans d'autres cas, la préconstitution était envisageable en principe mais concrètement impossible (les obligations contractées en cas d'accident). D'autre part, cette disposition mélange également des cas où aucun titre écrit n'a été constitué (1° à 3°) et d'autres où ce titre a bien existé mais a été perdu (4°).

B. Evolution

54. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a considérablement développé le champ d'application de cet article. De l'alinéa premier, elle a fait un véritable principe général et l'a appliqué bien au-delà des cas d'impossibilité matérielle prévus dans le Code civil. En effet, les hypothèses citées correspondent essentiellement à des circonstances matérielles exceptionnelles (accident, incendie, naufrage...) dans lesquelles on ne songerait pas à exiger des parties de rédiger un écrit. Ces circonstances sont malgré tout assez rares. La jurisprudence a fait œuvre d'imagination en étendant le principe à l'impossibilité morale et à l'impossibilité résultant

(153) Cass., 8 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 41; Cass., 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 1078; Bruxelles, 1^{er} décembre 1964, *Pas.*, 1965, II, 269; Bruxelles, 5 novembre 1965, *Pas.*, 1966, II, 259; Gand, 27 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2001, 170.

(154) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 895 A.

(155) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 890; G. GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 355; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 67.

des usages, qui ne sont pas mentionnées dans le texte. Le premier pas en ce sens a été de considérer que la liste figurant à l'article 1348 n'est pas limitative (156).

55. La jurisprudence relative à l'impossibilité morale est très casuistique. En cela, elle se montre fidèle à l'idée que cette exception doit toujours être appréciée non pas de manière abstraite mais en fonction des exigences du cas d'espèce. Ainsi, l'impossibilité résultant de relations familiales étroites tombe lorsque la mécontente existe dans la famille (157). L'impossibilité pouvant exister entre concubins suppose une appréciation délicate de la stabilité de la relation (158). L'existence d'un deuil n'exonère pas complètement de tout respect des formes (159).

L'existence de relations d'amitié fait également l'objet d'une analyse serrée: elle ne justifie pas toujours une réelle impossibilité (160).

56. L'impossibilité résultant des usages a mis du temps à s'imposer. Au XIX^e siècle, son admissibilité était fort controversée, dès lors qu'une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence considérait que les règles de la preuve étaient d'ordre public et voyaient dès lors d'un mauvais œil une dérogation résultant d'un simple usage (161). Ce débat est actuellement clos et cette exception à l'article 1341 est désormais bien ancrée dans la doctrine et la jurisprudence, pour autant que l'usage invoqué soit constant et unanimement admis (162). Elle fait toutefois l'objet d'une certaine méfiance car elle porte en elle les germes de la disparition totale du régime de la preuve préconstituée: l'admission trop libérale de cette exception aboutirait à vider complètement l'article 1341 de sa substance. Une fois de plus, l'exemple de l'informatique est intéressant. Dans les années 80, la question de la preuve des transferts électroniques de fonds a beaucoup agité la doctrine: dès lors que les documents créés à cette occasion pouvaient difficilement être considérés comme des actes sous seing privé, bon nombre d'auteurs ont tourné la difficulté en considérant que l'on se trouvait face à un cas d'application de l'article 1348 parce que l'utilisation de l'informatique, selon un usage constant et bien établi, empêchait le recours à la preuve littérale (163). Sur le plan de la tech-

nique juridique pure, il n'y avait pas d'obstacle à ce que cette opinion soit reçue (164). Mais le malaise était ailleurs: certains auteurs ont bien pressenti le risque de dénaturation complète du système de preuve légale (165). Ce risque était d'autant plus grand que, contrairement à certains usages admis par la jurisprudence, dont la portée est limitée (ordres de bourse, conventions conclues à l'occasion des foires et marchés...), l'informatique est d'une utilisation très courante et c'était donc un pan entier des relations économiques qui échapperait ainsi au formalisme probatoire. L'admission de la signature électronique dans notre droit a rendu cette discussion sans objet. Mais la question des limites de l'article 1348 reste posée.

Section 3.

L'évolution de l'acte sous seing privé:

l'émergence du principe des équivalents fonctionnels

57. L'informatique est à l'origine d'une grande révolution du droit de la preuve, du fait de l'utilisation de documents dématérialisés. Les fichiers textes sont conservés sur des supports magnétiques ou optiques et n'ont plus de substance matérielle palpable. Les contrats sont conclus par échanges d'informations réalisés par voie électronique. Il est clair que tout le régime probatoire mis en place en 1804 visait exclusivement l'utilisation de documents sur support papier. Il en résulte une situation inconfortable car le Code civil devenait inapplicable à une frange croissante d'actes juridiques, sauf à torturer les principes pour y faire entrer les documents informatisés. Or, le développement du commerce électronique nécessite un régime juridique bien défini, à peine de faire fuir les usagers. Ce constat est à l'origine d'une réflexion fort riche sur la nature même de l'acte sous seing privé et de ses composants: l'écrit et la signature.

- (156) Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, 833.
 (157) Civ. Liège, 9 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1264.
 (158) Limoges, 2 avril 1991, *J.C.P.*, 1992, IV, 117; Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 892; Anvers, 14 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-01, 835.
 (159) Liège, 28 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, 748. A l'égard de l'entreprise de pompes funèbres, voir: Liège, 11 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 507.
 (160) Cass., 3 juin 1935, *Pas.*, 1935, I, 270; Bruxelles, 27 octobre 1995, *J.T.*, 1996, 284; Civ. Bruxelles, 5 avril 1996, *Pas.*, 1995, III, 85; *J.L.M.B.*, 1996, 1708; Anvers, 7 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-01, 834.
 (161) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 905.
 (162) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 905 C et D; S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 15; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 381; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 24; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 72; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 371 et la jurisprudence citée par ces auteurs.
 (163) B. AMORY & Y. POULLET, «Le droit de la preuve face à l'informatique et la télématique: approche de droit comparé», *Dr. inf. tél.*, 1985, p. 11 et s., n° 34; M. ANTOINE, M. ELOY & J.F. BRAKELAND, *op. cit.*, p. 49; A. BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 363;

.../...

- .../...
 J.P. BUYLE, «La carte de paiement électronique» in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 1986, n° 8; J.P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 164; F. CHAMOIX, *op. cit.*, p. 30; L. CORNELIS & L. SIMONT, «Bewijsrecht en technologische evolutie - enkele overwegingen», in *Recht en technologie*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 158, n° 19; M. FLAMEE & M. TANGHE, «Bewijsrecht: beknopte status quaestionis», in *Le droit des affaires en évolution*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1992, p. 193 et s., n° 16-45; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 18-34; C. LUCAS DE LEYSSAC, «Les services commerciaux et la preuve des transactions télématiques», *Cah. Lamy dr. inf.*, 1991, A, p. 4; X. MALENGREAU, «Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de réduction, de reproduction et de conservation des documents», *Ann. Dr. Louv.*, 1981, p. 116; G. VAN DER STICHELE, «Bewijsproblematiek van elektronische verwerkte verbintenissen in het kader van het burgerlijk bewijsrecht», *Jura Falconis*, 1984-1985, p. 404.
 (164) D. MOUGENOT, *op. cit.*, CUP (1997), n° 40.
 (165) Y. COOL, «Signature électronique et signature manuscrite: sœurs ennemies ou sœurs jumelles?», in *Droit des technologies de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 65 s., spéc. p. 76; A. MYNARD, «Télématique et preuve en droit civil québécois et français: une antinomie?», *Dr. Inf. Tél.*, 1992, p. 21; Y. POULLET, «Probate law: from liberty to responsibility», *EDI Law Review*, 1994, p. 93.

Sous-section 1. L'écrit

§1. Définition de l'écrit

58. L'écrit n'est pas défini dans le Code civil (166). Durant de nombreuses décennies, les juristes ont utilisé ce concept, sans éprouver le besoin d'en cerner les limites avec précision. Il tombait sous le sens que cette notion correspondait à la seule forme connue: l'écriture alphabétique sur un support matériel, généralement le papier. Dans la deuxième édition du traité sur la preuve du Répertoire Notarial, l'auteur reprenait la notion classique: «l'écrit est la représentation lisible du langage ou de la pensée au moyen de graphismes» (167). Cette définition faisait clairement référence à l'écrit au sens courant du terme: apposé sur un support papier ou tout autre support permettant l'apposition de caractères alphabétiques manuscrits ou imprimés (bois, carton, métal, pierre...). Cette notion se retrouvait dans la jurisprudence (168) et était assez généralement partagée dans la doctrine (169).

Le questionnement au sujet de la validité des mécanismes de signature électronique et le développement du commerce électronique ont remis en cause cette définition.

59. Tout d'abord, la définition de l'écrit a été revue et considérablement élargie. A la fin des années quatre-vingt, en Belgique et en France, deux auteurs ont proposé une définition extensive de l'écrit (170): «l'expression de la parole ou de la pensée par des signes» (171) ou encore «l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support» (172) (173). On constate d'emblée les diffé-

(166) Ce n'est d'ailleurs pas le propre de la Belgique. Avant la transposition de la directive sur la signature électronique, l'écrit n'était défini dans aucun droit européen, mis à part le Code de procédure civile allemand. Voir: I. DE LAMBERTERIE, «Preuve et signature: les innovations du droit français», *Cahiers Lamy Dr. Inf.*, 2000, K, p. 9.

(167) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 79.

(168) Voir: Mons, 21 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 454; *J.T.*, 1999, 136: une notification de cession de créance doit être réalisée de manière formelle et expresse, donc par écrit, c'est-à-dire sur support papier. «La notification par support papier peut être effectuée par exploit d'huissier, par lettre recommandée, par télex, par téléfax ou tout autre mode de communication électronique qui peut produire un support papier.» Cette décision est révélatrice de la conception classique de l'écrit parce qu'elle valide l'usage de l'informatique pour autant que le document soit produit sur papier.

(169) Un auteur est plus restrictif: selon lui, l'écrit ne peut être que manuscrit ou portant la signature de son auteur (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, n° 180). Cette opinion exclut les documents dactylographiés non signés. Elle est isolée en doctrine.

(170) J. LARRIEU, «Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?», *Cah. Lamy Dr. Inf.*, 1988, H, n° 5 s.; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 5 s.

(171) J. LARRIEU, *op. cit.*, n° 12.

(172) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 5.

(173) Voir aussi la définition proposée par W. VAN GERVEN (*Verbintenissenrecht*, Acco, 1988, p. 270): «een geschrift is de uitdrukking van een taal die door middel van ver-

.../...

rences avec la définition classique donnée ci-dessus: on a évacué la référence expresse à la lisibilité et les graphismes ont été remplacés par des signes, concept beaucoup plus vague. Ces définitions sont actuellement admises par la doctrine récente (174).

Le législateur belge, en introduisant la signature électronique dans notre droit, n'a toutefois pas voulu définir la notion d'écrit, en se fondant sur le fait que la doctrine et la jurisprudence récentes tendent à admettre une acception large de ce concept (175).

En revanche, une définition apparaît dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (176). Cette loi transpose dans notre droit la directive sur le commerce électronique (177). L'article 16, § 2 de la loi dispose que l'exigence de l'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». Cette disposition vise les hypothèses dans lesquelles l'écrit est requis à titre de condition de forme et concerne très indirectement le domaine de la preuve, mais il y a une telle similitude entre les concepts d'écrits définis dans la loi du 11 mars 2003 et ceux mis en lumière par la doctrine en droit de la preuve que l'on peut raisonnablement admettre que ces notions se superposent.

§2. La théorie des équivalents fonctionnels

60. La définition moderne de l'écrit est également inspirée par la «théorie des équivalents fonctionnels». L'idée maîtresse de cette théorie consiste à chercher à transposer dans l'environnement électronique le régime juridique existant dans l'environnement traditionnel, plutôt que de créer un droit nouveau spécifique pour les contrats dématérialisés. Pour ce faire, il faut analyser les fonctions que remplissent, dans l'environnement papier, les règles de formalisme ou des concepts

.../...

staanbare of vertaalbare tekens gefixeerd wordt op een steun met relatieve duurzaamheid.» et celle de 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, Bruylant, 1996, p. 53): «l'écrit constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des signes lisibles formant un langage».

(174) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 83.

(175) *Doc. Parl.* Ch. 50 - 38/006 - sess. ord. 99/00, p. 11. Voir à ce sujet: D. GOBERT, «La sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature électronique: condition d'existence des réseaux d'avocats», in *Multimédia - Le cyberavocat*, CUP, vol. XXIX, févr. 1999, p. 173; P. VAN EECKE, «Bewijsrecht en digitale handtekeningen: nieuwe perspectieven», in *Le droit des affaires en évolution: le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 235.

(176) *M.B.*, 17 mars 2003.

(177) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n° L178 du 17 juillet 2000.

juridiques, tels que l'écrit, la signature ... Une fois ces fonctions identifiées, on peut transposer le régime juridique applicable à ces concepts à tout mécanisme électronique qui remplit les mêmes fonctions. Par exemple, sera considéré comme signature tout procédé électronique qui remplit les fonctions de la signature manuscrite, et ainsi de suite.

61. Cette doctrine a été développée par les chercheurs du Centre de Recherches Informatique et Droit (C.R.I.D.) à Namur au début des années 90. On en trouve toutefois des ébauches dans des études plus anciennes. Ainsi, R. Legeais écrivait déjà en 1955 que l'analyse du Code civil était de nature à suggérer quels principes généraux avaient inspiré les auteurs du Code et à fournir des arguments d'analogie pour l'intégration dans la vie juridique des techniques nouvelles (178). La théorie des équivalents fonctionnels a trouvé une brillante consécration dans la loi type adoptée en 1996 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) (179). L'objectif de cette loi type était de proposer aux Etats membres un ensemble de dispositions juridiques élaborées au niveau international en vue d'éliminer les principaux obstacles juridiques au commerce électronique. Elle a servi de modèle à beaucoup de législations ou projets de législation sur l'écrit et la signature électronique (180), ainsi que sur le commerce électronique (181). Les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé (182).

§3. Les fonctions de l'écrit

62. Dans cette approche, il importe donc de définir les fonctions essentielles de l'écrit traditionnel pour déterminer quel document électronique peut rentrer dans la catégorie des écrits. Sur ce point, on avance en terrain controversé, compte tenu précisément de l'absence de définition légale de l'écrit en droit de la preuve.

Selon l'exposé des motifs de la loi belge du 20 octobre 2000, relative à la signature électronique, les fonctions de l'écrit sont au nombre de trois (183):

- (178) R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 51.
 (179) 29^e session: 28 mai - 14 juin 1996. Le texte est publié dans M. VIVANT & C. LE STANC, *Lamy - droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 2000, n° 2723. Il est également disponible sur Internet à l'adresse: <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.
 (180) E. CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», oct. 1999, p. 3, disponible à l'adresse suivante: <http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article7.htm>; E. CAPRIOLI, «Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000», *J.C.P.*, E, n° 30, 2000, suppl. n° 2, p 1 s., n° 5.
 (181) Le principe de l'équivalence fonctionnelle figure de manière expresse à l'article 16 §1^{er} de la loi du 11 mars 2003. Voir *infra* n° 85.
 (182) E. CAPRIOLI & R. SORIEUL, «Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», *J.D.I.*, 1997, 3, p. 382.
 (183) *Doc. Parl. Ch.*, 50 - 38/006 - sess. ord. 99/00, p. 6. Voir aussi: E. DAVIO, «Preuve et certification sur Internet», *R.D.C.*, 1997, p. 663; J. LARRIEU, *op. cit.*, n° 17 et 18; .../...

- inaltérabilité: le document ne peut être modifié, volontairement ou involontairement, par les parties ou par des tiers,
- lisibilité: les informations contenues doivent pouvoir être accessibles à la compréhension humaine grâce à un procédé approprié. Selon les auteurs de l'exposé des motifs, cette lisibilité peut être directe ou médiate (en utilisant le dispositif de lecture adéquat),
- stabilité: le contenu de l'écrit doit être fixé définitivement au moment de sa rédaction et doit pouvoir être conservé pour une consultation ultérieure.

63. L'écrit sur papier remplit naturellement ces différentes fonctions. Il est directement lisible et intelligible (pour autant que le langage utilisé soit compréhensible par le lecteur). Il est stable et se dégrade peu, même si on peut le détruire (encore que le papier thermique du télécopie ne soit pas très résistant à long terme). Le support papier rend, en partie du moins, les modifications de l'original visibles ou décelables.

En revanche, l'application de ces fonctions aux documents sur support électronique (disque dur, disquette, CD-ROM, DVD...) pose problème. Les informations figurant sur ces supports ne sont lisibles que moyennant utilisation d'un appareil (ordinateur) et d'un logiciel. La durabilité des supports électroniques n'égalise pas celle des supports papier et est en outre tributaire de l'obsolescence technologique: les logiciels qui permettent de lire un document existeront-ils encore dans quelques années? Ces difficultés ne paraissent toutefois pas constituer un obstacle insurmontable à la reconnaissance de la qualité d'écrit. L'inaltérabilité est beaucoup plus embarrassante. En effet, par nature, un fichier informatique peut être aisément modifié, pratiquement sans laisser de trace: dans un texte, on peut supprimer des mots ou des paragraphes ou les déplacer... Seule une protection spécifique, résultant par exemple de certains procédés de signature électronique (signature digitale), permet de pallier cet inconvénient.

Si on admet que l'inaltérabilité est une fonction fondamentale de l'écrit, la copie en général et certaines formes d'écrits non signés, tels les courriers électroniques, ne rentrent pas dans le cadre de la preuve littérale.

64. On peut cependant s'interroger sur la pertinence de ces qualités fonctionnelles. Non pas sur la lisibilité, car on envisagerait difficilement de considérer comme écrit un document illisible ou inintelligible, même moyennant utilisation d'un appareil ou d'un logiciel. Ni sur la durabilité: si on ne peut pas exiger de tout écrit qu'il subsiste durant des dizaines d'années, il faut à tout le moins qu'il reste

.../...

E. MONTERO, «Internet et le droit des obligations conventionnelles», in *Internet sous le regard du droit*, Jeune Barreau Bruxelles, 1997, pp. 31 s. n° 15; Y. POULLET, *op. cit.*, «Les transactions commerciales...», p. 54; Y. POULLET & M. ANTOINE, «Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique», in *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 2000, p. 345 s., n° 14. Les travaux préparatoires de la loi type de la C.N.U.D.C.I. relèvent pas moins de 11 fonctions de l'écrit mais plusieurs d'entre elles se recoupent. Voir le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique, n° 48, disponible à l'adresse Internet mentionnée *supra* note 179.

lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses finalités. Au demeurant, ces fonctions se retrouvent dans la définition de l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 et ne paraissent pas pouvoir être évacuées.

En revanche, la fonction d'inaltérabilité, la plus exigeante, est absente dans la loi du 11 mars 2003 et est davantage sujette à caution. Les auteurs de la loi type de la C.N.U.D.C.I. font observer à juste titre à ce sujet:

«La notion d'inaltérabilité ne devrait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au crayon pourrait néanmoins être considéré comme un «écrit» selon certaines définitions juridiques. Compte tenu de la manière dont des questions telles que l'intégrité des données et la protection contre les risques de fraude sont traitées pour la documentation sur papier, un document entaché de fraude serait néanmoins considéré comme un écrit» (184).

Dans notre droit, aussi bien qu'en droit français, le document rédigé au crayon est, de l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence, considéré comme un écrit (185). Or, le document tracé au crayon est susceptible d'être modifié aisément sans que cela ne laisse de trace. Il en résulte que l'impossibilité de modifier le message relève davantage de l'efficacité probatoire de l'écrit que de son essence (186). Pourront donc être considérés comme écrits des documents électroniques non protégés contre les altérations, tout comme le document papier écrit au crayon.

§4. Autres avatars modernes de l'écrit

65. Le concept d'écrit apparaît également dans d'autres dispositions du Code civil, en dehors du chapitre consacré à la preuve. Ainsi, l'article 2281 nouveau, tel que modifié par la loi du 20 octobre 2000, énonce le principe général selon lequel, lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit, elle peut être valablement accomplie par courrier électronique, par fax, par télex, par télégramme ou, plus généralement, par tout autre moyen de communication qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire. Certains auteurs soutiennent que la notion d'écrit figurant dans cette disposition n'est pas la même que celle admise en droit de la

preuve (187). Nous n'apercevons pas l'opportunité d'un tel dédoublement, dès lors que l'écrit nous paraît remplir les mêmes fonctions dans le domaine de la preuve et dans les autres domaines du droit civil, à savoir la lisibilité et la durabilité.

66. A côté de l'écrit est apparue une nouvelle notion, celle de support durable. C'est un concept propre à la législation européenne. On le retrouve pour la première fois dans la directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs dans les contrats à distance (188). L'article 5 de cette directive énonce que le consommateur doit recevoir confirmation de toute une série d'informations «par écrit ou sur un autre support durable», sans toutefois que ce nouveau concept soit défini. Cette formulation se retrouvera par la suite dans plusieurs textes européens (189) et une définition apparaîtra dans certaines directives: «tout instrument permettant au client de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement, de telle sorte qu'elles puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à l'objectif de ces informations, et permettant la reproduction exacte des informations stockées» (190).

(184) Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type, *op. cit.*, n° 49.

(185) En droit belge, voyez: H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 777; R. DEKKERS, *Précis*, t. II, n° 656; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 100. En droit français, voyez: Cass. fr., 8 octobre 1996, cité par MESTRE, *R.T.D. civ.*, 1997, p. 137; Aix, 27 janvier 1846, *D.P.*, 1846-2-230. *Adde*: A. PRÜM, «L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance», in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 267.

(186) Cela ne veut pas dire que cette exigence d'inaltérabilité du document doive être évacuée. Selon nous, elle caractérise l'acte sous seing privé, plutôt que l'écrit au sens large. Pour plus d'éléments sur cette discussion, voir: D. GOBERT & E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *J.T.*, 2001, p. 124 s.; D. MOUGENOT, «Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil?», *Ubiquité*, décembre 2000, p. 121 s.

(187) M.-E. STORME, «Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – de nieuwe wetbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving», *R.W.*, 2001-2002, pp. 433 et s., n° 28; voir aussi les déclarations formulées au cours des travaux parlementaires relatifs à la loi du 20 octobre 2000 – lire à ce sujet: L. GUINOTTE & D. MOUGENOT, «Quelles procédures pour le commerce électronique?», in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Jeune Barreau Liège, 2001, p. 301 s., n° 37.

(188) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.* n° L 144 du 04/06/1997 p. 19.

(189) 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 07/07/1999, p. 12 (art. 6-3); Directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, *J.O.C.E.* n° L 041 du 13/02/2002, p. 20 (art. 13quater); 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.C.E.* n° L 271 du 09/10/2002, p. 16 (art. 5-1 et 6-6); Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.* n° L 009 du 15/01/2003 p. 3 (art. 13-1); Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs (COM/2002/0443 final - COD 2002/0222), *J.O.C.E.* n° C 331 E du 31/12/2002, p. 200 (art. 6-2, 10-1, 10-2, 11-2, 14-4, 21, 22 et 25).

(190) Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, *J.O.C.E.* n° L 271 du 09/10/2002, p. 16 - Art. 2-f; Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.* n° L 009 du 15/01/2003 p. 3 - art. 2-12; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs, *J.O.C.E.* n° C 331 E du 31/12/2002, p. 200 - art. 2.

Dans la directive consacrée à l'intermédiation d'assurance (191), on trouve une précision supplémentaire: «en particulier, la notion de 'support durable' inclut les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ne comprend pas un site Internet, sauf si ce site satisfait aux critères spécifiés au premier alinéa» (article 2-12).

Enfin, la directive du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (192), sans définir le support durable, précise cependant que: «toute référence à la notion d'écrit dans la présente directive inclut les documents sous forme électronique et tout autre support durable» (article 2-3).

En définitive, la Commission a reconnu elle-même que ce concept n'était pas très clair (193). On peut, en effet, se demander quelle en est l'originalité réelle. Ne se confond-il pas tout simplement avec la définition moderne de l'écrit, telle que nous l'avons exposée plus haut (194)? On retrouve, en effet, les fonctions de lisibilité et de durabilité. Dès lors que le support durable apparaît davantage comme un avatar de l'écrit, il eût été préférable de retravailler la notion d'écrit pour en donner une définition actualisée, plutôt que de créer un concept nouveau, dont les contours sont flous et l'utilité douteuse. L'utilisation du terme «support» est d'autant plus malheureuse que l'on essaye précisément de vider la notion d'écrit de toute référence à un support quelconque.

Sous-section 2. La signature

§1. La signature électronique – bref rappel des principes

67. L'introduction de la signature électronique dans notre droit est le lieu le plus évident de ce «réveil» du droit de la preuve évoqué dans l'introduction. Cette étude n'est pas le lieu de rappeler toutes les modalités de cette nouvelle réglementation et nous renvoyons, à ce sujet, aux nombreux écrits qui y sont consacrés (195).

(191) Voir la référence à la note précédente.

(192) Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *J.O.C.E.* n° L 168 du 27/06/2002, p. 43.

(193) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – «Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action» (COM/2003/0068 final), *J.O.C.E.* n° C 063 du 15/03/2003 p. 1, n° 18.

(194) M. DEMOULIN, «La notion de 'support durable' dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?», *Rev. eur. dr. cons.*, 4/2000, p. 361 et s., n° 6.

(195) Sans vouloir être exhaustifs, vu la quantité d'articles publiés, on peut citer: P. CA-BOOR, «De wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatie middelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure: een eerste verkenning», *A.J.T.*, 2000-01, pp. 637 et s.; R. DE CORTÉ, «Electronische handtekening en identificatie in de virtuele wereld», *P. & B.*, 2001, p. 207 et s.; B. DE GROOTE, «Het bewijs in de elektronische handel – enkele be-

.../...

En quelques mots, on peut rappeler que la reconnaissance de la signature électronique s'est faite en deux temps. Tout d'abord, la loi du 20 octobre 2000 a modifié l'article 1322 du Code civil, y ajoutant un nouvel alinéa qui dispose que: «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».

Plus largement, la loi du 9 juillet 2001 a mis en place un régime général de la signature électronique, au travers de plusieurs dispositions:

L'article 4, § 5 précise qu'«une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif:

- que la signature se présente sous une forme électronique, ou,
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature».

Par ailleurs, l'article 4 de la loi précise le statut juridique de cette signature: «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 est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale».

68. L'idée est donc double. L'article 1322 nouveau du Code civil et l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001 énoncent tout d'abord le principe selon lequel le juge ne peut plus rejeter une signature du simple fait qu'elle est électronique. Il n'est pas

.../...

denkingen», *A.J.T.*, 2000-01, pp. 881 et s.; J. DUMORTIER & P. VAN EECHE, «De nieuwe wetgeving over digitale elektronische handtekening», in *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, La Chartre, 1999, p. 1 s.; D. GOBERT & E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», *Cahiers du CRID*, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 53 s.; *DA/OR*, 2000, p. 17 s.; D. GOBERT & E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littéraire aux écrits sous forme électronique», *J.T.*, 2001, p. 114 s.; L. GUINOTTE, «La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001», *J.T.*, 2002, p. 553 et s.; P. LECOQ & B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 51 s.; E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge», in *La preuve*, C.U.P., vol. 54, mars 2002, pp. 39 et s.; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 122 et s.; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques», *R.D.C.*, 2002, pp. 185 et s.; M.-E. STORME, «De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen», *R.W.*, 2000-2001, p. 1505 s.; P. VAN EECHE, «Bewijsrecht en digitale handtekeningen: nieuwe perspectieven», in *Le droit des affaires en évolution: le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1999, p. 213 s.; B. VUYLSTEKE, «Het voorontwerp van wet over de herziening van het bewijsrecht», in *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, La Chartre, 1999, p. 27 s.

tenu de l'admettre, si le mécanisme utilisé n'est pas conforme à la définition légale de la signature électronique, mais il ne peut l'écarter d'emblée. C'est ce que la doctrine appelle le «principe de non-discrimination» (196). Il est tiré de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire européen pour les signatures électroniques (197), dont la loi belge assure la transposition. Mais la loi du 9 juillet 2001 va plus loin, en établissant un second principe, également inspiré de la directive, appelé «principe d'assimilation»: pour peu qu'elle respecte certains impératifs techniques de sécurité (signature électronique «avancée» réalisée sur la base d'un «certificat qualifié» et conçue au moyen d'un «dispositif sécurisé de création de signature») (198), la signature électronique est présumée équivalente à la signature manuscrite. Dans cette hypothèse, le juge ne doit même plus se demander s'il a affaire à une véritable signature: cette situation est réputée acquise, sauf renversement de la présomption par une des parties.

§2. L'approche fonctionnelle de la signature

69. Cette réglementation constitue également une application de la théorie des équivalents fonctionnels. Plutôt que de réglementer une forme particulière de signature électronique, le législateur valide tout mécanisme qui remplit les fonctions de la signature manuscrite. Quelles sont ces fonctions? Classiquement, on en relève deux (199):

- l'identification du signataire. La signature manuscrite, grâce à une analyse graphologique, permet de détecter les faux et d'identifier le signataire;
- l'adhésion du signataire au contenu du document (*animus signandi*). «La signature apparaît ainsi comme l'extériorisation d'une volonté interne. En signant, le scripteur transforme ce qui n'était jusqu'à ce moment qu'un simple projet en un acte définitif» (200). C'est ce qui explique que la signature soit normalement appliquée au pied de l'acte, de telle sorte qu'on puisse en déduire que l'auteur a ratifié l'intégralité de ce qui est écrit (201).

(196) M. ANTOINE & D. GOBERT, «La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet?», *J.T. Dr. Eur.*, 2000, p. 73 s.

(197) *J.O.C.E.*, n° L 13, 19 janvier 2000, p. 12 s.

(198) Nous renvoyons au texte de la loi et aux commentaires pour la définition de ces concepts.

(199) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 109; P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations - Examen de jurisprudence (1974 - 1982)», *R.C.J.B.*, 1988, p. 162, n° 243; M. VAN QUICKENBORNE, «Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé», *R.C.J.B.*, 1985, p. 65 s., n° 4 et 5; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 494. Certains auteurs relèvent d'autres fonctions mais les deux fonctions citées constituent le plus petit commun dénominateur.

(200) M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 65 s., n° 5.

(201) C'est le *quod plerumque fit* mais ce n'est pas une obligation légale (D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 119.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 508).

§3. Les fonctions de la signature dans la loi nouvelle

70. Ces fonctions sont assez maladroitement reprises dans le texte de l'article 1322 nouveau. Les fonctions d'identification du signataire et de ratification de l'acte n'y apparaissent pas explicitement. En fait, l'article 1322, alinéa 2 utilise le concept d'«imputabilité de la signature». Cette terminologie n'est guère heureuse car on ignore ce qu'elle recouvre exactement. Elle vise certainement la fonction d'identification du signataire, même s'il eût été préférable d'utiliser expressément le terme «identification» dans l'article 1322, dès lors qu'il prêtait moins à confusion (202). Il semble par ailleurs que, dans l'esprit du législateur, la notion d'imputabilité englobe également – implicitement du moins – la fonction d'adhésion au texte (203). Encore une fois, l'expression n'est guère satisfaisante. On pourrait imaginer que l'origine d'un message électronique soit certaine – l'auteur serait identifié et le message pourrait donc lui être imputé – sans toutefois que la ratification du contenu du document soit certaine.

71. En outre, la définition de la signature figurant dans la loi intègre un élément nouveau, inexistant au niveau de la signature manuscrite: le maintien de l'intégrité de l'acte. Cette caractéristique n'est pas inconnue dans l'environnement traditionnel: comme il est difficile de modifier un original (par collage, grattage ou autre ...) sans que cela ne soit visible, on peut affirmer que le support papier remplit cette fonction jusqu'à un certain point. Dès lors que le support devient secondaire dans l'environnement électronique, il ne peut plus remplir cette fonction. Le législateur, conscient du problème, a donc estimé que c'est la signature électronique, et non plus le support, qui doit désormais protéger le document contre les altérations. Cette solution ne nous paraît pas adéquate: si certains procédés de signature (la signature digitale) offrent effectivement une protection contre les modifications du document, toutes les formes de signature électronique ne remplissent pas cette fonction. Dès lors, une telle définition restreint inutilement le concept de signature électronique, alors que la garantie de l'inaltérabilité du document pourrait être techniquement assurée par d'autres procédés que la signature (utilisation d'un support irréversible comme le CD ou le DVD ou logiciel «figeant» le texte lorsqu'il est définitif...) (204). En outre, selon certaines interprétations, la directive sur les signatures électroniques impose le respect d'une certaine neutralité technologique: le cadre légal devrait rester assez ouvert pour évi-

(202) E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge», in *La preuve*, C.U.P., vol. 54, mars 2002, pp. 39 et s., n° 32; E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste'», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 189, n° 9-1.

(203) *Doc. parl.*, Chambre, 50- 38/006, sess. ord. 1999-2000, p. 11. *Adde*: E. MONTERO, «Définition et effets juridiques...», *op. cit.*, n° 36; «L'introduction de la signature électronique...», *op. cit.*, p. 190, n° 9-2; B. de GROOTE, «Het bewijs in de elektronische handel – enkele bedenkingen», *A.J.T.*, 2000-01, pp. 881 et s., n° 19.

(204) E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique...», *op. cit.*, p. 192, n° 10; D. MOUGENOT, «Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil?», *Ubiquité*, 2000, n° 7, p. 127.

ter de privilégier un procédé technique particulier. Dans cette mesure, la transposition de la Directive dans notre droit ne serait pas correctement réalisée (205).

§4. Vers une approche fonctionnelle générale de la signature?

72. L'introduction de la signature électronique dans notre droit est évidemment une invitation à réfléchir plus largement sur le concept même de signature, réflexion qui n'a pas été menée lors de la réforme législative.

Jusqu'alors, on ne trouvait aucune définition légale de la signature en droit civil. De manière assez simpliste, on a pu affirmer que «signer un acte, c'est y apposer son nom; ce ne peut être que cela» (206). Au fil du temps, la jurisprudence a eu à se pencher sur différents modes de signature, notamment en matière testamentaire. En particulier, elle s'est interrogée sur la validité d'appellations familiales, distinctes du nom patronymique, telles que «maman» ou «tante Ursule».

Deux courants sont alors apparus tant en doctrine qu'en jurisprudence: le premier, plus restrictif, limitait la signature aux graphismes reproduisant le nom patronymique, et le second, plus libéral, admettait des appellations familiales, en raison de la nature et de la finalité du testament (207). La Cour de cassation de France s'est ralliée à ce second courant, en exigeant toutefois que ne subsiste aucun doute ni sur l'identité de l'auteur ni sur sa volonté d'approuver les dispositions du testament (208). On retrouve nettement, dans cette position, les deux fonctions fondamentales de la signature (voy., *supra*, n° 69). La Cour de cassation française a ainsi adopté une conception clairement fonctionnelle de la signature, en matière testamentaire toutefois. La Cour de cassation belge a, en revanche, adopté la position la plus stricte. Par différents arrêts, elle a considéré que la signature est – et ne peut être que – «la marque manuscrite par laquelle le testateur révèle habituellement sa personnalité aux tiers» (209). Cette définition, dégagée en matière testamentaire, apparaît toutefois comme une définition de principe, susceptible d'être

étendue à d'autres domaines (210). A cet égard, la question est donc claire: seule la signature manuscrite est acceptée, les griffes, cachets, copies de la signature... étant proscrits (211). En revanche, il était admis que l'on ait recours à un pseudonyme (212) ou à un graphisme différent de celui utilisé habituellement (213). De même, on devrait admettre une signature simplement composée du nom patronymique écrit normalement, sans recherche esthétique particulière (214). En tout état de cause, il était bien clair, pour tous les auteurs, que la thèse la plus extensive ne pouvait être reçue en dehors des limites de la matière testamentaire: pas question de signer un chèque ou un contrat de bail «tante Ursule» ou «bon-papa» (215)!

73. Le débat relatif au caractère fonctionnel de la signature manuscrite ne peut cependant se limiter à examiner le bien-fondé de l'utilisation d'appellations familiales, dont la sécurité juridique est restreinte. N'oublions pas que, dans une conception fonctionnelle, la signature doit permettre d'identifier le signataire et de manifester son consentement à l'acte. On peut dès lors se demander si, en dehors de la signature électronique au sens strict du terme, on peut admettre comme signature n'importe quel mécanisme, graphique ou autre, qui remplirait ces deux fonctions.

L'introduction, dans notre droit, de la signature électronique marque-t-elle aussi l'apparition d'une définition fonctionnelle de la signature manuscrite? La lecture du texte légal permet d'en douter. En effet, la définition nouvelle concerne exclusivement la signature électronique, soit «une donnée sous forme électronique liée à d'autres données électroniques». Le législateur n'a toujours pas défini la signature manuscrite et n'en a pas modifié le régime juridique (216). Par ailleurs, certaines des fonctions de la signature électronique évoquées à l'article 1322, alinéa 2 nouveau (notamment l'exigence du maintien de l'intégrité de l'acte – voy., *supra*, n° 71) ne sont pas remplies par la signature dans l'environnement papier. Une application littérale du texte ne permet donc pas de considérer que le législateur a voulu admettre des équivalents fonctionnels de la signature manuscrite (217).

74. Cela étant, il n'est guère satisfaisant, au niveau des principes, de considérer que la signature manuscrite et la signature électronique reposent sur des ap-

(205) Y. POULLET & M. ANTOINE, «Vers la confiance...», *op. cit.*, n° 10. *Contra*: P. LECOQ & B. VANBRABANT, *op. cit.*, n° 90 et 98, qui estiment que la seule discrimination interdite par la Directive est celle qui frapperait la signature électronique par rapport à la signature manuscrite. En revanche, rien n'interdirait de discriminer une forme de signature électronique par rapport à une autre. Dans cette mesure, le fait de limiter le bénéfice de la non-discrimination à certains types de signatures électroniques seulement ne serait pas contraire à la Directive. Cette lecture du texte ne nous paraît pas compatible avec le souhait de neutralité technologique du législateur européen, même s'il est exact que l'article 5.2 de la Directive n'interdit pas explicitement d'introduire des discriminations entre signatures électroniques avancées et ordinaires.

(206) MERLIN, cité par M. VAN QUICKENBORNE, «Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé», *R.C.J.B.*, 1985, p. 71, n° 8.

(207) Pour plus de références, voir: M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 10 et s.; H. JACOBS, «Les testaments – Forme», *Rép. not.*, t. III, l. VIII/1, éd. 1985, n° 95 et s.

(208) Cass. fr., 24 juin 1952, *Dall.*, 1952, 613 et 5 octobre 1959, *Dall.*, 1959, 507.

(209) Cass., 7 janvier 1955, *Pas.*, 1955, I, 456; Cass., 2 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, 106.

(210) P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations - Examen de jurisprudence (1974 - 1982)», *R.C.J.B.*, 1988, p. 162, n° 243; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 79, n° 17.

(211) Cass., 24 février et 3 novembre 1910, *Pas.*, 1910, I, 241 et 475; Cass., 1er mars 1917, *Pas.*, 1917, I, 118; Cass., 7 janvier 1955 et 2 octobre 1964, cités ci-avant.

(212) R. HAYOIT de TERMICOURT, Conclusions précédant l'arrêt du 7 janvier 1955, *Ann. Not.*, 1955, 307.

(213) Cass., 10 juin 1983, *T. Not.*, 1986, 309, note M. PUELINCKX-COENE.

(214) Liège, 18 mars 1913, *Rev. prat. not.*, 1913, 568; Bruxelles, 15 juin 1863, *Pas.*, 1863, II, 333; Civ. Gand, 23 février 1963, *Rev. prat. not.*, 1964, 326.

(215) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 110.

(216) Contrairement à ce qui s'est passé en France.

(217) E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge», in *La preuve*, C.U.P., vol. 54, mars 2002, pp. 39 et s., n° 10; E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ?», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 185, n° 6.

proches différentes, d'autant que la signature électronique se veut la transposition, dans l'univers informatique, des fonctions assurées par la signature manuscrite dans l'environnement traditionnel. Dans ce contexte, il serait absurde de considérer que la signature électronique doit remplir des fonctions attribuées à la signature en général, mais auxquelles on ne peut avoir égard pour définir la signature manuscrite.

On peut illustrer cette discussion par l'exemple des signatures biométriques, c'est-à-dire celles qui se fondent sur une caractéristique morphologique de la personne. Les empreintes digitales en sont une application. Il est classiquement admis que l'apposition des empreintes digitales sur un document papier ne peut servir de signature (218). On en donne deux justifications. D'une part, traditionnellement, la signature doit consister en la reproduction écrite d'un vocable désignant oralement le signataire. D'autre part, les empreintes digitales peuvent avoir été apposées involontairement et ne traduisent dès lors pas nécessairement l'intention de s'approprier le contenu de l'acte (219). Ces deux justifications ne sont plus déterminantes. L'argument historique doit céder le pas, dès lors que l'on admet actuellement des formes électroniques de signature, qui n'ont rien à voir avec le nom patronymique. D'autre part, on peut utiliser certains procédés pour s'assurer que la présence des empreintes digitales traduit bien l'accord du signataire: par exemple, en les plaçant dans un cadre spécifiquement prévu à cet effet. Rien n'empêche d'ailleurs de biffer ou d'annuler des empreintes digitales apposées par erreur. Sur ce point également, l'évolution technique a amené à admettre des procédés de manifestation de la volonté beaucoup plus simples que l'écriture du nom sous forme manuscrite. Le «clic» de la souris en est un bel exemple.

En revanche, si la reconnaissance des empreintes digitales s'opère par un procédé électronique, les difficultés évoquées tombent comme par enchantement. Le fait de joindre un fichier électronique contenant une image des empreintes digitales du signataire à un second fichier électronique contenant un texte, revient à créer «une donnée sous forme électronique liée à d'autres données électroniques», donc une signature électronique conforme à la définition légale. Un tel mécanisme pourra être assimilé à une signature manuscrite s'il peut être imputé à une personne déterminée – ce qui ne pose guère de problème, compte tenu de la grande sécurité technique offerte par la reconnaissance des empreintes digitales – et s'il permet le maintien de l'intégrité de l'acte; ce qui peut être assuré par un mécanisme électronique annexe (utilisation de la fonction de hachage) (220). Le recours aux empreintes digitales, qui ne peut être considéré comme une signature dans l'environnement papier, deviendrait admissible dans l'environnement électronique!

(218) Cass. fr., 15 mai 1934, D.P., 1934, I, 113; H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 879; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 25.

(219) M. VAN QUICKENBORNE, *loc. cit.*

(220) La fonction de hachage est un procédé permettant de comparer deux étapes successives de la transmission d'un document pour vérifier s'il n'a pas été altéré. C'est donc une technique très performante de protection contre les modifications. Pour plus de détails, voir la littérature relative à la signature électronique citée plus haut.

75. Un plus grand souci d'unité devrait régner dans cette matière. Il nous paraît, dès lors, que la jurisprudence de la Cour de cassation définissant la signature manuscrite doit être considérée comme obsolète, vu l'évolution de notre droit, et qu'une porte doit être ouverte à une définition fonctionnelle de la signature en général. Par ailleurs, pour unifier le régime juridique de la signature, il conviendrait de supprimer, à l'article 1322 du Code civil, la référence au maintien de l'intégrité de l'acte, que la signature manuscrite ne peut, par principe, pas respecter.

Sous-section 3.

La théorie des équivalents fonctionnels est-elle une panacée?

§1. Les limites de l'approche fonctionnelle

76. Le principal avantage de cette théorie est de limiter les modifications légales. Au lieu de mettre en place un régime juridique sur mesure pour les documents électroniques, on peut se contenter de définir, en quelques articles, les conditions auxquelles le régime juridique des documents papier leur sera applicable. Il en résulte une économie législative considérable. Cela permet, entre autres, d'employer des «dispositions légales transversales», utilisables dans différents domaines du droit; ce qui évite de devoir faire l'inventaire d'une multitude de dispositions à modifier, au risque d'en oublier. On en verra, plus loin, des exemples dans la législation sur les services de la société de l'information.

77. Cette manière de faire est couramment admise actuellement mais ne fait cependant pas l'unanimité. Il se trouve des auteurs pour critiquer la théorie des équivalents fonctionnels, au motif que mettre sur le même pied l'environnement électronique et l'environnement papier est un leurre: l'informatique a des caractéristiques propres, qui font que les règles admises pour les documents papier ne sont pas transposables à l'environnement électronique, sauf à recourir à des approximations préjudiciables à la sécurité juridique (221). Comme le dit J. Huet: «Cette affirmation [l'équivalence de principe entre les deux environnements] est inexacte car des données électroniques, généralement modifiables à volonté et sans laisser de traces étant donné le support sur lequel elles sont inscrites ou transmises, n'ont pas la même nature que les documents écrits. Elle est nuisible de surcroît, car il existe des règles attachées à la preuve par écrit (...) dues à sa spécificité, et qui, de toute évidence, seraient malvenues à être appliquées à des documents électroniques» (222).

(221) V. GAUTRAIS, «Preuve et formalisme des contrats électroniques: l'exemple québécois», http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article_3.htm, p. 3; V. GAUTRAIS, «Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat: le contexte nord-américain», *Cahiers du CRID*, n° 17, 2000, Bruylant, p. 91 s., n° 21; J. HUET, «Formalisme et preuve en télématique et informatique» *J.C.P.*, 1990, p. 104, n° 2; A. RAYNOUARD, «Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique», *Rép. Defrénois*, 2000, p. 593 s., n° 12.

(222) J. HUET, «Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées», *Strey-Dalloz*, 1991, p. 181 s., spéc. 185. Dans un écrit plus récent («Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques», *Dall.*, 2000, Chron., p. 95 s.), le professeur HUET continue à défendre le rejet de l'assimilation du document informatique au document traditionnel.

Le Code civil québécois s'inscrit dans cette mouvance et prévoit deux régimes distincts, l'un applicable aux documents papiers et l'autre aux documents électroniques.

Globalement, on peut cependant affirmer que la théorie des équivalents fonctionnels est bien acceptée par la plupart des auteurs. On peut résumer leur position en ces termes :

«Rien n'aurait été plus néfaste à l'unité des règles de la preuve que de dresser l'un contre l'autre deux systèmes probatoires, l'un réputé antique et l'autre moderne, même si dans un premier temps un sentiment de «dédoublement» peut se manifester» (223).

78. Il faut cependant être attentif aux conditions dans lesquelles l'équivalence entre électronique et papier est définie. «La sécurité juridique n'est pas renforcée en se limitant à préciser que ces nouveaux écrits ont une force probante comparable à l'acte sous seing privé à condition que les fonctions de la signature manuscrite soient rencontrées, car on sait que cette preuve est généralement difficile et toujours soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge» (224).

C'est, en quelque sorte, le prix à payer pour la souplesse de la théorie (225). Il est donc également important de préciser de manière claire les conditions auxquelles les mécanismes électroniques peuvent être assimilés aux concepts classiques du droit de la preuve, en utilisant des présomptions légales pour couper court à des discussions stériles.

§2. Est-ce une raison suffisante pour rejeter cette théorie?

79. Jusqu'où peut-on aller dans l'application de la théorie des équivalents fonctionnels? Peut-elle résoudre toutes les difficultés? Manifestement non. La réflexion du professeur Huet garde, à cet égard, toute sa pertinence: il y a des différences irréductibles entre l'informatique et le papier, qui font qu'une assimilation totale entre les deux mondes est techniquement impossible. Est-elle juridiquement souhaitable?

80. L'exemple de la vérification d'écritures est éclairant à ce sujet. Les auteurs de la loi modifiant l'article 1322, suite aux questions posées par le Conseil d'Etat, ont expressément indiqué que l'article 1323 du Code civil, en ce qu'il permet au signataire de dénier sa signature, s'applique également à la signature électronique (226). Pour rappel, la force probante d'un acte sous seing privé est subordonnée à

la reconnaissance de celui-ci par son auteur ou ses héritiers. Si l'auteur présumé de l'acte refuse de le reconnaître, cet acte est provisoirement privé de toute force probante jusqu'à ce que la procédure de vérification d'écritures permette de trancher la question. Le signataire présumé d'un document papier portant une signature falsifiée et qui souhaite réfuter la paternité de ce document n'a donc aucune preuve à rapporter. Il lui suffit de dénier sa signature pour ôter toute force probante au document produit. Il revient alors à son adversaire de solliciter une vérification d'écritures.

Le signataire présumé d'un document électronique qui veut dénier sa signature devra-t-il au contraire supporter la charge de la preuve de la perte ou de la fraude? Non, si on transpose littéralement l'article 1323 du Code civil à l'environnement électronique, comme les textes et les travaux préparatoires le suggèrent (227). C'est la solution à retenir de *lege lata*. Cela étant, cette conclusion peut paraître insatisfaisante. Compte tenu de la sécurité qui entoure certains procédés de signature électronique, on pourrait raisonnablement attendre du signataire qu'il apporte à tout le moins des éléments rendant vraisemblables la perte ou la fraude. Dès lors que la signature manuscrite est assez facile à imiter, il est logique que l'on permette au signataire de contester sa signature. En revanche, dans la mesure où la fraude est moins envisageable dans un environnement électronique, sauf négligence de l'utilisateur, on pourrait admettre que les facultés de contestation soient plus réduites (228).

On touche ici du doigt les limites de la théorie des équivalents fonctionnels. Faut-il maintenir l'article 1323 du Code civil pour toutes les formes de signature ou créer un régime sur mesure pour la signature électronique? La question peut être élargie: faut-il tenir compte de toutes les spécificités de la signature électronique et déroger, chaque fois que cela apparaît opportun, au régime juridique de la signature manuscrite? N'est-ce pas une remise en cause fondamentale de l'approche fonctionnelle?

81. On peut esquisser quelques pistes pour débayer la question. Il nous paraît qu'il faut distinguer deux plans: la définition de la signature et son régime juridique.

La première étape consiste à vérifier si un mécanisme donné (qu'il soit graphique ou électronique) peut être considéré comme une signature au sens juridique du terme. En d'autres termes, il faut apprécier si ce mécanisme répond à la définition d'une signature. La question s'est posée dans l'environnement papier au sujet des empreintes digitales, de la croix apposée par un analphabète, de la signature à

(223) P.Y. GAUTIER & X. LINANT DE BELLEFONDS, «De l'écrit électronique et des signatures qui s'y rattachent», *JCP - Gén.*, 2000, p. 113 s., n° 17.

(224) Th. VERBIEST & E. WERY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 651.

(225) E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste'», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 183, n° 3 et p. 207, n° 17.

(226) Voir l'avis du Conseil d'Etat, relatif à l'avant projet de loi - *Doc. Parl. Chambre*, 2141/1 - 98/99, p. 29. La réponse des auteurs du projet de loi se trouve dans le même document, p. 17.

(227) P. LECOCQ & B. VANBRABANT, *op. cit.*, n° 100; M.-E. STORME considère que la position adoptée dans l'exposé des motifs à l'égard de la vérification d'écritures est impraticable et donc absurde (*op. cit.*, n° 46). Selon cet auteur, la dénégation d'écriture n'est pas possible tant que le titulaire du certificat n'en n'a pas demandé la révocation. Le texte ne nous paraît pas autoriser une telle interprétation: le législateur a clairement indiqué que le régime de la dénégation de signature n'était pas modifié.

(228) D. GOBERT & E. MONTERO, *op. cit.*, «La signature dans les contrats...», n° 57; P. LECOCQ & B. VANBRABANT, *op. cit.*, n° 112.

main guidée, etc. Elle s'est aussi posée dans l'environnement électronique au sujet de l'utilisation d'une carte magnétique et d'un code PIN ou d'une signature manuscrite reproduite par scanner. S'agit-il réellement de formes valides de signature?

L'approche fonctionnelle apporte une méthode pour répondre à cette question: celle-ci consiste à définir un concept non par son essence (ce qu'il est intrinsèquement) mais par ses fonctionnalités (ce à quoi il sert). Le principal mérite de cette théorie est son caractère ouvert et sa souplesse: n'importe quel mécanisme, aussi nouveau ou inattendu soit-il, peut rentrer dans les limites d'un régime juridique donné, dès lors qu'il présente les qualités fonctionnelles requises.

A ce niveau, nous plaçons pour une vision globale et fonctionnelle de la signature, dans laquelle signature manuscrite et électronique se fondraient dans un même moule. Toute forme de signature généralement quelconque pourrait être reconnue comme telle dès lors qu'elle remplit les deux fonctions de base: l'identification du signataire et la manifestation du consentement à l'acte. Présentée de cette manière, cette théorie s'applique sans difficulté à la signature électronique: le but est d'identifier les mécanismes techniques qui peuvent être considérés comme une signature au sens juridique du terme.

82. Une fois la conception fonctionnelle acquise pour définir la signature, se pose la question de l'uniformité de son régime juridique. Plus les fonctions sont définies de manière large et peu distinctive, plus on risque d'englober un grand nombre de mécanismes fort différents. A l'inverse, si les fonctions sont définies de manière pointue et précise, les mécanismes qui les rempliront seront homogènes. Dans le cas précis de la signature, dès lors que l'on recherche une définition fonctionnelle de la signature en général, on n'évitera pas la confrontation avec deux groupes fort dissemblables: les mécanismes traditionnels, de type graphique, et les mécanismes électroniques. Faut-il pour autant assujettir tous ces mécanismes au même régime juridique dès lors qu'ils présentent des caractéristiques physiques ou techniques assez divergentes? Faut-il diversifier le régime juridique de la signature pour mieux coller à la réalité?

L'exemple de l'article 1323 et de la vérification d'écritures, évoqué plus haut, n'est pas anodin: c'est la force probante même de la signature qui est en jeu. Jusqu'à présent, doctrine et jurisprudence se sont accordées à ne reconnaître qu'un seul degré de force probante des signatures sous sceau privé (229). Déroger à l'article 1323 pour la signature électronique reviendrait à reconnaître l'existence d'une force probante à deux vitesses: limitée pour la signature manuscrite, dans la mesure où le signataire peut se limiter à dénier sa signature sans avoir de preuve particulière à rapporter, plus forte pour la signature électronique, dès lors que le

(229) Notamment, la tentative pour reconnaître une force probante spécifique à la signature d'un testament mystique a été balayée. Voir: A. COUTURIER, «La force probante de la signature dans le testament mystique», *Ann. not.*, 1964, p. 144; M. RENARD-DECLAIRFAYT, «Force probante et force exécutoire des actes notariés», *Rép. Not.*, t. XI, I. VI/1, Bruxelles, Larcier, 1983, n° 60; Bruxelles, 8 octobre 1963, *Ann. Not.*, 1964, 137.

signataire devrait en outre apporter des éléments rendant la fraude vraisemblable (230).

83. A y regarder de plus près, la volonté de créer différents régimes juridiques selon la nature de la signature est peu cohérente, à tout le moins si elle s'inscrit dans le cadre de l'approche fonctionnelle. Il faut repartir du fondement même de la «théorie des équivalents fonctionnels»: c'est un procédé de qualification qui permet d'assujettir différents mécanismes de fait à un régime juridique unique, dès lors que ces mécanismes remplissent des fonctions identiques. C'est une démarche unificatrice. Dès lors, vouloir, dans un second temps, briser cette unité pour faire réapparaître des différences de régime juridique va à rebours de cette démarche. En quelque sorte, l'approche fonctionnelle est à prendre ou à laisser: il paraît difficile de l'utiliser à la fois pour unifier le régime d'un concept et pour le diversifier.

De ce fait, nous rejoignons les conclusions d'Etienne Montero lorsqu'il considère, au terme d'une analyse fouillée du mécanisme de vérifications d'écritures, qu'il n'y a pas lieu de toucher à l'unicité de la force probante de la signature (231). Cela n'ira pas sans certains tiraillements, compte tenu précisément des différences techniques entre signature manuscrite et signature électronique, mais ces difficultés ne nous paraissent pas insurmontables, avec un minimum de souplesse et d'imagination.

Section 4

Les autres règles du formalisme probatoire

Sous-section 1.

Manifestations du formalisme probatoire

84. Le Code civil, en rupture nette avec l'ancien droit, a adopté un corps de règle très consensualiste et limite au minimum le formalisme *ad validitatem* (232). Il a néanmoins établi un formalisme probatoire, essentiellement à des fins de protection de certaines parties, dont la pièce essentielle est d'ailleurs l'article 1341.

(230) D'une certaine manière, la question de la vérification d'écritures en matière de signature électronique est un faux problème. Les fraudes se résolvent davantage par une application des principes de la responsabilité, plutôt que par le droit de la preuve et l'utilisation de la vérification d'écritures. La place manque pour développer cette question. Voir sur ce point: D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 158-1; E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste'?', in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 204, n° 16.

(231) E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique...», *op. cit.*, p. 208, n° 18.

(232) Sur l'évolution du formalisme dans l'ancien droit, voir: DE PAGE, t. I, n° 27; M. DEMOULIN & E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», in *La théorie générale des obligations (suite)*, CUP, vol. 57, oct. 2002, p. 111 et s. ainsi que le rapport d'Etienne MONTERO dans le présent ouvrage.

Toutefois, celui-ci est accompagné d'autres dispositions qui poursuivent le même but: l'article 1325, qui oblige à confectionner autant d'originaux que de parties, l'article 1326, qui introduit la formalité du «bon pour» dans les actes unilatéraux et l'article 1328, qui limite la force probante de la date des actes sous seing privé. Aucun de ces textes n'a été modifié mais leur portée a été précisée par la jurisprudence.

85. Par ailleurs, l'informatique, une fois de plus, jette un jour nouveau sur la matière. En effet, ces règles peuvent poser des problèmes en ce qui concerne la conclusion des «web contracts», c'est-à-dire les contrats conclus à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données (233). Il est alors difficile de respecter la formalité du double original, de la formule manuscrite du «bon pour» ou de garantir une date certaine, opposable aux tiers.

Or, les obstacles formels à la conclusion de contrats électroniques sont condamnés par l'article 9 de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (234). Cette disposition fait obligation aux Etats membres de faire en sorte que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. A ce titre, ils doivent veiller à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.

Cette Directive a été transposée dans notre droit par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. L'article 16, §1^{er}, de cette loi dispose que «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». C'est donc une invitation à appliquer le principe des équivalents fonctionnels (sur cette notion, voy., *supra*, n° 60).

Les articles 1325 et 1326 imposent le respect d'un formalisme *ad probationem* (235). Il en résulte que le non-respect de ces dispositions entraîne la nullité de l'*instrumentum* mais non du *negotium*. Or, tout formalisme, aussi allégé fût-il, est, par principe, imperméable à l'utilisation d'équivalents fonctionnels. La forme imposée doit être respectée à la lettre et on ne peut lui substituer un quelconque équi-

valent (236). L'article 16 de la loi du 11 mars 2003 introduit dès lors une exception notable au régime traditionnel du formalisme, dès lors qu'elle admet que l'on puisse remplacer les formes requises par loi par d'autres mécanismes qui rencontrent la même finalité (237).

Sous-section 2.

L'article 1325

§1. Rappel des principes

86. Selon le premier alinéa de l'article 1325, les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Cette règle était inconnue dans l'ancien droit. Elle fut introduite dans une série d'arrêtés du Parlement de Paris, dont le plus ancien remonte à 1736 (238). C'était donc une règle assez récente lors de la rédaction du Code civil, comparée à l'Ordonnance de Moulins.

Il s'agit d'un formalisme de protection, en vue d'éviter les fraudes: lorsqu'un contrat synallagmatique n'est rédigé qu'en un seul exemplaire, détenu par une des parties, il suffirait que le détenteur ne le produise pas en cas de litige, voire le détruise, pour empêcher son cocontractant de rapporter la preuve des obligations découlant du contrat (239). Pour que la protection remplisse totalement sa fonction, les différents exemplaires devront tous être des originaux revêtus d'une signature (240). Il est toutefois admis que chacun des cocontractants ne signe pas l'exemplaire en sa possession, pourvu que celui-ci soit revêtu des signatures des autres parties contractantes (241).

§2. Evolution

87. Au fil du temps, doctrine et jurisprudence ont admis un nombre assez important d'exceptions. La règle ne s'applique pas:

- (233) Y. POULLET, «Contrats électroniques et théorie générale des contrats», in *Liber amicorum Lucien Simon*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 467, n° 1; R. JULIÀ-BARCELO, E. MONTERO & A. SALAÛN, «La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies», in *Commerce électronique – le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 156.
- (234) Voir à ce sujet: D. GOBERT & E. MONTERO, «Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne», in *Le commerce électronique européen sur les rails?*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199.
- (235) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 139 et 150.

- (236) F. FAVENNEC-HERY, «La date certaine des actes sous seing privé», *R.T.D.civ.*, 1992, p. 40, n° 51; J. FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9; F. GONTHIER, «Réflexion sur la notion d'écrit», *JCP, Ed. not. et immob.*, 1999, p. 1781 s., n° 25.
- (237) M. DEMOULIN & E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *op. cit.*, p. 138 et s.
- (238) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 13.
- (239) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 126.
- (240) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 803; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 721; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 137; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 532.
- (241) Cass., 17 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, 1192.

- lorsqu'une des parties a déjà rempli ses obligations (242);
- lorsque les parties y ont dérogé (243);
- en matière commerciale (244);
- aux actes authentiques nuls en la forme (245);
- lorsque l'acte est déposé entre les mains d'un tiers (246);
- lorsque le contrat est formé par échange de lettres missives (247).

Il est difficile de trouver un fil conducteur entre toutes ces exceptions. On a pu écrire qu'elles concernent des hypothèses dans lesquelles la fraude est peu vraisemblable (248) mais, en réalité, leur motivation est très disparate. Lorsque l'une des parties a totalement rempli ses obligations au moment de l'établissement de l'acte, il ne s'agit plus à proprement parler d'un contrat synallagmatique. C'est donc du principe même de la règle que l'on peut déduire l'exception. La possibilité de déroger à l'article 1325 est la conséquence logique de ce que les règles de la preuve ne sont pas d'ordre public. L'exclusion du domaine de la commercialité relève de l'exclusion générale du formalisme probatoire entre commerçants. En ce qui concerne les lettres missives, c'est plutôt le pragmatisme qui l'a emporté: il eût été inutile de consacrer le principe de la conclusion d'un contrat par échange de courriers si c'était pour l'assortir d'un formalisme matériellement incompatible avec l'échange de lettres missives (249). Ce n'est guère que pour l'acte authentique nul en la forme et le dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers que l'on peut réellement parler de présomption d'absence de fraude.

88. Le maintien même de la règle a été critiqué, au motif qu'il est peu rationnel de subordonner la faculté de rapporter la preuve d'un acte à la condition que l'autre partie dispose des mêmes moyens de preuve (250). Ces objections se retrouvent sous la plume de défenseurs de la généralisation de la liberté des preuves. On peut comprendre leur irritation face à la persistance d'un formalisme probatoire qui pouvait leur apparaître désuet. Comme nous l'avons dit, le principe de l'article 1325 relève d'un formalisme de protection. Ce type de règle n'est nullement en décroissance dans notre droit. On en retrouve des traces de plus en plus

(242) J. MESTRE, *R.T.D. civ.*, 1994, p. 610, citant Cass. fr., 19 octobre 1993.

(243) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 806; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 526.

(244) Cass., 20 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, 522; Liège, 5 janvier 1977, *Rev. prat. soc.*, 1977, 132; Liège, 3 juin 1991, *J.T.*, 1991, 698; FREDERICQ, t. I, n° 155; VAN RYN & HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 50; E. DAUBRESSE, «La preuve des engagements commerciaux», *Novelles, Droit commercial, op. cit.*, n° 25; X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 94; K. TROCH, «Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken», *DA/OR*, 2001, p. 102.

(245) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 770 et 804, A, 3°.

(246) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 806; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 704 et s.; G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, n° 232; Cass. fr., 15 avril 1992, *Dall.*, 1992, inf. rap., p. 186; Nancy, 16 octobre 1956, *J.T.*, 1958, 380; Grenoble, 17 février 1959, *Ann. Not.*, 1959, 416.

(247) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 133.

(248) J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 67.

(249) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 181.

(250) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 13; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 67.

marquées dans le droit de la consommation (251). Par ailleurs, on remarque, dans la doctrine et la jurisprudence, des réactions contre les situations dans lesquelles une partie détient unilatéralement les instruments de preuve (voy., *supra*, n° 25 et 30). Il n'est donc pas choquant, dans ce contexte, que l'article 1325 n'ait pas été supprimé, sauf lorsque le risque de fraude est effectivement limité. C'est ainsi qu'il a été envisagé de déroger à l'article 1325 dans les relations entre grandes entreprises, lorsque les enregistrements de données comptables sont immédiats et quasiment irréversibles (252). Il a également été suggéré de remplacer l'écrit multilatéral par un système d'accusé de réception (253). Ce n'est pas la panacée. Lorsqu'une partie détient l'original unique d'un contrat et en accuse réception à son cocontractant, ce mécanisme permet effectivement à ce cocontractant d'établir l'existence de la convention mais s'avère insuffisant pour en prouver le contenu, si l'original s'est perdu. La règle de l'article 1325 a donc toujours sa place dans notre arsenal juridique.

§3. L'article 1325 et le commerce électronique

89. Comme nous l'avons dit plus haut, le prescrit de l'article 1325 est difficile à respecter lors de la conclusion par voie électronique de certains contrats à distance. Lorsqu'un internaute conclut une convention en remplissant et validant (ou signant) un formulaire figurant sur une page web, un scul original est établi et celui-ci reste entre les mains du propriétaire du site.

Le principe général figurant à l'article 16, §1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 (voy., *supra*, n° 85) vise à apporter une solution à ce problème. Si cette disposition est susceptible d'aider à éviter les écueils qui s'opposent à la conclusion de contrats en ligne, en revanche, ni cette loi ni ses arrêtés royaux d'application ne contiennent de disposition modifiant explicitement l'article 1325 du Code civil.

On peut envisager deux manières de tourner la difficulté:

90. Une première échappatoire est offerte par les exceptions au principe de l'article 1325. Ainsi, un contrat formé par échange de courriers électroniques pourra être assimilé à une convention sur support papier formée par échange de lettres missives et jouir du même régime d'exception.

Il est, par ailleurs, admis que l'article 1325 ne s'applique pas non plus lorsque le contrat est remis entre les mains d'un tiers. Cette exception pourra également être admise si le contrat original, conclu sous forme électronique, est déposé auprès d'un tiers certificateur (254). Le dépôt doit toutefois être réalisé de l'accord de

(251) D. GOBERT & E. MONTERO, «Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne», *op. cit.*, n° 396.

(252) P. LECLERCQ, «Faut-il réformer le droit de la preuve?», *Dr. inf. tél.*, 1991/1, p. 8.

(253) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 126.

(254) P. LECOCQ & M. VANWIJCK-ALEXANDRE, «La conclusion d'un contrat de bail par les nouveaux moyens de télécommunication», *Après-midi d'étude - actualité légis-*

toutes les parties (255). Il ne suffirait donc pas que le prestataire de services fasse archiver, à l'insu du consommateur, les contrats conclus par l'intermédiaire de son site web. L'article 8, §1^{er} de la loi du 11 mars 2003 oblige d'ailleurs le prestataire de services à informer le destinataire sur les possibilités d'archivage du contrat.

Par ailleurs, il est bien précisé à l'article 1325 que la formalité du double ne s'applique qu'aux originaux de la convention. Il est traditionnellement admis qu'un original est l'exemplaire du contrat revêtu d'une signature (256). Or, le recours à la signature électronique est encore rare lors de la conclusion de contrats en ligne et bon nombre de «web contracts» sont conclus sans usage d'une forme particulière de signature. C'est le cas lorsque le consommateur est invité à remplir un formulaire, reprenant ses coordonnées personnelles et celles de sa carte de crédit, et à la valider. Rappelons que, selon l'article 1322 nouveau du Code civil, il y a signature électronique lorsque l'on est en présence d'un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. Si la simple indication de l'identité et de l'adresse électronique du client permet éventuellement de lui imputer le fichier qui contient sa commande, ce mécanisme ne protège pas l'intégrité de ce document. A défaut de signature en bonne et due forme, il n'y a donc pas à proprement parler d'original du contrat et on ne peut alors exiger l'application de l'article 1325. C'est assez logique puisque ce type de convention ne constitue pas un véritable acte sous seing privé.

91. Si les parties ne sont pas en mesure d'invoquer les exceptions à l'article 1325, il faudra, conformément à l'article 16, §1^{er}, de la loi du 11 mars 2003, essayer de trouver un équivalent fonctionnel de la formalité. Dans ce cas, la protection contre les altérations du contrat pourra être assurée par un mécanisme de signature digitale. Pour que le client dispose également d'un exemplaire de la convention, il conviendrait en outre que le commerçant lui adresse, par courrier électronique, un exemplaire de la convention porteur des signatures. La réalité de cette communication pourra être attestée par une forme de recommandé électronique (257).

Mais la difficulté ne s'arrête pas là. Lors de la conclusion d'un contrat traditionnel, même à distance, le processus contractuel est cliché au travers de deux moments importants: la formulation de l'offre et l'acceptation, et l'ensemble du *negotium* est contenu dans le ou les actes qui le constatent. La démarche est plus complexe pour les contrats électroniques: «Paper contracts bind parties to an act.

.../...

lative en droit immobilier – 4 décembre 2002, Liège, Faculté de droit, p. 24. Sur les difficultés que peut poser cette pratique, voir: M. DEMOULIN & D. GOBERT, «L'archivage dans le commerce électronique: comment raviver la mémoire?», in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 101 et s., spéc. p. 113 et s.

(255) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 132.

(256) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 832; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 1028; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 187.

(257) M. DEMOULIN & E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *op. cit.*, p. 152.

The electronic contract binds parties to a process» (258). La conclusion d'un contrat en ligne se réalise, en effet, au travers de tout un cheminement: depuis la consultation d'un site portail ou d'un moteur de recherche, puis par la consultation des pages du site du prestataire, qui permettent au consommateur de préciser ses choix et configurer le produit ou le service en fonction de ses souhaits et ses besoins, jusqu'au «clic» final, par lequel il valide le formulaire et l'envoi de l'accusé de réception par le prestataire (259). De là à considérer que le contenu contraignant du contrat est «saupoudré» sur toutes les étapes de cet itinéraire, il n'y a qu'un pas que certains auteurs envisagent sérieusement de franchir (260). A supposer que cette opinion soit reçue, comment encore respecter l'article 1325 et établir des exemplaires multiples d'un contrat éparpillé sur de nombreuses pages web, éventuellement externes au site du prestataire de services? Ici aussi, la notion d'original peut nous aider. Seuls les originaux signés doivent être dupliqués. Ainsi, par exemple, seul le fichier lié à une signature électronique devra être multiplié et non pas toutes les pages web, souvent à contenu publicitaire, qui peuvent éventuellement faire naître des attentes légitimes dans le chef du consommateur.

Sous-section 3.

L'article 1326

§1. Rappel du régime de cette disposition

92. Aux termes de l'article 1326, le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou, du moins, il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un «bon» ou un «aprouvé» portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Cette règle date pratiquement de la même époque que celle de l'article 1325: elle a été introduite par deux déclarations royales des 30 juillet 1730 et 22 septembre 1733, en vue de réprimer les abus de blanc seing (261). Ce n'est toutefois pas le seul but poursuivi par cette disposition. Elle vise également la fraude consistant à obtenir une signature par surprise, lorsque les sommes en jeu n'apparaissent pas clairement, et rend plus difficiles les falsifications, le montant en lettres étant plus difficile à modifier que le montant en chiffres (262).

(258) E.M. KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129.

(259) Sur la difficulté d'appréhender tout ce processus lors de la rédaction de la Directive sur le commerce électronique, voir: M. DEMOULIN, «La passation d'une commande sur les réseaux», in *Le commerce électronique européen sur les rails?*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 253 et s.

(260) Y. POULLET, «Contrats électroniques et théorie générale des contrats», *op. cit.*, p. 475, n° 12; S. CAVANILLAS MUGICA, «Dix thèses sur la protection du 'consommateur électronique' d'après la Directive sur la vente et les garanties des biens de consommation», *Ubiquité*, décembre 2000, pp. 103 et 104.

(261) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 14.

(262) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 811; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 141.

§2. Evolution

93. La jurisprudence et la doctrine ont œuvré à préciser le contenu de cette disposition. Ainsi, le mot «billet» figurant dans le Code civil a été interprété dans le sens d'«acte unilatéral» (263). Il a, par ailleurs, été confirmé que la règle ne s'applique qu'aux actes qui créent une obligation unilatérale nouvelle et non aux documents qui constituent la confirmation d'une obligation préexistante (264). La doctrine considère que le terme «chose appréciable» doit s'entendre comme «chose fongible» (265). Il a été jugé que l'article 1326 est inapplicable lorsque l'engagement porte sur une somme indéterminée ou sur «toute somme généralement quelconque» (266). En revanche, les lettres missives n'y échappent pas: contrairement à la règle du double, il n'existe aucune impossibilité matérielle, dispensant du respect de la règle du «bon pour» (267).

§3. Exceptions

94. L'alinéa 2 de l'article 1326 énumère un certain nombre d'exceptions à la règle: les marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service. Ces exceptions sont mal rédigées et constituent des nids à controverse.

L'exclusion des marchands relève de l'exclusion générale du domaine de la commercialité. Elle ne surprend guère. Toutefois, la question de savoir si les engagements civils des commerçants est soumise à l'article 1326 est controversée. Certains considèrent que l'exception est liée à la qualité de la personne et non à la nature de l'acte: elle s'appliquerait donc à tous les commerçants, même pour les engagements civils (268). Même si cette position n'est pas dépourvue de logique, elle va toutefois à l'encontre de l'objectif poursuivi par la déclaration royale de 1733, qui motive la dispense uniquement par la célérité propre aux affaires commerciales. Les commerçants qui agissent en dehors d'un cadre professionnel ne

sont donc pas dispensés de la formalité (269). Inversement, l'exception s'applique aux engagements commerciaux d'une personne civile.

La seconde exception (artisans, laboureurs...) est plus embarrassante. Qui vise-t-elle exactement? La plupart des personnes mentionnées sont commerçantes et rentrent dès lors déjà dans le cadre de la première exception. Par ailleurs, bon nombre d'agriculteurs ou d'artisans sont soumis à des obligations administratives parfois assez lourdes, en tout cas bien plus complexes que la formalité de l'article 1326. En réalité, la *ratio legis* de ce texte était d'exclure les illettrés, qui auraient été bien en peine de rédiger l'acte en entier, voire même de respecter l'exigence du «bon pour». Même présentée de cette manière, cette exception est devenue anachronique: actuellement, la tendance est de renforcer plutôt que d'alléger le formalisme protecteur à l'égard des personnes défavorisées. La Cour de cassation n'a pas simplifié les choses en interprétant cette disposition à la lettre, refusant de faire une distinction entre les illettrés et les autres (270).

§4. Cette disposition est-elle surannée?

95. En 1962 déjà, S. Fredericq appelait à la suppression de cette disposition, qu'il considérait comme obsolète (271). Selon J.-F. Leclercq, cette règle ne correspond plus à la réalité: dans l'esprit de la grande majorité des justiciables, la signature suffit à conférer validité à une reconnaissance de dette, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter des mentions particulières. En outre, la protection qu'elle apporte est devenue illusoire face au développement des effets de commerce, même à l'égard des non-commerçants (272).

Il est vrai que les exceptions sont mal rédigées et doivent être revues, voire supprimées. Dès lors que l'exception de la commercialité est assez générale, il serait peu gênant que les marchands ne soient plus expressément repris dans les exceptions à l'article 1326. Quant à la seconde exception, elle pourrait également être omise sans difficulté, dès lors qu'elle ne correspond plus aux mentalités d'aujourd'hui. Mais nous ne pensons pas que l'article 1326 doit être supprimé dans sa totalité. La protection contre les abus de blanc-seing et les mécanismes destinés à attirer l'attention de la partie contractante sur l'ampleur de ses engagements sont toujours d'actualité et s'inscrivent dans le cadre d'un formalisme de protection, qui tend à se renforcer. Il suffit de relire les exigences formelles requises par l'article 14 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation pour s'en convaincre. Cette disposition contient également une protection contre le blanc-seing: l'article 14, § 4, 2° dispose que l'offre de crédit doit contenir «à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention «Ne signez jamais un contrat non rempli»». Cet article impose en outre la présence de différentes clauses en caractères gras et d'une typographie différente du reste du texte,

(263) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 142; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 554 et s.; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 971; Liège, 2 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, 208.

(264) J. LIMPENS & R. KRUTHOF, «Les obligations - Examen de jurisprudence (1964 - 1967)», *R.C.J.B.*, 1969, p. 290.

(265) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 144; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 556.

(266) Cass., 14 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, 213; Cass., 26 février 1993, *Pas.*, 1993, I, 220. Voir aussi: H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 815; F. T. KINT & M. FORGES, «Le cautionnement et la solidarité passive», *DA/OR*, 1989, p. 39 et les références citées; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 144. *Contra*: Cass. fr., 3 mars 1970, *Dall.*, 1970, 403, note ETESSÉ; Cass. fr., 20 juin 1978, *Bull. cass.*, 1978, civ., I, n° 234; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 776; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 721 et 1988, p. 167; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 557.

(267) DE PAGE, *op. cit.*, n° 815 C; GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 749; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 148; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 548.

(268) DE PAGE, *op. cit.*, n° 816; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 68; X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 96; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 562.

(269) D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 145; VAN RYN & HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 51.

(270) Cass., 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 1267.

(271) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 14.

(272) J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 76.

en vue d'attirer particulièrement l'attention du consommateur sur certaines règles que doit respecter l'entreprise de crédit. Le mobile poursuivi et le procédé utilisés sont identiques à ceux de l'article 1326 du Code civil. Supprimer purement et simplement l'article 1326 irait donc à l'encontre de ce courant protecteur.

§5. Et le commerce électronique?

96. Une fois de plus, il faut garder à l'esprit une approche fonctionnelle, commandée d'ailleurs par le texte même de la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information. Il n'est donc pas nécessaire de chercher à copier de manière tatillonne les dispositions du Code civil mais de mettre en place des mécanismes qui permettent de remplir les mêmes fonctions.

Comme l'observent opportunément M. Demoulin et E. Montero, l'article 1326 cumule une triple exigence formelle: l'écrit, la signature et les mentions manuscrites (273). Les deux premiers éléments de ce formalisme sont naturellement rencontrés par l'introduction, dans notre droit, de la signature électronique. Comme nous l'avons vu plus haut, cette réforme a eu pour effet de calmer la controverse relative à l'existence juridique d'un écrit électronique. Quant à la signature électronique, elle est explicitement admise par le texte légal nouveau. Au surplus, l'article 16, § 2 de la loi sur les services de l'information stipule expressément que:

- «- 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 leur modalité de transmission,
- 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».

97. Reste l'exigence de la mention manuscrite. A cet égard, la loi du 11 mars 2003 contient également une disposition transversale spécifique: «l'exigence d'une mention de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier». Tout procédé électronique permettant d'identifier l'auteur de la mention est donc admissible. La formalité du «bon pour» est toutefois plus complexe et ne se réduit pas à une simple mention manuscrite (274). Comme indiqué plus haut, elle vise à écarter le blanc-seing, éviter l'effet de surprise et les possibilités de modification frauduleuse du montant de l'acte. Le risque de blanc-seing peut être évité aisément, dans l'environnement électronique, par l'insertion de champs qui doivent être obligatoirement complétés pour que l'ordinateur considère que l'acte est accompli (275). L'effet de surprise est limité par la circonstance que, lors de la conclusion d'un «web contract», le consommateur peut lire et relire les formulaires aussi longtemps qu'il le désire avant de les signer (il peut même les imprimer pour les examiner à son aise). Enfin la protection contre les modifications frauduleuses peut être acquise si le système «gèle» les mentions du contrat après la signature, de telle sorte que celles-ci

ne puissent plus être modifiées par qui que ce soit. La signature digitale remplit naturellement cette fonction (276).

Le respect de l'article 1326 dans l'environnement électronique pose donc moins de problèmes que l'article 1325. Il conviendra que les juges soient vigilants, pour vérifier, dans chaque cas d'espèce, si les mécanismes techniques utilisés permettent d'atteindre les finalités de l'article 1326 avec autant d'efficacité que la formalité traditionnelle.

Sous-section 4. L'article 1328

§1. Rappel du principe

98. L'article 1328 du Code civil dispose que les actes sous seing privé n'ont date certaine envers les tiers que par l'enregistrement, par la mort des parties ou par la mention dans un acte authentique.

Contrairement aux dispositions précédemment citées, le Code civil est ici en nette opposition au régime existant antérieurement. Dans l'ancien droit, il n'y avait pas à proprement parler de théorie organisée de la date certaine: les actes sous seing privé ne faisaient, en principe, pas foi de leur date à l'égard des tiers mais, par ailleurs, le juge pouvait admettre l'existence d'une date certaine chaque fois qu'il s'avérait matériellement impossible d'antidater l'acte (277). *A priori*, le texte du Code civil s'est donc démarqué du droit antérieur, en ce qu'il a admis que, dans certaines hypothèses explicitement énumérées, l'acte sous seing privé peut recevoir date certaine à l'égard des tiers.

Les premiers commentateurs du Code civil paraissent toutefois se situer dans la lignée de l'ancien droit (278). Mais, assez rapidement, la Cour de cassation française a mis un terme à ces interprétations, en rappelant de manière stricte que l'énumération reprise à l'article 1328 est limitative (279). D'autres arrêts, plus récents, sont venus confirmer ce principe (280), qui est également admis par l'ensemble de la doctrine classique (281).

(273) M. DEMOULIN & E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *op. cit.*, p. 172.

(274) M. DEMOULIN & E. MONTERO, *loc. cit.*

(275) M. DEMOULIN & E. MONTERO, *op. cit.*, p. 149.

(276) M. DEMOULIN & E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *op. cit.*, p. 173.

(277) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 16; F. FAVENNEC-HERY, «La date certaine des actes sous seing privé», *R.T.D.Civ.*, 1992, pp. 4 et 41.

(278) TOULLIER, *Droit civil français*, Bruxelles, Tarlier, 1829, t. VIII, n° 241.

(279) Cass. fr., 27 mai 1823, cité par TOULLIER.

(280) Cass. fr., 4 février 1986, *Bull. Cass.*, 1986, 1^o partie, n° 13; Cass. fr., 9 mai 1960, *Bull. Cass.*, 1960, 1^o partie, 240.

(281) F. LAURENT, t. XIX, n° 286 et s.; G. GOUBEAUX & BIHR, *op. cit.*, n° 906; G. BAUDRY LACANTINIERE, t. IV, n° 2369; M. PLANIOL & G. RIPERT, t. VII, n° 1485.

§2. Evolution

99. Une fois de plus, doctrine et jurisprudence ont précisé les limites de la règle et l'ont interprétée dans les cas douteux. Les exceptions sont assez clairement déterminées. Logiquement, cette disposition ne s'applique pas aux documents qui ne sont pas des actes sous seing privé (282). L'exception traditionnelle de la commercialité joue également dans ce domaine (283). La règle ne s'applique pas non plus aux tiers qui bénéficient d'une protection renforcée, par exemple lorsque l'acte doit être transcrit (284). Enfin, assez curieusement, les quittances font foi de la libération à l'égard des tiers, même si elles n'ont pas date certaine (285).

Par ailleurs, les tiers protégés par l'article 1328 sont actuellement mieux connus: il s'agit des personnes qui ne sont ni signataires de l'acte, ni représentants d'un signataire ou représentés par lui, et qui entendent exercer un droit propre qu'ils tiennent soit d'un des signataires soit de la loi (286). Sont principalement visés: les créanciers chirographaires, mais aussi les curateurs agissant au nom de la masse, les héritiers qui exercent un droit propre (rapport ou réduction)...

100. Il ne faut pas confondre la force probante de la date d'un acte à l'égard des tiers au problème de la preuve de la date d'envoi d'un message lors de la conclusion d'un contrat entre absents. A ce sujet, l'article 1328 du Code civil est inapplicable. La question intéresse davantage les relations entre parties: est-ce que les notifications nécessaires à la naissance d'une convention ont bien eu lieu et ont-elles été effectuées à la date indiquée?

A cet égard, on peut relever que la communication d'un acte est un fait juridique, qui peut être prouvé par toutes voies de droit (287). Le juge pourra donc toujours se satisfaire de présomptions pour apprécier quand le document est bien arrivé dans les mains de son destinataire.

§3. Critique

101. Le principe énoncé dans ce texte légal ne pose guère de difficulté: il s'agit de protéger les tiers contre les altérations de la date (antidate ou postdate). Ce qui

interpelle davantage, c'est l'aspect fermé de la liste des procédés qui confèrent date certaine à l'acte. En effet, il existe d'autres hypothèses dans lesquelles la date peut être établie avec un degré suffisant de certitude pour assurer la protection des tiers: la légalisation de la signature par un officier public, la relation explicite de l'existence de l'acte dans un autre acte sous seing privé soumis à enregistrement, ... (288) (289).

En outre, dans le domaine de l'informatique, la technique offre également des procédés aussi sûrs que l'enregistrement pour déterminer la date de conclusion d'un acte électronique: c'est l'horodatage ou «*time stamping*». L'idée est de faire intervenir un tiers de confiance, entreprise privée spécialisée dans la certification, qui délivre un certificat électronique permettant de garantir la date à laquelle le document lui a été présenté et l'absence de modifications (290). Or, dans l'état actuel de la législation, un document électronique dont la date est ainsi certifiée n'a pas date certaine, au sens de l'article 1328 du Code civil.

102. Il suffirait, pour résoudre le problème, de considérer que la liste des procédés conférant date certaine qui figure à l'article 1328 a un caractère simplement exemplatif et non limitatif. Cela supposerait un renversement de l'interprétation habituelle de cette disposition. Est-ce un obstacle insurmontable? Il n'y a rien, dans les travaux préparatoires du Code civil, qui impose de manière formelle le caractère exhaustif de l'énumération (291). Par ailleurs, s'il y a bien unanimité chez les auteurs anciens, en revanche, la doctrine récente regrette explicitement le caractère limitatif de l'article 1328 (292). Ce ne serait pas la première fois que l'interprétation d'un texte s'adapte à l'évolution des pratiques sociales et techniques. Enfin, si la Cour de cassation française s'est prononcée à plusieurs reprises sur cette question, la Cour de cassation belge n'a pas encore eu à connaître du problème et a donc toujours les mains libres. On connaît des exemples de questions juridiques au sujet desquelles la Cour suprême belge s'est démarquée des solutions adoptées par son homologue française (293). Il n'y a donc pas d'impossibilité réelle, il suffit d'une volonté de changement. A nouveau, une approche fonctionnelle des procédés conférant date certaine serait plus adaptée à la réalité d'aujourd'hui. Le juge pourrait vérifier si le mécanisme utilisé est réellement de nature à ôter tout doute raisonnable quant à la date de l'acte.

(282) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 792, D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 166.

(283) Cass., 25 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 387. Pour le cas des actes mixtes, voir: Cass., 31 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, 484.

(284) H. DE PAGE, *loc. cit.*

(285) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 594; J.P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 157; Mons, 3 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 724.

(286) J. LIMPENS & R. KRUIHOF, *op. cit.*, p. 291; H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 794; F. FAVENNEC-HERY, *op. cit.*, n° 35; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 167; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 604.

(287) M.-E. STORME, «Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – de nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving», *R.W.*, 2001-2002, pp. 433 et s., n° 49; M. DEMOULIN, «Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques», in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 64.

(288) G. GOUBEUX & BIHR, *op. cit.*, n° 910.

(289) H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 798, cite également l'exemple assez macabre de la personne qui est amputée des deux mains et qui se trouve donc dans l'impossibilité de modifier l'acte qu'elle a signé et daté!

(290) Pour plus d'explications, voir: M. DEMOULIN, «Aspects juridiques de l'horodatage...», *op. cit.*, p. 44 et s.; A. JAMAR, «La sécurité des transactions – introduction technique», in *Le commerce électronique – un nouveau mode de contracter?*, Liège, Ed. Jeune Barreau, 2001, p. 21 et s.; J. HUBIN, *La sécurité informatique, entre technique et droit*, Cahiers du CRID, n° 14, Bruxelles, Story - Scintia, 1998, pp. 68 et s.

(291) H. DE PAGE, *loc. cit.*

(292) H. DE PAGE, *loc. cit.*; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 170; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 586.

(293) A commencer par l'aspect fonctionnel de la signature manuscrite en matière testamentaire – voir *supra*, n° 72.

103. A défaut d'interprétation souple du texte, une modification législative s'avère alors nécessaire et souhaitable, à tout le moins pour assurer le développement du commerce électronique. Cela étant, une telle modification posera peut-être des problèmes d'ordre fiscal parce qu'un certain nombre d'actes échapperaient ainsi à la formalité de l'enregistrement... et aux revenus qu'elle engendre pour le fisc (294).

Faut-il, comme certains le souhaitent, supprimer cette règle et laisser au juge toute latitude pour décider si l'acte fait foi à l'égard des tiers (295)? Une telle opinion nous paraît excessive: le principe de l'absence de force probante de la date des actes sous seing privé a son utilité et il est bon qu'il soit exprimé explicitement dans le Code civil. En revanche, son interprétation doit être assouplie. Les critiques adressées à l'article 1328 perdraient beaucoup de leur pertinence si une vision souple et fonctionnelle des procédés conférant date certaine était admise dans notre droit.

(294) M. DEMOULIN, «Aspects juridiques de l'horodatage...», *op. cit.*, p. 67.

(295) S. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 16; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 77.