

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge

Montero, Etienne

Published in:
DA/OR

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2002, 'Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique', *DA/OR*, numéro 61-62, pp. 13-27.

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.

DÉFINITION ET EFFETS JURIDIQUES DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE EN DROIT BELGE: APPRÉCIATION CRITIQUE*

Etienne MONTERO

Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix et à l'Université Catholique de Louvain.

INTRODUCTION

1. Pendant de nombreuses années, on a pu se dispenser d'une réforme législative de notre droit de la preuve en vue de l'adapter aux développements des technologies de l'information et du commerce électronique. Longtemps, la communication et le commerce électroniques ont été confinés dans des réseaux fermés et sectoriels. Aussi pouvait-on compter sur un aménagement contractuel des règles de preuve par le biais d'accords volontaires entre les participants aux réseaux, et parier, pour le reste, sur une évolution jurisprudentielle des mêmes règles. D'autant que les contestations relatives à la preuve ont toujours été plutôt rares dans le passé.

L'explosion de l'internet, à partir de l'année 1996 en Europe, a changé la donne. La solution contractuelle n'est plus une panacée dans le cadre du réseau des réseaux si bien qu'on ne pouvait plus s'accommoder du régime probatoire de l'acte sous seing privé, imprégné d'une conception formaliste des notions d'écrit et de signature. Caractérisé par son ouverture, l'internet permet, en effet, l'établissement de rapports contractuels occasionnels entre partenaires qui ne se connaissent pas nécessairement et n'entretiennent pas de rapports d'affaires continus. Avec la généralisation de l'accès à l'internet, le contrat en ligne, conclu sans papier ni signature manuscrite, pénètre aussi la vie domestique. Loin de demeurer l'apanage des "commerçants", les contrats électroniques sont de plus en plus susceptibles d'intéresser également les particuliers.

2. Il était donc impérieux de déterminer les conditions de recevabilité et la valeur probante des contrats dématérialisés si on ne voulait pas les tenir pour exclus du domaine de la preuve littérale. A cet égard, il devenait évident qu'en dépit de l'aptitude des juges à innover au départ des textes existants, l'élaboration jurisprudentielle d'un droit de la preuve adapté aux nouvelles technologies de l'information risquait d'être lente et parcellaire. La rareté des litiges soumis à la justice ne permettait pas d'augurer d'un renversement décisif et à brève échéance de la jurisprudence dominante¹.

Bref, il est apparu nécessaire de légiférer, fût-ce pour consacrer l'approche fonctionnelle, largement approuvée, des notions capitales d'écrit et de signature. Les dernières réticences allaient être vaincues par l'adoption de la directive européenne du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques², à laquelle les Etats membres étaient tenus de se conformer avant le 19 juillet 2001.

Les objectifs et les moyens de la réforme du droit de la preuve

3. Un consensus s'est dégagé en doctrine pour assurer la consécration de principe de l'acte instrumentaire électronique. Il n'était plus question de prôner un régime généralisé de preuve libre ni d'admettre des moyens électroniques de preuve par le biais des exceptions au principe de la prééminence de l'écrit signé. Désormais, il était acquis que l'écrit sous forme électronique devait faire son entrée dans le Code civil, non plus par la petite porte des articles 1347 ou 1348 retouchés ou encore de cette autre "demi-preuve" qu'est la copie, mais par la grande porte de la preuve littérale.

Tout en tirant parti de l'ouverture des concepts essentiels d'écrit et de signature, la réforme intervenue sauvegarde les équilibres fondamentaux de notre droit de la preuve: prééminence de la preuve écrite préconstituée; maintien des exceptions au principe à leur juste place, en évitant une sollicitation excessive de celles-ci...

4. Par ailleurs, on observe que l'intervention du législateur s'est concentrée sur la signature électronique³. Cette démarche n'étonne pas outre mesure, dès lors que cette dernière est le point névralgique de la preuve des actes juridiques dématérialisés⁴. Il ne fait pas de doute que l'introduction en notre droit de la signature électronique suppose, du même coup, la reconnaissance des formes électroniques de l'écrit et de l'acte sous seing privé.

* Cette étude doit beaucoup à Etienne DAVID, avec qui nous avons eu d'intéressants échanges. Qu'il en soit remercié.

¹ Cf. D. MOUGENOT, "Droit de la preuve et technologies nouvelles...", p. 98-99; D. GOBERT et E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques...", p. 26, n° 29 (références complètes ci-après).

² Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13 du 19 janvier 2000, p. 12.

³ Comparez avec la méthode adoptée par le législateur français.

⁴ Cf. D. GOBERT et E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", p. 114 (référence complète ci-après).

5. L'idée d'adopter une définition fonctionnelle du concept de signature s'est progressivement imposée en Belgique comme une voie privilégiée. L'avantage de cette solution réside dans son aptitude à résister aux inévitables évolutions technologiques. Cependant, cette seule approche présente l'inconvénient de reporter sur le juge le soin d'apprécier, au cas par cas, la réalisation des fonctions attendues, et de mettre dès lors le justiciable en situation de devoir emporter la conviction du premier. La recevabilité en justice des signatures électroniques s'en trouve assurée, mais leur valeur probante demeure aléatoire.

Comme l'a écrit, très justement, E. Davio, "la difficulté majeure pour les législateurs d'aujourd'hui n'est pas tant d'affirmer que l'informatique peut servir la constitution d'éléments de preuve, que de déterminer, au sein d'une technique mouvante, les procédés qui rencontrent les fonctions assignées à l'écrit et à la signature. L'ouverture offerte par une définition fonctionnelle, techniquement neutre, des concepts d'écrit et de signature semble battue en brèche par la nécessité de pointer, parmi les techniques existantes, celles qui sont propres à réaliser ces fonctions"⁵.

6. Dans le sillage du législateur européen, la Belgique est arrivée à la conclusion que ces deux approches, apparemment contradictoires, sont en réalité complémentaires. Le parti a été pris de les cumuler par l'adoption de deux textes distincts: un texte général visant à introduire, dans le Code civil, une définition fonctionnelle de la signature électronique, et un texte plus technique, sous la forme d'une loi particulière, visant à désigner un mécanisme de signature électronique présumé apte à réaliser les fonctions attendues.

Sans entrer dans tous les détails du parcours législatif – long et quelque peu tortueux – de ces deux textes, bornons-nous à signaler qu'initialement, deux textes avaient été préparés: un avant-projet de loi "visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations" et un avant-projet de loi "relative à l'activité d'autorités de certification agréées en vue de l'utilisation de signatures digitales".

Le premier texte n'a pu être adapté sous la législature qui l'a vu apparaître. Suite à divers avatars, il a refait surface sous la forme d'un amendement à la proposition de loi du 4 août 1999 "introduisant de nouveaux moyens de télécommunications dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire" (projet "Bourgeois")⁶. Cet amendement vise à transposer les articles 2, 1, et 5, 2, de la directive sur les signatures électroniques, en proposant d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 1322 du Code civil. Celui-ci donne une définition fonctionnelle de la signature électronique et consacre sa recevabilité comme preuve en justice. Le projet ainsi amendé deviendra la loi du 20 octobre 2000 "introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire"⁷.

Le second texte, profondément remanié par un amendement du 10 novembre 2000⁸, est devenu, lui, la loi du 9 juillet 2001 "fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification"⁹. Cette loi accorde un régime de faveur à la "signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique". Sans préjudice d'une éventuelle procédure en vérification d'écritures, pareille signature¹⁰ est assimilée de plein droit à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale (art. 4, § 4 de la loi). Pour le reste, comme l'indique son intitulé, la loi définit le régime juridique applicable aux activités des prestataires de service de certification, ainsi que les règles à respecter par ces derniers et par les titulaires de certificats.

Objet et plan de l'étude

7. Il n'entre pas dans nos intentions de décrire les différents procédés de signature électronique et leur mode de fonctionnement, ni de livrer un commentaire systématique des textes y relatifs en droit européen (directive du 13 décembre 1999) et en droit belge. Ces questions ont déjà fait l'objet de plusieurs études approfondies auxquelles chacun peut se reporter¹¹. Par ailleurs, nous avons omis volontairement d'aborder une série de points dans la mesure où ils sont traités dans les contributions qui complètent celle-ci.

⁵ E. DAVIO, "Preuve et certification sur Internet", *R.D.C.*, 1997, n° 11, pp. 660-670, spéc. la conclusion.

⁶ Amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 1.

⁷ *M.B.*, 22 décembre 2000, p. 42698.

⁸ Amendement n° 1 du Gouvernement, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2000-2001, 0322/002.

⁹ *M.B.*, 29 juillet 2001, p. 33070.

¹⁰ Pour faire bref, certains auteurs désignent ce type de signature électronique à l'aide de divers raccourcis: "signature électronique parfaite" (P. LECOCQ et B. VANBRABANT) ou "signature électronique sécurisée" (E. DAVIO) ou encore "signature électronique qualifiée" (Ph. DEGAVRE). Guidé par un même souci de commodité, dans la suite de l'exposé, nous adopterons, pour notre part, cette dernière dénomination.

¹¹ Pour les aspects techniques des signatures électroniques, voy., notamment A. JAMAR, "La sécurité des transactions – Introduction technique", in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 21 et s.; J. HÜBIN, *La sécurité informatique, entre technique et droit*, Cahiers du CRID, n° 14, E. Story-Scientia, 1998, spéc. pp. 68-112; S. PARIEN et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Québec, Ed. Yvon Blais Inc., 1996; D. SYX, "Vers de nouvelles formes de signature? Le problème de la signature dans les rapports juridiques", *Dr. Inform.*, 1986/3, pp. 133-147.

Sur la directive, voy. M. ANTOINE et D. GOBERT, "La directive européenne sur la signature électronique vers la sécurisation des transactions

Comme le suggère l'intitulé de notre étude, celle-ci s'attache à examiner les nouvelles dispositions de droit interne consacrées à la reconnaissance des signatures électroniques, en prêtant une attention particulière à la définition et aux effets juridiques de ces dernières. Cet examen nous fournira l'occasion d'évaluer si le législateur belge a correctement mis en oeuvre les principes de la directive européenne sur les signatures électronique. La plupart des études sur le sujet ont été publiées avant l'adoption de la loi du 9 juillet 2001. Aussi n'ont-elles pu tenir compte des amendements de dernière minute déposés au Sénat, visant à retoucher l'article 4, § 4 du projet de loi et à y insérer un article 4, § 5. Dans la mesure où elles intéressent au premier chef notre propos, ces dispositions nous permettent de jeter un regard neuf sur la matière.

8. Concrètement, nous analyserons successivement l'article 1322, alinéa 2, du Code civil (section 1) et l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 (section II).

SECTION I COMMENTAIRE ANALYTIQUE DE L'ARTICLE 1322, ALINÉA 2, DU CODE CIVIL

9. L'article 1322, alinéa 2, du Code civil s'énonce comme suit: "Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte"¹².

A. Le champ d'application du texte

1. Une définition fonctionnelle de la seule signature électronique

10. Il est à remarquer que la définition fonctionnelle adoptée se rapporte seulement aux signatures électroniques. En effet, l'article 1322, alinéa 2, prévoit que peut satisfaire à l'exigence de signature, sous certaines conditions, "un ensemble de données électroniques".

Cette disposition ne permet dès lors pas de couvrir certaines formes de signature manuscrite ne satisfaisant pas aux conditions posées par la Cour de cassation, voire d'autres signes non électroniques (ainsi les empreintes digitales – non numérisées – auraient pu bénéficier d'une prise en considération par le juge, celui-ci restant libre de constater que les conditions ne sont pas remplies).

11. La démarche suivie en France est tout autre dès lors que toutes les formes de signature – manuscrite, électronique ou autre – sont visées par la définition de l'article 1316-4 libellé comme suit: "La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. (...) Lorsqu'elle est électronique, elle consiste (...)".

Cette optique nous paraît plus conforme à la logique de l'approche fonctionnelle que celle privilégiée par le législateur belge.

Sans doute l'approche fonctionnelle pourrait-elle s'imposer, par la voie jurisprudentielle, en dehors de l'hypothèse visée au texte. Elle permettrait de s'écarter de la notion formaliste de la signature retenue par la Cour de cassation à une époque où il était seulement question de la signature manuscrite¹³. Pareille évolution pourrait même tirer argument du fait que l'approche fonctionnelle a fait l'objet d'une consécration expresse dans le cas des signatures électroniques. Mais on aperçoit que l'argument est difficile à manier dès lors qu'il est parfaitement réversible.

12. Une difficulté particulière vient de ce que l'on trouve dans la loi du 9 juillet 2001 une autre définition générale et fonctionnelle de la signature électronique (art. 2, 1°), qui est la reproduction littérale de la définition de la signature électronique simple (non avancée) de la directive du 13 décembre 1999 (art. 2, 1). Selon cette définition, on entend par signature électronique "une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification".

sur l'Internet?", *J.T.D.E.*, 2000, n° 68, pp. 73-78 et E. CAPRIOLI, "La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électronique", *Gaz. Pal.*, 2000, pp. 5-17.

En doctrine belge, parmi les études les plus récentes, voy. B. DE GROOTE, "Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen", *A.J.T.*, 2001, pp. 881-901; M.E. STORME, "De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen", *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1525; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, "La preuve du contrat conclu par voie électronique", in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 51-137; D. GOBERT et E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", *J.T.*, 2001, pp. 114-128; *Idem*, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle", *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39; D. MOUGENOT, "Droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives", *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, octobre 1997, pp. 45-105; E. DAVIO, "Certification, signature et cryptographie", in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, E. Story-Scientia, 1997, pp. 65-86.

¹² Pour rappel, l'alinéa 1^{er} de l'article 1322 dispose que "L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique", lequel "fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause" (art. 1319 C. civ.).

¹³ D'autant qu'une définition fonctionnelle n'oblige pas nécessairement à remettre en cause l'acquis jurisprudentiel relatif à la signature manuscrite. Au moment d'apprécier si une telle signature satisfait aux fonctions attendues – en particulier la manifestation du consentement au contenu de l'acte –, le juge peut continuer de requérir qu'elle satisfasse aux exigences traditionnelles (apposition du nom par lequel le scripteur révèle habituellement sa personnalité au tiers, apposition au bas de l'acte...).

Initialement, le parti avait été pris de ne pas intégrer cette définition¹⁴, mais il en a été décidé autrement suite à un amendement du gouvernement¹⁵. Cet ajout est justifié par le fait que les annexes du texte de loi font référence au terme défini, et par un souci de simplicité, de lisibilité et de plus grande cohérence par rapport à la directive¹⁶.

En réalité, la définition fonctionnelle de la signature inscrite à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil conçoit l'identification d'une personne dans ses rapports avec un document dont elle s'approprie le contenu. Par contre, la définition de l'article 2, 1, de la directive – reprise par l'art. 2, 1°, de la L. du 9 juillet 2001 – désigne toute méthode d'*authentification*. Or cette dernière notion, d'une part, ne conduit pas nécessairement à l'identification d'une personne, d'autre part, peut s'avérer sans rapport avec l'approbation du contenu d'un document. Il peut s'agir d'un simple mécanisme d'accès à un système ou à une salle protégée, ou d'un procédé destiné à reconnaître un objet ou à attester d'une qualité. Ainsi, l'authentification peut porter sur l'origine ou l'intégrité de données, voire sur d'autres éléments tels qu'un serveur web, un routeur, une oeuvre numérique protégée ou un logiciel...¹⁷ Cette approche technique de la signature – censée se rapporter non seulement à des actes juridiques, mais aussi à d'autres formes "d'authentification" – s'accorde mal avec notre tradition juridique, selon laquelle seule une personne peut signer un acte afin de s'identifier et de marquer son adhésion au contenu de ce dernier.

Dès l'instant où le législateur belge a fait le choix d'inscrire dans le Code civil une définition fonctionnelle de la signature électronique, conforme à notre conception de la notion de signature, on peut regretter qu'il ait repris à son compte, dans un autre texte, la définition générale de la directive.

13. Les conditions fixées dans la définition de l'article 1322, alinéa 2, sont certes plus strictes que celles prévues par la définition de l'article 2, 1, de la directive. Néanmoins, le seul effet juridique attaché par cette dernière à la signature électronique ordinaire (non qualifiée) est l'interdic-

tion de toute discrimination arbitraire à son égard (art. 5, 2, de la directive). Or cette exigence est désormais de rigueur en droit belge pour toutes les formes de signature électronique, qui sont au minimum recevables en justice. Pour le reste, l'article 5, 2, de la directive n'empêche nullement de dénier toute valeur probante à une signature au motif, par exemple, qu'elle ne permet pas d'identifier son auteur. Par conséquent, il ne nous semble pas contraire à la directive de requérir de toute signature qu'elle satisfasse aux conditions de l'article 1322, alinéa 2.

2. Portée de la restriction "pour l'application du présent article"

14. Il est permis de s'interroger sur la portée des termes "pour l'application du présent article". Les documents parlementaires apportent quelque éclairage à cet égard¹⁸. On y explique que la modification légale est applicable à tous les actes sous seing privé, pour autant qu'ils ne soient pas soumis à une législation spécifique. Cette restriction vise à traduire l'adage "*lex specialis derogat lex generalis*". L'objectif est clairement de ne pas toucher aux dispositions spécifiques relatives à la preuve ou aux prescriptions concernant la forme de certaines obligations contractuelles, telles que prévues par le Code civil lui-même ou par une réglementation spécifique. Autrement dit, la reconnaissance juridique de la signature électronique ne signifie pas que celle-ci puisse être utilisée pour l'application de toutes les règles de droit, y compris celles impliquant l'utilisation de documents papier. En guise d'illustration, il est fait référence, notamment, aux articles 970¹⁹ et 1326²⁰ du Code civil, qui demeurent intégralement applicables. Dans ces hypothèses, une signature électronique est naturellement exclue, en attendant une adaptation de ces dispositions. Dans le même ordre d'idées, il est précisé que "les règles pour l'établissement d'un chèque, d'un billet à ordre ou d'une lettre de change (...) demeurent également inchangées".

Si l'intention du législateur est limpide, les termes choisis pour l'exprimer paraissent peu appropriés. L'idée n'est pas de limiter le champ d'application des signatures électro-

¹⁴ Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'activité des prestataires de service de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0322/001, pp. 18-19. Le refus d'intégrer la définition de la signature (simple) de l'article 2, 1, est justifié par la circonstance que cette dernière est conçue comme une méthode d'*authentification*, sans devoir satisfaire, en tant que telle, à la fonction d'identification du signataire. Cette distinction est estimée pour le moins subtile et difficilement compatible avec notre conception traditionnelle de la signature.

¹⁵ Amendement n° 1 du gouvernement (10 novembre 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0322/002, p. 1.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 18-19.

¹⁷ Pour un commentaire plus détaillé de l'art. 2, 1, voy. E. CAPRIOLI, "La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne (Dir. 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999)", *J.C.P.*, G, doct. 1224, pp. 787 et s., spéc. p. 790, n° 10; M. ANTOINE et D. GOBERT, "La directive européenne sur la signature électronique: vers la sécurisation des transactions sur l'Internet?", *op. cit.*, pp. 73-78, spéc. p. 74; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *J.T.*, p. 116.

¹⁸ Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 10. Voir aussi le rapport fait au nom de la Commission de la justice par Bart SOMERS (30 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/008, p. 29.

¹⁹ Aux termes de l'article 970, le testament holographe, pour être valable, doit être écrit en entier, daté et signé "de la main du testateur".

²⁰ L'article 1326 prévoit que, dans le cas d'une obligation unilatérale portant sur une somme d'argent, le billet ou l'acte sous seing privé doit être entièrement écrit de la main du débiteur ou au moins contenir la mention manuscrite "bon pour" ou "approuvé" précédant sa signature.

niques à l'article 1322²¹, mais de laisser subsister les régimes spécifiques imposant des obligations supplémentaires, notamment des exigences de forme (mentions manuscrites...), lesquelles supposent souvent l'utilisation de documents papier²². Dans ces hypothèses, une signature électronique est naturellement exclue, tant que ces règles de droit n'auront pas été adaptées.

15. L'objet de la directive – et de l'article 1322, al. 2 – est de favoriser l'utilisation et la reconnaissance juridique des signatures électroniques²³, et non de permettre l'accomplissement de tout type d'acte juridique dans un environnement électronique. L'article 1^{er}, al. 2, de la directive est très clair à cet égard: "elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire"²⁴.

La directive du 13 décembre 1999 n'impose donc nullement aux Etats membres de supprimer les exigences de forme (autres que la signature) prévues par divers textes spécifiques. Aussi l'introduction de la signature électronique en notre droit n'entraîne-t-elle pas, de soi, une mise en question des exigences de forme telles que des mentions manuscrites ou l'obligation que l'acte soit rédigé entièrement de la main de celui qui s'oblige... (cf., par exemple, les art. 970 et 1326 C. civ.). A cet égard, la crainte exprimée par le Conseil d'Etat – laquelle est à l'origine de la réserve "pour l'application du présent article" – ne semble pas pleinement justifiée²⁵.

16. Encore le Conseil d'Etat entrevoyait-il peut être, non sans quelque raison, que l'approche fonctionnelle de la signature électronique – et par conséquent aussi de l'écrit –

aurait pu faire tache d'huile, et conduire les juges à l'étendre à d'autres exigences d'ordre formel (en considérant, par exemple, qu'une mention manuscrite peut être valablement accomplie par tout procédé garantissant que la mention émane de celui qui s'oblige²⁶). En effet, dès l'instant où l'écrit et la signature peuvent, dans un cadre probatoire, emprunter la forme électronique, il n'est pas impensable que les juges prônent cette approche également sur le terrain de la validité des actes juridiques, et ce, non seulement pour les notions d'écrit et de signature, mais aussi, le cas échéant, pour d'autres exigences de forme.

Cela étant, il eut été pour le moins aventureux, et discuté au regard de la sécurité juridique, de s'engager dans cette voie sur une base essentiellement jurisprudentielle.

Toujours est-il que le législateur s'apprête à faire un sort à de telles exigences d'ordre formel, en consacrant divers équivalents fonctionnels²⁷, comme l'y invite, non la directive du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques, mais celle du 8 juin 2000 sur le commerce électronique²⁸.

3. Une réforme limitée aux actes sous seing privé?

17. Nonobstant la restriction examinée au point précédent, il ne fait pas de doute que la reconnaissance de la signature électronique dépasse nettement le seul champ de l'article 1322 du Code civil. Elle concerne bel et bien tous les actes sous seing privé, sans préjudice des exigences de forme prescrites par des dispositions légales spécifiques. Elle ne vaut pas, en revanche, pour les actes authentiques. Cette exclusion se dégage clairement des travaux préparatoires²⁹.

La reconnaissance juridique de la signature électronique sur le terrain des actes sous seing privé emporte-t-elle leur reconnaissance en droit judiciaire, social, fiscal, etc.? Nous le pensons. A défaut, le législateur belge n'aurait pas adé-

²¹ Ainsi, il ressort de la justification de l'amendement que les articles 1323 et 1324 sont pleinement applicables aux écrits et signatures électroniques. En ce sens, voy. les observations formulées par le Service juridique de la Chambre au sujet de l'amendement n° 12, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/008, p. 33-34, qui conclut: "Cela est en contradiction avec le texte de l'amendement qui limite le champ d'application des signatures électroniques à l'article 1322 du Code civil".

²² L'article 1322 s'applique, au demeurant, à tous les actes sous seing privé, y compris dans les cas visés par des dispositions spécifiques prévoyant l'accomplissement de l'une ou l'autre formalité (ex. art. 1326 C. civ.). Dans ces cas, l'article 1322, alinéa 2, est écarté, non par la formule commentée, mais par l'adage "*lex specialis...*" que cette dernière ne rend pas de façon heureuse.

²³ Cf. l'art. 1^{er}, al. 1 et le considérant n° 16 de la directive.

²⁴ Voir aussi le considérant n° 17.

²⁵ En ce sens, P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 129. Comp. B. DE GROOTE, *op. cit.*, pp. 895-896, n° 45-49.

²⁶ La seule différence est, pourrait-on soutenir, que la main tient la souris, en lieu et place de la plume. Mais, en toute hypothèse, c'est par le truchement d'un objet manipulé à l'aide de la main, que l'intéressé est invité à apposer la mention dite manuscrite. A ce sujet, M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in *Le processus de formation du contrat. Etudes comparatives*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, à paraître prochainement, n° 43.

²⁷ Cf. l'article 17 de l'avant-projet de loi "sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information" approuvé par le Conseil des ministres du 29 novembre 2001.

²⁸ Cf. l'art. 9 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), *J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Pour un commentaire de cette disposition, D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", in *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 199-244.

²⁹ A ce sujet, P. CABOOR, "De wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en buitengerechtelijke procedure: een eerste verkenning", *A.J.T.*, 2000-2001, p. 638; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *J.T.*; p. 120.

quement transposé la directive sur les signatures électroniques. En effet, celle-ci n'est pas limitée au domaine de la preuve des actes juridiques conclus dans le cadre du commerce électronique. Son article 5 relatif aux effets juridiques des signatures électroniques, tel qu'éclairé par le considérant n° 19³⁰, semble devoir s'appliquer non seulement en droit civil, mais aussi en droit judiciaire, social, fiscal...

Nous sommes d'avis que le principe consacré à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil peut être étendu à toutes les branches du droit. En d'autres termes, il ne nous paraît pas nécessaire de compléter chacun des dispositifs légaux posant l'exigence d'une signature, en prévoyant les conditions auxquelles une signature électronique peut y satisfaire. Seules devraient être modifiées les autres exigences spécifiques qui, en l'état actuel des textes, peuvent être satisfaites uniquement par le recours à des documents papier. Ainsi, par exemple, dès l'instant où les dispositions relatives à la déclaration fiscale auront été adaptées de manière à permettre qu'elle emprunte la voie électronique, il nous apparaît que la signature électronique pourra satisfaire à l'exigence de signature, sans besoin d'un texte exprès à cet égard³¹.

18. Il est de ces notions – tels le nom, le domicile, l'état... – qui s'imposent en toute matière, nonobstant la circonstance que leur régime juridique a son siège principal dans le Code civil. Comme l'écrit J. Carbonnier, "C'est le droit civil qui a les clefs de l'individualisation de la personne, et les conclusions qu'il en tire pour lui-même ont une portée générale. Elles valent, en principe, pour l'ensemble du droit"³².

La notion civiliste de signature – procédé d'identification s'il en est – rayonne pareillement au-delà du seul droit civil: en toutes matières, l'exigence d'une signature s'entendait, et s'entend toujours, au sens reçu par la notion en droit civil. Il ne devrait pas en aller autrement, nous semble-t-il, en ce qui concerne la signature électronique, fût-elle reconnue dans le seul contexte – probatoire – des actes

sous seing privé. L'amalgame opéré par la loi du 20 octobre 2000 "introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire" nous paraît pouvoir être invoqué à l'appui de cette opinion.

B. Les effets juridiques attachés aux signatures électroniques répondant aux exigences de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil

1. La recevabilité des signatures électroniques

19. Les intentions affichées par le législateur en ce qui concerne l'article commenté ne sont guère aisées à dégager des travaux préparatoires. Il ressort de la justification de l'amendement n° 12 du gouvernement visant à compléter l'article 1322 du Code civil que cette modification a pour but de permettre à certaines signatures électroniques "de se voir reconnaître une valeur juridique équivalente à celle de la signature classique, apposée directement sur le papier"³³. Quelques lignes plus loin, il est affirmé que le nouvel alinéa 2 de l'article 1322 vise à autoriser, de manière générale, des alternatives électroniques à une signature manuscrite conformément au prescrit de l'article 5, 2, de la directive.

L'exposé des motifs du projet de loi "certification" insiste, pour sa part, sur le partage des objectifs et la complémentarité des deux projets de loi. Il souligne ainsi que le projet de loi se limite à assurer la reconnaissance juridique de certaines signatures électroniques avancées (i.e. celles créées par un dispositif sécurisé de création de signature et combinées à un certificat qualifié), tandis que la reconnaissance juridique des autres signatures électroniques avancées et des signatures électroniques (non avancées) au sens de l'article 2, 1, de la directive est assurée par l'article 1322, alinéa 2 (nouveau), du Code civil, "qui introduit une définition fonctionnelle de la signature dans le Code civil"³⁴. Plus loin, l'exposé des motifs semble pourtant réduire la portée du nouvel article 1322, alinéa 2, en soulignant que

³⁰ Considérant n° 19: "les signatures électroniques seront utilisées dans le secteur public au sein des administrations nationales et communales et dans les communications entre lesdites administrations ainsi qu'avec les citoyens et les opérateurs économiques, par exemple dans le cadre des marchés publics, de la fiscalité, de la sécurité sociale, de la santé et du système judiciaire".

³¹ Voy., en sens contraire, P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 128-129. Ces auteurs estiment difficilement justifiable en dehors de toute question de preuve une application extensive de l'article 1322, al. 2, C. civ. Selon eux, "il conviendrait que soient examinées une à une les différentes dispositions légales posant l'exigence d'une signature – par exemple les articles 305 et 307 du Code des impôts sur les revenus – et que celles-ci soient, le cas échéant, complétées par des clauses de non-discrimination et d'assimilation relatives à la signature électronique". Ils citent, à titre de précédent, l'arrêté royal du 16 octobre 1998 "portant dispositions relatives à la signature électronique, qui s'applique à la sécurité sociale, en application de l'article 38 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions". Cependant, cette reconnaissance de la signature électronique dans un contexte particulier est intervenue à un moment où la signature électronique n'avait pas encore été introduite dans notre ordre juridique. Nous pensons, pour notre part, que pareille manière de procéder ne s'impose plus à l'avenir. L'article 2 de l'arrêté royal susmentionné prévoyait, au demeurant, qu'il cesserait d'être en vigueur le 30 juin 1999, le Roi pouvant, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, en prolonger l'application pour des périodes consécutives d'un an (ce qui a été fait par AR du 11 avril 1999, puis par AR du 13 juillet 2000).

³² J. CARBONNIER, *Droit civil. II/les personnes*, Thémis, Paris, P.U.F., 1996, p. 50, n° 27.

³³ Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 2.

³⁴ Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'activité des prestataires de service de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0322/001, p. 12, et le commentaire de l'article 4, § 4, du projet de loi (p. 14).

ce dernier "se limite à créer le principe de la *recevabilité* de tout type de signature électronique", le juge demeurant libre d'apprécier la valeur probante à accorder à celle-ci³⁵.

Enfin, dans le cadre de la procédure d'évocation du projet de loi "certification" par le Sénat, le Ministre de réitérer, à plusieurs reprises, que le nouvel article 1322, alinéa 2, du Code civil "organise uniquement l'aspect de la recevabilité en justice de tous types de signatures électroniques". Selon lui, "la directive, dans son article 5, fait clairement la distinction entre la recevabilité, d'une part, et la force probante, d'autre part", et la loi du 20 octobre 2000 vise essentiellement la recevabilité des signatures électroniques³⁶.

En définitive, l'article 1322, alinéa 2, du Code civil peut être regardé, au minimum, comme la transposition de la clause de non-discrimination de la directive (art. 5, 2). Cependant, d'un côté, il ne transpose pas parfaitement celle-ci, de l'autre, il va bien au-delà. En effet, ladite clause énumère une série de motifs bien précis, en prévoyant que le juge ne pourrait se contenter de les invoquer pour refuser l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice d'une signature électronique.

20. En bout de parcours législatif, l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001 a été complété par un § 5³⁷, qui s'énonce comme suit: "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 forme électronique, ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou
- qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature."

Cet amendement vise à transposer rigoureusement la clause de non-discrimination en notre droit, ce que ne fait pas l'article 1322, alinéa 2, du Code civil³⁸. De fait, l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001 reproduit *littéralement* l'article 5, 2, de la directive sur les signatures électroniques.

L'article 1322, alinéa 2, est plus ambitieux puisqu'il introduit dans le Code civil une définition fonctionnelle de la signature électronique. Ce faisant, loin de se contenter d'interdire toute discrimination arbitraire à l'égard de celle-ci, il fixe, en outre, les conditions positives auxquelles le juge est autorisé à assimiler une signature électronique ordinaire à une signature manuscrite. La rigueur de ces conditions

(*infra*, n^{os} 37 à 40) porte à croire qu'en pratique, seule la signature électronique "qualifiée" est apte à les satisfaire³⁹. Au point que certains auteurs doutent que la directive ait été correctement transposée⁴⁰. En effet, l'article 1322, alinéa 2, semble soumettre l'efficacité juridique des signatures électroniques à des exigences plus sévères que l'article 5, 2, de la directive. Cependant, il est à remarquer que l'article 5, 2, n'exclut pas la formulation de telles exigences dès lors qu'il prévoit seulement que "l'efficacité juridique" d'une signature électronique non assortie d'un certificat qualifié ou peu sécurisée en apparence doit être appréciée *in concreto*⁴¹.

2. La force probante des signatures électroniques

21. On a vu que toute signature électronique est, en tout cas, recevable en justice, au sens où elle *doit* être prise en considération par le juge. Au-delà, quelle force probante le juge peut/doit-il lui accorder?

Si la signature électronique n'est pas contestée, il est tenu de lui reconnaître les mêmes effets juridiques qu'une signature manuscrite. En ce cas, l'écrit électronique est assimilé à un acte sous seing privé. A ce titre, il est recevable comme preuve en justice et fait pleine foi de son contenu.

Si la signature électronique est contestée, le juge dispose, par contre, d'un pouvoir d'appréciation. Encore convient-il de prendre la mesure de pareil pouvoir.

22. Si les conditions (*infra*, n^o 30 et s.) fixées à l'article 1322, alinéa 2, ne sont pas satisfaites, il est certain que le juge ne peut accorder de valeur probante à la signature électronique. Si ces conditions sont satisfaites, le juge est-il tenu d'accorder à l'écrit électronique auquel la signature est jointe la force probante d'un acte sous seing privé, ou jouit-il encore d'une marge plus ou moins discrétionnaire d'appréciation? A cet égard, le doute est permis si l'on considère à la fois le texte de l'article 1322, alinéa 2 (*Peut satisfaire à l'exigence d'une signature...*), et les documents parlementaires, en particulier ceux relatifs à la loi du 9 juillet 2001 (qui reviennent largement sur la portée de l'art. 1322, al. 2, C. civ.).

On en veut pour exemple ce bref extrait de l'exposé des motifs: "Par contre, le projet relatif au droit de la preuve se limite à créer le principe de la recevabilité de tout type de signature, même électronique, le juge étant alors libre d'apprécier la valeur probante à accorder à celle-ci (il pourrait très bien accorder une valeur probante équivalente à celle

³⁵ *Ibidem*, p. 14. Souligné dans le texte.

³⁶ Cf. les interventions du ministre dans le rapport fait au nom de la Commission des finances et des affaires économiques par M. STEVERLYNCK (8 mai 2001), *Doc. parl., Sén., sess. ord. 2000-2001, n^o 2662/4, passim*.

³⁷ Amendement n^o 13 du Sénateur Paul DE GRAUWE (daté du 18 avril 2001), *Doc. parl., Sén., sess. ord. 2000-2001, n^o 2-662/2*.

³⁸ Justification de l'amendement n^o 13 (réf. *Ibid.*).

³⁹ En ce sens, M. E. STORME, *op. cit.*, p. 1520, n^o 49; B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 893, n^o 38.

⁴⁰ Y. POULLET et M. ANTOINE, "Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique", in FRNB/KFBN, *Authenticité et informatique - Authenticiteit en informatica*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000, p. 358, n^o 10.

⁴¹ En ce sens, M. E. STORME, *op. cit.*, p. 1520, n^o 49, note 105. Voir aussi *infra*, n^o 27 et la note 50.

de la signature manuscrite s'il estime que les différentes fonctions de la signature sont réalisées avec une certitude raisonnable)⁴².

L'hésitation évoquée ici a refait surface lors des discussions relatives à l'article 4, § 4, qui tend à assimiler la signature électronique qualifiée à la signature manuscrite. En effet, dans une rédaction antérieure de cet article, approuvée par la Chambre des Représentants, la référence à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil laissait planer un doute. A cet égard, l'amendement du Sénateur Paul De Grauwe⁴³ a été bien accueilli au Sénat.

Enfin, se faisant l'écho des interventions de plusieurs députés, le ministre fit observer ultérieurement que "la modification de l'article 4, § 4, du projet 'certification' s'imposait afin qu'il y ait une équivalence parfaite entre la signature électronique et la signature manuscrite. La loi du 20 octobre 2000... présentait en effet une lacune sur ce point, étant donné qu'aux termes de l'alinéa que l'article 2 ajoute à l'article 1322 du 44

*Code civil, l'assimilation des deux formes de signature n'est que facultative*⁴⁴.

23. Force est d'admettre que la nature du pouvoir d'appréciation du juge faisait question. Cela étant, nous sommes effectivement partisan du *tertium non datur*, c'est-à-dire: soit les conditions de l'article 1322, alinéa 2, ne sont pas remplies et alors le juge ne peut accorder de valeur probante à la signature électronique, soit elles le sont et alors il *doit* assimiler le document électronique à un acte sous seing privé.

Deux arguments peuvent être invoqués en faveur de cette interprétation. Le premier est tiré de l'histoire législative de l'article 1322, alinéa 2, plus précisément des contraintes rédactionnelles qui ont imposé l'ajout du terme "peut" au moment d'adapter le texte suite à l'avis du Conseil d'Etat et de son maintien fortuit dans sa formulation définitive élaborée lors de la greffe du projet preuve sur le projet "Bourgeois"⁴⁵.

Le second argument se déduit de la formulation de l'article 5, 2, de la directive, dont il résulte que tant la recevabilité comme preuve en justice que l'efficacité juridique ne peuvent être refusées à une signature électronique au seul motif, notamment, qu'elle se présente sous forme informatique. La clause de non-discrimination se serait donc pas correctement transposée dans notre droit si le juge pouvait arbitrairement dénier toute force probante à une signature électronique qui, à son estime, satisfait aux conditions posées par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil⁴⁶.

24. Il ne fait pas de doute que l'opération intellectuelle du juge se déroule en deux étapes, selon un ordre chronologique précis: 1°) qualification du mécanisme de signature qui lui est présenté au regard des conditions énoncées au texte – 2°) assimilation automatique de l'écrit électronique à un acte sous seing privé si les conditions sont réunies ou refus d'assimilation si les conditions ne sont pas réunies. Il reste que le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si, oui ou non, telle signature électronique assure les fonctions d'imputabilité et d'intégrité. Pourvu qu'il motive sa décision, de façon cohérente, eu égard aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, on conviendra que sa marge de manœuvre est appréciable à l'heure d'accorder ou de refuser une valeur probante au document électronique⁴⁷.

3. Qu'en est-il de la vérification d'écritures?

25. Les dispositions des articles 1323 et 1324 relatifs à la vérification d'écritures demeurent intégralement applicables en matière d'écrits et de signatures électroniques. A cet effet, une enquête judiciaire pourra être ordonnée et exécutée conformément à la procédure prévue aux articles 883 et suivants du Code judiciaire⁴⁸. Néanmoins, à l'instar de P. Lecocq et B. Vanbrabant, nous pensons qu'en pratique "cette vérification d'écritures se confondra le plus souvent avec l'opération consistant à vérifier l'imputabilité de l'acte. En vidant, éventuellement, au terme d'une expertise, la question si le message qui lui est soumis est bien imputable à l'une des parties au procès, le juge aura *ipso facto* procédé à une vérification d'écritures"⁴⁹.

⁴² Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'activité des prestataires de service de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0322/001, p. 14.

⁴³ Amendement n° 12 du Sénateur Paul DE GRAUWE (daté du 18 avril 2001), *Doc. parl.*, Sén., sess. 2000/2001, n° 2-662/2, et sa justification: "Cet article tend à instaurer la force probante de la signature électronique avancée et son assimilation à la signature manuscrite. La référence à la satisfaction aux exigences de l'alinéa 2 de l'article 1322 du Code civil laisse planer un doute en raison du début évasif de l'alinéa 2 en question qui doit indiquer la recevabilité des signatures électroniques". Cf. aussi, dans le même sens, diverses interventions reprises dans le rapport fait au nom de la Commission des finances et des affaires économiques par M. STEVERLYNCK (8 mai 2001), *Doc. parl.*, Sén., sess. 2000-2001, n° 2662/4, *passim*.

⁴⁴ Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture par Mme Trees PIETERS (6 juin 2001), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0322/007, p. 4.

⁴⁵ En ce sens, P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 115, note 187.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 113, n° 96.

⁴⁷ En ce sens, D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *J.T.*, p. 119. Comp. B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 893, n° 38-39.

⁴⁸ Cf. Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0038/006, p. 12. Voir aussi le rapport fait au nom de la Commission de la justice par Bart SOMERS (30 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0038/008, p. 33.

⁴⁹ P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 116, n° 100.

Nous sommes porté à croire qu'à l'égard des signatures électroniques ordinaires (ou non qualifiées), les dénégations de signature seront relativement ouvertes.

26. Etant donné la liberté d'appréciation laissée au juge quant au degré d'imputabilité et d'intégrité dont il se satisfait, nombre de procédés de signature pourraient être considérés, en principe, comme des "signatures électroniques": un simple e-mail (qui contiendrait, par exemple, des données très personnelles à son auteur apparent), un bon de commande complété et envoyé directement sur le web (avec indication d'un code d'identification "client" ou de diverses données telles que le nom, l'adresse géographique et électronique, un numéro de carte de crédit...), etc. On peut y ajouter la diversité des signatures numériques, que l'on aperçoit de plus en plus souvent, jointes à des messages échangés par le biais de l'internet. Plus ou moins fiables, ces signatures reposent sur l'utilisation de deux clés complémentaires, sans toutefois pouvoir être regardées comme des signatures électroniques qualifiées (à défaut d'avoir été certifiées ou de reposer sur un certificat qualifié ou d'avoir été conçues au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature, etc.).

Profitant de la marge de manœuvre qui lui est reconnue, le juge pourrait se montrer plutôt accueillant – surtout dans un premier temps – en ce qui concerne ces divers modes d'identification, et ce, en dépit de leur fiabilité relative. Il pourrait reconnaître la qualité de signature à des mécanismes peu sécurisés, mais qui, à son estime, permettent d'attester avec un degré suffisant de certitude l'identité du signataire présumé et son adhésion au contenu de l'acte. Encore faut-il admettre que de tels mécanismes de signature seront rarement aptes à établir le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte.

27. A l'inverse, les juges pourront tout aussi bien se montrer nettement rigoureux dans l'appréciation des conditions fixées par l'article 1322, alinéa 2, et refuser toute force probante aux procédés peu sécurisés. La facilité avec laquelle ceux-ci sont théoriquement susceptibles d'être tenus pour des signatures électroniques a son revers: celui à qui l'on oppose un acte électronique présumé émaner de lui pourra le dénier dans bien des cas, en faisant valoir que son adresse e-mail a été utilisée par un tiers, ou que son numéro de carte de crédit a été intercepté au cours d'une opération antérieure et utilisée à son insu, ou que sa clé privée a été usurpée, etc. Comme on l'a dit, il pourra surtout mettre le juge dans l'embarras en contestant l'aptitude du procédé de signature à assurer le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte électronique.

Pour peu qu'elle soit appréciée strictement, cette dernière condition devrait souvent s'avérer problématique au regard des signatures non "qualifiées". On peut le regretter, d'autant que cette exigence est discutable en son principe (*infra*, nos 37 à 40). Elle fait obstacle à la mise en place d'une politique juridique qui verrait d'un bon oeil la cohabitation de plusieurs niveaux de sécurisation des signatures électroniques en fonction des usages qui en sont faits et des enjeux de l'opération contestée. On se demande si cette approche n'est pas implicitement recommandée par la directive, qui entend favoriser la reconnaissance et l'efficacité juridique des signatures électroniques, fussent-elles non "qualifiées"⁵⁰.

28. La jurisprudence aura à définir les obligations de prudence incombant au titulaire de clés cryptographiques pour préserver la confidentialité de sa clé privée. Les exigences formulées à cet égard évolueront vraisemblablement à mesure que les techniques se perfectionnent et se répandent. Ainsi, le juge pourrait-il imputer à faute le fait d'avoir enregistré sa clé privée sur le disque dur d'un ordinateur, au lieu d'une carte à puce protégée, de surcroît, par un code secret, ou demain, le fait de ne pas lui avoir associé un système de reconnaissance biométrique. A terme, on ne serait pas étonné que soit exclue toute possibilité d'invoquer sa propre négligence dans la conservation de sa clé privée.

29. Dans tous les cas où le désaveu de signature est couronné de succès, la partie qui invoque l'acte, dont elle ne parvient pas à établir l'existence, devra être déboutée de sa demande. Cependant, elle pourra éventuellement mettre en cause la responsabilité aquilienne du signataire apparent et lui demander réparation du dommage résultant de la non-conclusion du contrat (comp. *infra*, n° 44).

C. Les exigences de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil

30. Il convient à présent d'examiner de plus près les exigences d'imputabilité et d'intégrité posées par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil.

La formulation de cet article semble avoir été inspirée par un arrêt remarqué de la Cour de cassation de France en date du 2 décembre 1997, dans une affaire où il était question de savoir si l'acceptation de la cession pouvait être valablement donnée par le débiteur sous la forme d'une télécopie (et non par un moyen électronique)⁵¹.

⁵⁰ Rapp. P. LECLERCQ, "Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge", *Communication – Commerce électronique*, 2000, p. 12. Encore convient-il de souligner l'ambiguïté de la directive à cet égard: si elle donne une définition généreuse de la signature électronique, les effets juridiques qui lui sont attachés demeurent limités au bénéfice de l'interdiction de toute discrimination à leur égard au sens étudié précédemment.

⁵¹ Cass. fr. (com.), 2 décembre 1997, *D.*, 1998, p. 192, note D. MARTIN; *J.C.P.*, G, 1998, II 10 097, p. 1105, note L. GRYNBAUM; *J.C.P.*, E, 1998, p. 178, note T. BONNEAU; *J.C.P.*, G, 1998, aperçu rapide par P. CATALA et P.-Y. GAUTIER, p. 905.

Indépendamment de son éventuelle fonction de “copie fidèle et durable” (art. 1348 C. civ. fr.) ou de commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.), cette télécopie pouvait-elle être assimilée à un “écrit”? En l’espèce, les juges du fond l’avaient admis et la Cour de cassation rejeta le pourvoi, en des termes audacieux et nets, soigneusement pesés: “l’écrit peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l’imputabilité de son contenu à l’auteur désigné, ont été vérifiées ou ne sont pas contestées”.

Selon la Cour suprême, peu importe donc le support physique, seule compte la certitude que l’écrit émane bien de celui auquel on entend l’opposer, en ce sens que ni son origine, ni son contenu, n’ont été falsifiés. Cette double condition est désignée dans l’arrêt par les vocables “intégrité” et “imputabilité”, que le législateur belge a repris à son compte, moyennant quelque aménagement non négligeable, parmi les conditions d’efficacité de la signature sous forme électronique.

1. La condition d’imputabilité

31. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000 que la condition d’imputabilité est censée recouvrir les fonctions classiquement dévolues à la signature, à savoir l’identification (du signataire) et la manifestation de son adhésion au contenu de l’acte⁵².

a) La fonction d’identification

32. Il nous semble qu’il n’y avait pas lieu de préférer la notion – abstraite et fuyante – d’imputabilité à celle – concrète – d’identification. L’on y perd en précision dès lors qu’un contenu semble pouvoir être “imputé” – qu’est-ce à dire précisément? – à une personne, sans que celle-ci puisse être désignée avec certitude comme son auteur.

A titre d’illustration, songeons à cette affaire qui donna lieu à un jugement du T.G.I. de Paris en date du 13 novembre 1998⁵³. Le professeur Faurisson, connu pour ses thèses révisionnistes, était poursuivi pour avoir mis en ligne divers textes à caractère raciste. Bien que le nom de cet auteur apparaissait sous les articles litigieux, celui-ci contestait en être l’auteur et les avoir mis en ligne. Il fut acquitté par le tribunal qui estima que le nom avait pu être indiqué par n’importe qui et qu’il n’était pas identifié avec certitude comme l’auteur de ces textes. A supposer que ceux-ci aient pu être attribués en toute certitude à M. Faurisson, n’aurait-on pas eu affaire à “un ensemble de données électroniques

pouvant être imputé à une personne déterminée”? La réponse n’est pas évidente. Toujours est-il qu’en l’espèce, cet ensemble de données électroniques ne permettait apparemment pas d’identifier son auteur. La notion de signature requiert plus que le rattachement d’un “texte” à une personne déterminée; encore faut-il que ce dernier désigne à coup sûr cette personne⁵⁴.

D’un point de vue terminologique, le mot “imputabilité” n’est généralement pas utilisé pour viser l’opération d’identification. Le Sénat français s’est interrogé sur la portée de ces deux notions. L’identification ferait référence au lien matériel existant entre un texte et son auteur. L’imputabilité, quant à elle, viserait plutôt à désigner la personne apte à rendre compte d’un fait ou d’un acte. Cette notion, typique en droit pénal, renverrait à un lien d’intentionnalité ou de responsabilité.

33. Ayant aperçu cette nuance entre les deux notions, le Sénat français a préféré, dans un souci de clarté, “ne pas substituer la notion d’imputabilité à celle de l’identification de la personne dont émane le document”⁵⁵.

Cette observation est essentiellement d’ordre terminologique. Elle vise à indiquer pourquoi nous aurions préféré le recours au concept d’identification. Cela étant, le choix opéré ne devrait pas prêter à de fâcheuses conséquences en pratique.

b) La fonction d’adhésion

34. L’imputabilité de la signature implique-t-elle nécessairement une imputabilité du contenu de l’acte signé? Qu’en est-il, par ailleurs, de l’*animus signandi*? Autrement dit, l’imputabilité d’un contenu implique-t-il de soi la volonté d’y adhérer?

On observera que la fonction d’adhésion, traditionnellement assignée à la signature, est également absente dans la directive du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques. Celle-ci s’en tient au lien matériel entre la signature et les données, passant sous silence l’exigence d’un lien intentionnel entre les deux. Cette lacune est d’autant plus regrettable que cette fonction apparaissait clairement dans la première version de la proposition de directive: “Aux fins de la présente directive, on entend par signature électronique une signature sous forme numérique intégrée, jointe ou liée logiquement à des données, utilisée par un signataire pour signifier son acceptation du contenu des données (...)”⁵⁶.

⁵² Justification de l’amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 11, et le rapport fait au nom de la Commission de la justice par Bart SOMERS (30 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0038/008, p. 30.

⁵³ La décision est disponible sur juriscom.net.

⁵⁴ Voy. à cet égard, une étude à paraître d’E. DAVIO sur la signature.

⁵⁵ Rapport de M. Charles JOLIBOIS, au nom de la commission des lois, n° 203 (1999-2000), disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr.

⁵⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur un cadre commun pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° C 325 du 23 octobre 1998, p. 1. Souligné par nous.

Cette approche apparaissait nettement dans une version antérieure de l'article 1322, alinéa 2, libellée comme suit: "Est assimilé à une signature manuscrite l'ensemble de données issues de la transformation de l'écrit et dont ressort avec certitude l'identité de l'auteur et son adhésion au contenu de l'écrit (...)"⁵⁷.

35. Remarquons, au passage, que le libellé actuel de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil s'écarte du texte de la directive⁵⁸. Celle-ci définit la signature comme "une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques (...)", alors que le Code civil se satisfait d'"un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée (...)"⁵⁹. La nécessité d'un lien, sinon physique, au moins logique, entre l'acte et la signature n'apparaît pas explicitement dans l'article 1322, alinéa 2. D'où notre interrogation: l'imputation de la signature à une personne déterminée implique-t-elle nécessairement l'imputation à cette dernière du contenu de l'acte signé?

Lorsqu'il est question d'une signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique, la signature est le résultat d'une transformation de l'écrit par application d'une clé de chiffrement. En pareil cas, on conçoit assez aisément que l'imputation d'un ensemble de données électroniques à une personne déterminée puisse impliquer son adhésion au contenu de l'acte. Mais, force est d'admettre que cette déduction repose ici sur un présupposé technique, qui n'a pas vraiment sa place dans une définition fonctionnelle de la signature. En tout état de cause, il n'est guère possible d'accorder une valeur juridique à une signature électronique si elle n'est pas indissolublement jointe ou liée au contenu sur lequel l'auteur marque son consentement⁶⁰.

On peut regretter que la fonction d'adhésion ne fasse pas l'objet d'une mention expresse à l'article 1322, alinéa 2. L'intérêt d'une définition fonctionnelle de la signature élec-

tronique n'est-il pas précisément de bien faire apparaître les différentes fonctions assignées à celle-ci?

36. Cela étant, en pratique, dans le cadre du pouvoir d'appréciation qui lui est laissé, le juge aura à vérifier si l'élément intentionnel – l'*animus signandi*: la volonté de s'approprier effectivement le contenu de l'acte – est présent. D'ordinaire, tout comme en matière de signature manuscrite, cette volonté est présumée⁶¹. Les travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000 confirment explicitement ce point de vue⁶². En pratique, on considérera que l'*animus signandi* se manifeste, par exemple, lors de la saisie, par le signataire, du code secret permettant l'activation de sa clé cryptographique. Mais il n'est pas exclu, en cas de contestation, qu'un juge puisse estimer que telle signature électronique, bien qu'imputable à telle personne, n'atteste pas son intention de s'approprier le contenu de l'acte. Même si cette condition n'est pas inscrite explicitement dans le texte⁶³, elle y figure implicitement sous la notion d'imputabilité éclairée par les travaux préparatoires, et se déduit, du reste, de la théorie générale de la signature.

2. La condition de maintien de l'intégrité

37. Il est clair que l'intention de s'approprier le contenu d'un acte au moyen d'une signature suppose que ce dernier n'ait pas été altéré *in extremis* à l'insu du signataire. Par ailleurs, il importe aussi que, par la suite, l'acte auquel est attachée la signature ne subisse aucune modification. Ainsi, l'intégrité s'apprécie-t-elle au moment de signer, mais aussi, ultérieurement, lors de la conservation du document⁶⁴. C'est ce dernier aspect qui semble visé par l'article 1322, alinéa 2, *in fine*, du Code civil puisqu'il y est question du "maintien de l'intégrité du contenu de l'acte"⁶⁵.

Cette exigence est absente de la définition de la signature électronique (simple) figurant à l'article 2, 1, de la directive du 13 décembre 1999. Elle se retrouve, en revan-

⁵⁷ Avant-projet de loi "visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations", *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 214/1, soumis à l'avis du Conseil d'Etat sous le n° L. 27.982/2. Pour un commentaire de cette définition, B. VUYLSTEKER, "Het voorontwerp van wet over de herziening van het bewijsrecht", in DUMORTIER J. (de.), *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatiericht*, Brugge, Die Keure, 1999, p. 44.

⁵⁸ En ce sens, voy. les observations formulées par le Service juridique de la Chambre au sujet de l'amendement n° 12, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 0038/008, p. 32.

⁵⁹ La préférence accordée à l'expression "un ensemble de données électroniques" s'explique par la difficulté qu'il y peut y avoir à isoler la signature électronique du contenu informationnel auquel elle se rapporte.

⁶⁰ Rapport de M. Charles JOLIBOIS, au nom de la commission des lois, n° 203 (1999-2000), précité.

⁶¹ M. VAN QUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", note sous Cass. (3^e ch.), 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 65 et s., spéc. pp. 69-70, n° 5 et 6. La signature reconnue crée une présomption *juris et de jure* que le signataire a donné son consentement au contenu de l'acte qu'il a signé. Pour échapper aux conséquences de sa signature, il lui faut administrer la preuve que son contentement a été vicié par suite d'une erreur, d'un dol ou d'une autre cause pour laquelle une action en nullité est possible.

⁶² Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 0038/006, p. 11, et le rapport fait au nom de la Commission de la justice par Bart SOMERS (30 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 0038/008, p. 30.

⁶³ Comp. avec la loi de l'Utah (applicable aux seules signatures numériques) qui assimile la signature digitale à la signature manuscrite, sous diverses conditions, notamment "if that digital signature was affixed by the signer with the intention of signing the message" (art. 46-3-401, b).

⁶⁴ Cf. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *D.A./O.R.*, spéc. pp. 23-24, n° 22 et 23.

⁶⁵ Souligné par nous.

che, dans celle de la signature électronique avancée qui, entre autres exigences, doit "être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable" (art. 2, 2, *littera d*).

On s'interroge sur la pertinence du choix du législateur belge d'exiger que toute signature électronique soit apte à établir le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. Pareille fonction, si elle s'avère une qualité incontestable de la signature numérique fondée sur un cryptosystème asymétrique⁶⁶, devait-elle pour autant être posée comme une exigence de toute forme de signature électronique? Il ne nous apparaît pas que le maintien de l'intégrité d'un acte signé doive nécessairement résulter du mécanisme de signature utilisé. Aussi regrettons-nous que le législateur belge ait jugé bon de subordonner la force probante de la signature électronique à pareille condition⁶⁷. D'autant qu'une telle exigence ne semble pas dictée par le législateur européen.

38. On ne peut manquer de noter la confusion entourant cette fonction d'intégrité dans les travaux préparatoires de la loi belge. On y lit qu'"une signature électronique ne peut par ailleurs être juridiquement reconnue si elle établit le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. La jurisprudence et la doctrine révèlent, en effet, que la signature a notamment pour fonction de garantir l'intégrité de l'acte sous seing privé"⁶⁸. Pourtant, il avait été observé auparavant, en des termes heureux, qu'"une troisième fonction (de la signature) découle de l'usage du papier comme support de la signature: la combinaison de ces deux éléments assure l'intégrité des informations que le document contient"⁶⁹.

Tout ceci mérite des éclaircissements.

39. En réalité, la fonction d'intégrité n'a été mise à jour que récemment, dans le contexte de la signature électronique: il importe que soit préservée l'intégrité du contenu de l'acte signé électroniquement. La doctrine classique ne dit mot sur cette exigence. La raison en est que, dans le cadre de la signature manuscrite, cette fonction est assurée, non au moyen de la signature elle-même, mais par le biais du support papier sur lequel elle figure. Les qualités fonctionnelles du papier (inaltérabilité et stabilité) et la circonstance que l'acte signé est, pour ainsi dire, matériellement indissociable du support, permettent d'assurer l'intangibilité du contenu de l'acte. Il est vrai, a-t-on fait remarquer, que

la préservation de l'intégrité d'un acte est adéquatement assurée, dans l'environnement électronique, par le biais de la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique. Dans ce cas, à défaut d'une sécurité au niveau de la structure du réseau, il s'agit avant tout d'assurer la sécurisation des contenus échangés, celle-ci s'effectuant, non par le biais du support de l'acte, mais précisément au moyen de la signature⁷⁰.

Fallait-il pour autant exiger de toute signature électronique qu'elle établisse le maintien de l'intégrité pour être admise à titre de signature? Tout se passe comme si l'intangibilité du contenu de l'acte instrumentaire ne pouvait résulter que du mécanisme de signature. On se demande si ce postulat, et l'exigence qu'il sous-tend, n'est pas tributaire, ici aussi, d'une technique bien précise: la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique. Or il semble que la garantie d'intégrité puisse être assurée, dans un environnement électronique, par d'autres procédés techniques – tels qu'un support irréversible (ex. CD), un logiciel (permettant de figer un texte définitif)⁷¹ ou un système d'archivage assuré par un tiers de confiance – ou encore, à l'avenir, par le biais de la seule signature d'une tierce partie (un notaire, p. ex.). Dans ces différentes hypothèses, pourvu que le mécanisme de signature utilisé par les parties permet de les identifier et d'exprimer leur adhésion, faut-il lui dénier la qualité de signature au motif qu'il n'établit pas le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte? Ainsi, à supposer – demain – l'acte notarié dûment signé par le notaire, au moyen d'un procédé établissant le maintien de l'intégrité du contenu textuel, il serait regrettable de devoir conclure que fait défaut la signature de telle partie dès lors qu'elle aurait utilisé un mécanisme moins sophistiqué, inapte à assurer par lui-même l'intégrité.

40. Le législateur belge eut été mieux inspiré, à notre avis, en posant le maintien de l'intégrité comme condition de l'acte sous seing privé électronique, sans exiger que cette intégrité résulte du mécanisme de signature. Cette solution semble avoir été envisagée un moment, avant d'être abandonnée. On en trouve trace dans une ancienne mouture de l'article 1322, alinéa 2, selon laquelle:

"Est assimilé à une signature manuscrite l'ensemble de données issues de la transformation de l'écrit et dont ressort avec certitude l'identité de l'auteur et son adhésion au contenu de l'écrit.

En application de l'alinéa précédent, est assimilé à un acte sous seing privé original l'écrit signé dont le main-

⁶⁶ D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, D.A./O.R., spéc. pp. 23-24, n° 22 et 23.

⁶⁷ Comp. Y. POULLET et M. ANTOINE, *op. cit.*, p. 358, n° 10; Contra: P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 113, n° 97: "la fonction de maintien de l'intégrité n'étonne pas (...)".

⁶⁸ Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0038/006, p. 11, et le rapport fait au nom de la Commission de la justice par Bart SOMERS (30 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0038/008, p. 30.

⁶⁹ Justification de l'amendement n° 12 (du gouvernement) à la Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (13 juin 2000), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0038/006, p. 7. Comp. même référence, p. 12.

⁷⁰ E. DAVIO et E. MONTERO, *op. cit.*, D.A./O.R., p. 23, n° 22.

⁷¹ En ce sens, D. MOUGENOT, "Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil?", *Ubiquité*, 2000/7, p. 127.

tion de l'intégrité du contenu est établi avec certitude⁷².

En revanche, le principe que nous proposons a été retenu en France et recueilli dans l'article 1316-1 du Code civil, dont il résulte que "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve (...) sous réserve (...) et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

Ainsi, l'intégrité apparaît comme une condition de l'écrit sous forme électronique. Par ailleurs, l'article 1316-4, alinéa 2, prévoit, d'une part, que la signature électronique doit consister en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle se rattache⁷³, et institue, d'autre part, une présomption réfragable de fiabilité au profit des signatures électroniques créées dans des conditions fixées par décret.

Seules ces dernières signatures (i.e., en l'occurrence, les signatures électroniques "qualifiées") se voient assigner une fonction de maintien de l'intégrité de l'acte.

SECTION II

COMMENTAIRE ANALYTIQUE DE L'ARTICLE 4, § 4, DE LA LOI DU 9 JUILLET 2001 SUR LES SERVICES DE CERTIFICATION

A. Une assimilation de plein droit

41. L'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 vise à transposer l'article 5, 1, de la directive (désigné par la doctrine comme la "clause d'assimilation"). Les intentions du législateur sont sans équivoque à cet égard⁷⁴.

Dans sa version définitive, l'article 4, § 4, est libellé comme suit: "Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilé à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale".

Lorsqu'une signature électronique "qualifiée" est présentée au juge, ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir d'ap-

préciation quant à savoir si les fonctions de la signature sont remplies. Il doit se borner à constater que les exigences énoncées à l'article 4, § 4, sont rencontrées, auquel cas la signature en question est assimilée de plein droit à la signature manuscrite. Il en résulte que l'écrit électronique auquel est liée cette signature accède au statut d'acte sous seing privé, recevable à titre de preuve en justice et faisant pleine foi de son contenu⁷⁵.

42. En ce qui concerne l'ampleur des vérifications auxquelles doit procéder le juge pour considérer que la signature est "qualifiée", nous ne voyons rien de particulier à ajouter aux intéressantes suggestions formulées par P. Lecocq et B. Vanbrabant et nous invitons donc le lecteur à s'y reporter⁷⁶.

B. Désaveu de signature et vérification d'écritures

43. L'article 4, § 4, *initio*, réserve explicitement la possibilité de désavouer une signature électronique présentée comme qualifiée et reconnue comme telle par le juge, et demande que ce dernier procède à une vérification d'écritures conformément à la procédure prévue aux articles 883 et suivants du Code judiciaire.

On a l'intuition que les dénégations de signature seront ici nettement plus difficiles à soutenir qu'en ce qui concerne les signatures électroniques ordinaires (non qualifiées). Cela étant, les hypothèses de fraude ne sont pas à exclure et on peut gager que certaines fragilités, considérées aujourd'hui comme improbables, auront tôt fait d'apparaître. En pratique, le titulaire d'un certificat s'expose à un risque majeur: la perte de maîtrise de sa clé privée, qui résultera tantôt d'une divulgation accidentelle de celle-ci, tantôt d'un déchiffrement frauduleux à partir de la clé publique qui lui est complémentaire⁷⁷.

En principe, il revient à la partie qui invoque l'acte d'administrer la preuve que celui-ci émane bien de celle à laquelle il entend l'opposer. Cela signifie-t-il qu'elle aurait à établir que la clé privée du signataire apparent n'a été ni usurpée ni déduite à partir de la clé publique? Il paraît déraisonnable de lui imposer une telle preuve négative: pareil fardeau ruinerait à l'évidence le mécanisme de faveur institué au profit de la signature électronique qualifiée.

⁷² Avant-projet de loi "visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations", *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 214/1.

⁷³ Outre qu'elle doit satisfaire aux autres fonctions (identification et manifestation du consentement au contenu de l'acte) assignées à toutes les formes de signature (art. 1316-4, al. 1).

⁷⁴ Cf. l'exposé des motifs du "projet preuve" (pp. 2-3) et l'exposé des motifs du "projet certification" (pp. 12-14).

⁷⁵ Sous réserve d'une procédure de vérification d'écritures (voy. ci-après).

⁷⁶ P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 119-121, n°s 106 et 107.

⁷⁷ A cet égard, voy. E. DAVIO, "Questions de certification, signature et cryptographie", in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, p. 80, et les réf. Dans le même sens, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0322/001, p. 59.

44. Le premier risque évoqué – la divulgation des données afférentes à la création de signature – est à mettre en rapport avec l'article 19, §§ 1 et 2, de la loi du 9 juillet 2001:

“§ 1^{er}. Dès le moment de la création des données afférentes à la création de signature, le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité de ces données.

§ 2. En cas de doute quant au maintien de la confidentialité des données afférentes à la création de signature ou de perte de conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire révoquer le certificat”⁷⁸.

Cette disposition organise, à notre avis, une répartition des risques entre titulaires de certificat et destinataires de messages signés, prévoyant ainsi une solution comparable à celle qui prévaut en matière de cartes de paiement.

Par conséquent, si le titulaire désavoue avec succès sa signature, la partie qui invoque l'acte échouera dans l'administration de la preuve de l'existence du contrat et devra dès lors être déboutée de sa demande initiale. Néanmoins, à défaut d'avoir demandé la révocation du certificat, le signataire apparent est responsable du préjudice occasionné à cette dernière, qu'il ait ou non commis une faute ayant conduit à l'usurpation de sa clé privée. Ainsi pourra-t-il être tenu de réparer, sur un fondement aquilien, le dommage résultant de la non-conclusion du contrat⁷⁹. Si, par contre, il a demandé la révocation du certificat à temps, il ne pourra être tenu pour responsable à l'égard du cocontractant malheureux. Si ce dernier a omis de consulter le registre électronique, il devra supporter les conséquences de sa négligence⁸⁰. A moins qu'il ait diligemment consulté le re-

gistre électronique, mais que la révocation n'y a pas été enregistrée par le prestataire de service de certification: en pareil cas, le cocontractant pourra mettre en cause la responsabilité du prestataire⁸¹.

Si d'aventure un document électronique est signé par un tiers non autorisé entre le moment de la demande de révocation du certificat et le moment de l'enregistrement de cette révocation dans le registre, le prestataire sera pareillement responsable vis-à-vis du destinataire du document⁸². En effet, il est tenu de procéder “immédiatement”⁸³ à l'enregistrement de la révocation du certificat.

45. Qu'en est-il à présent de l'hypothèse où le titulaire du certificat fait valoir que sa clé privée a été utilisée par un tiers parvenu à la déchiffrer au départ de la clé publique du premier? Ce genre d'opération est pratiquement impossible à réaliser dans un temps et avec des moyens raisonnables. En principe, pour avoir une chance de casser une clé de chiffrement, il est nécessaire de mobiliser des centaines d'ordinateurs interconnectés, ce qui est peu concevable à moins d'un enjeu de taille. Aussi, s'appuyant sur un expert, le juge pourra-t-il apprécier la vraisemblance de l'allégation du signataire apparent moyennant une mise en balance des ressources (matérielles, humaines, financières) nécessaires pour briser la clé avec les intérêts en jeu⁸⁴. Si l'allégation apparaît invraisemblable, il resterait au titulaire à démontrer que sa clé à été effectivement déchiffrée, ce qui paraît relever de la gageure.

46. Une autre manière de raisonner, que nous avons proposée dans une précédente publication, est de considérer que la signature électronique “qualifiée” bénéficie d'une

⁷⁸ Dans l'avant-projet de loi soumis à l'avis du Conseil d'État, le paragraphe 1^{er} était libellé différemment: “Dès la création de la paire de clés, le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité et de l'intégrité de la clé privée. Toute utilisation de celle-ci est réputée, sauf preuve contraire, être le fait de son titulaire” (Cf. Avant-projet de loi relative à l'activité d'autorités de certification agréées en vue de l'utilisation de signatures digitales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0322/001, p. 50). Le Conseil d'État reprocha à la formulation “sauf preuve contraire” de laisser dans l'incertitude la question de savoir si cette disposition entend ainsi déroger à l'article 1324 du Code civil. Et le Conseil d'État d'estimer que cette question devrait être réglée dans le Code civil lui-même (Cf. Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0322/001, p. 64). Par la suite, la disposition a été modifiée comme l'on sait et aucune dérogation à l'article 1324 n'a été prévue.

⁷⁹ On s'interroge sur le fait que le titulaire du certificat soit désigné comme *seul* responsable de la confidentialité des données afférentes à la création de signature. Ces données peuvent être fournies par le candidat titulaire, auquel cas elles sont seront connues de lui seul. Mais, elles peuvent aussi être générées par le prestataire de service de certification. Dans cette seconde hypothèse, le prestataire est tenu de garantir la confidentialité au cours du processus de génération des données (annexe II, *g*, *in fine*). Dans la même hypothèse, le prestataire ne peut, en principe, enregistrer, conserver ou restituer les données afférentes à la création de signature de façon à ne pas en devenir le détenteur ou le dépositaire non autorisé (Cf. Exposé des motifs de la loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 0322/001, p. 28). Néanmoins, on ne peut exclure totalement qu'un prestataire contrevienne à ce principe et soit à l'origine d'une divulgation (accidentelle ou non) des données ainsi conservées. Dans le même ordre d'idées, il est toujours possible qu'en dépit de tous les contrôles, le dispositif (soi-disant) sécurisé de création de signature utilisé lors de la génération des données n'ait pas permis de préserver leur confidentialité. Enfin, le prestataire peut avoir omis de révoquer d'initiative un certificat, alors qu'il y est obligé “lorsqu'il existe des raisons sérieuses pour admettre que (...) la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée” (art. 12, § 2, 1^o, *in fine*). Bref, si le titulaire du certificat est seul responsable des données afférentes à la création de signature à l'égard du cocontractant, en diverses hypothèses, un recours en responsabilité peut encore être exercé contre le prestataire de service de certification. Pour une analyse plus complète, D. GOBERT, “Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification: analyse de la loi du 9 juillet 2001”, à paraître dans le prochain volume de la CUP.

⁸⁰ Cf. L. du 9 juillet 2001, art. 13, § 2, al. 2.

⁸¹ Cf. L. du 9 juillet 2001, art. 12 à 14, spéc. art. 14, § 2.

⁸² En revanche, si, dans le même intervalle de temps, le document est signé par le titulaire du certificat, il sera responsable car, dès la demande de révocation, il ne pouvait plus utiliser les données afférentes à la création de signature. Cette hypothèse est plus vraisemblable lorsque l'utilisateur des données afférentes à la création de signature et le titulaire du certificat sont des personnes distinctes.

⁸³ Cf. L. du 9 juillet 2001, art. 12, § 1^{er}. Voir aussi art. 13, § 1^{er}.

⁸⁴ Rappr. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 126, n° 114.

présomption réfragable selon laquelle les conditions d'imputabilité et d'intégrité visées à l'article 1322, alinéa 2, sont remplies; nous en avons déduit qu'il appartient en tout état de cause au titulaire qui conteste sa signature de renverser cette présomption⁸⁵. Entre-temps, la formulation de l'article 4, § 4, a été modifiée comme l'on sait, lors de l'examen du projet de loi au Sénat, si bien qu'en sa version définitive, il ne contient plus de référence à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Le lien entre les deux dispositions n'est dès lors plus si évident. On peut-on se demander s'il n'y a pas lieu désormais d'envisager l'article 4, § 4, comme une disposition spécifique, énonçant des conditions qui lui sont propres, indépendantes de celles prévues à l'alinéa 2 de l'article 1322.

CONCLUSION

Il semble que la Belgique ait correctement transposé les principes de la directive européenne du 13 décembre 1999 relatifs à la reconnaissance juridique des signatures électroniques.

La rédaction de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil n'en laisse pas moins à désirer à divers égards. Tout d'abord, la réserve "pour l'application du présent article" nous paraît malheureuse sur le fond et sur la forme. Ensuite, dès lors que le parti a été pris d'introduire en notre droit une définition fonctionnelle de la signature électronique, nous aurions préféré que la disposition énonce clairement les deux fonctions traditionnellement dévolues à la signature: l'identification de l'auteur et la manifestation de son adhésion au contenu de l'acte. La préférence accordée à la no-

tion d'imputabilité, censée couvrir ces deux exigences, nous apparaît discutable. Enfin, et plus fondamentalement, l'exigence de maintien de l'intégrité du contenu de l'acte nous paraît excessive et inopportune. Elle est de nature à priver d'efficacité juridique la plupart des signatures électroniques ne présentant pas les atouts de la signature électronique "qualifiée". Sans aller jusqu'à estimer que cette (trop?) stricte définition de la signature électronique donnée par le législateur belge est contraire à la lettre de la directive, on se demande néanmoins si elle ne trahit pas son esprit. Il est vrai, avons nous suggéré, que la directive n'est pas exempte d'ambiguïté à cet égard.

En ce qui concerne l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001, on se félicite de la retouche apportée, lors de l'examen du projet au Sénat, dans le but de supprimer la référence à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. En effet, aussi minime soit-il, le pouvoir d'appréciation du juge ne peut être exclu dans le cadre de cette disposition. Il s'ensuit que l'assimilation de la signature électronique "qualifiée" à la signature manuscrite n'aurait pas été absolument automatique. Dans le même temps, cette modification est la source de nouvelles interrogations sur la nature du lien entre les deux dispositions.

Il reste à faire confiance aux juges, en comptant qu'ils interpréteront raisonnablement les nouvelles dispositions légales consacrées à la signature électronique. Si les litiges relatifs à la preuve n'ont jamais été légion, il faut espérer qu'ils ne se multiplient pas parallèlement à l'essor de la preuve électronique. D'autant que les contentieux en la matière, traités de façon très pragmatique dans le passé, risquent de s'avérer particulièrement compliqués⁸⁶.

⁸⁵ D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, J.T., p. 120.

⁸⁶ P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 12.