

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

F A C U L T E D E D R O I T

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Le droit de la preuve
et
la modernisation de techniques de rédaction,
de reproduction et de conservation des documents.

par X. MALENGREAU

Doc. 81/4

Rapport à la Journée
d'Etude de l'Unité de
Droit civil du
20 novembre 1980.



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

JOURNÉE D'ETUDE DE L'UNITÉ DE DROIT CIVIL

JEUDI 20 NOVEMBRE 1980.

Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction,
de reproduction et de conservation des documents.

par Xavier MALENGREAU,

Assistant au Centre de Droit
des Obligations.

Notre droit de la preuve, en matière civile, n'a pas changé depuis 1804 ; seules deux modifications formelles sont intervenues dans les articles 1315 à 1369 de notre Code civil (1).

Depuis lors, cependant, on a inventé et développé la photographie, l'enregistrement sonore, le télégramme, le télex, la photocopie, le microfilm, l'informatique ... Ces innovations techniques posent, en droit, la question de leur valeur probatoire. Peut-on y reconnaître un écrit, un commencement de preuve par écrit, voire, du moins, une simple présomption, ou faut-il considérer ces procédés nou-

(1) Cfr., d'une part, l'art. 2-22 et l'art. 3-103 de la loi du 10 octobre 1967 relative au Code judiciaire, abrogeant l'article 1351 et modifiant l'article 1319 ; et, d'autre part, l'adaptation à 3.000 francs du montant pris en considération par les articles 1341 à 1345, par la loi du 20 mars 1948.

veaux comme des modes de preuve non admissibles ?

L'opportunité de cette question apparaît d'autant plus lorsqu'on constate que, dans la pratique des affaires, la rédaction et la conservation des "instrumentums" ne cessent de s'écarter des règles de preuve du Code civil.

La modernisation des techniques doit être bien située sur le plan juridique et sur le plan économique.

Comme la preuve des engagements commerciaux peut se faire par toutes voies de droit, la question entre commerçants se limite à savoir si les techniques modernes fournissent des présomptions admissibles. Une réponse positive ne semble guère douteuse à ce propos (2).

Les difficultés réelles apparaissent à l'égard des non-commerçants. Lorsqu'une banque ou une compagnie d'assurances, par exemple, réalise un acte juridique avec un client non-commerçant, celui-ci peut exiger en tout temps l'application des règles de preuve du Code

(2) En l'absence d'exigences légales particulières, les techniques modernes fournissent un fait connu en rapport direct avec le fait ou l'acte à prouver (cfr. notamment, Cass. 24 novembre 1961, Pas. 1962, I, 367 ; Cass. 29 octobre 1962, Pas. 1963, I, 272 ; Cass. 10 avril 1973, Pas. 1973, I, 773).

civil, particulièrement de l'article 1341 (3).

L'exigence d'un acte pour toutes choses excédant la somme ou la valeur de 3.000 francs et la prééminence de la preuve écrite, ne sont pas mises en cause fondamentalement. Le contrat verbal, comme le recours aux témoignages et présomptions, reste à éviter. Ce qui évolue, c'est la nature et le contenu des documents probatoires.

Les problèmes apparaissent au niveau de l'exigence d'une signature manuscrite, mais surtout à celui de la nécessité de pouvoir produire en tout temps l'original de l'acte.

Si nous prenons l'exemple des banques - dont nous savons que le nombre des opérations quotidiennes atteint plusieurs

(3) Il a été jugé que : "Lorsqu'un fait juridique a le caractère commercial envers une partie et le caractère civil envers l'autre, il faut appliquer les principes de la loi commerciale ou ceux de la loi civile suivant le caractère du fait par rapport à la personne contre laquelle la preuve de ce fait est demandée". (Liège, 31 octobre 1968, J.T. 1969, p. 261; cfr. également : Civ. Nivelles, 18 novembre 1965, Rec. Jur. Niv. 1965-66, p. 84 ; P. VAN OMMEFLAGHE, Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les Obligations, R.C.J.B. 1975, n° 121 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, t. II, n° 1238).

millions-, on peut imaginer la complexité de la gestion et de l'archivage des documents qui y sont relatifs (4).

Le problème est devenu crucial durant les années 50 et depuis lors, avec le taux d'accroissement de volume des affaires et malgré l'inaction relative du législateur, il est devenu irréversible. Le droit est passé à l'arrière-plan des préoccupations, et ne réapparaît qu'en cas de litige. La vie économique n'a pas eu le temps d'en attendre l'évolution.

Sur le plan commercial, le recours au microfilm et à l'ordinateur s'est imposé de manière impérieuse, malgré les aléas existant sur le plan probatoire. Ces innovations ont réduit dans une mesure considérable le coût du traitement, de la gestion, du classement et de l'archivage des documents, en même temps qu'ils en ont permis un accès et un usage d'une facilité et d'une rapidité, accrues dans des proportions inimaginables il y a 30 ans.

(4) F. CHAMOUX rapporte que "l'une des dix plus grosses entreprises industrielles françaises possède 16 kms de rayonnages d'archives avec une progression d'un hectomètre par an... Quant aux banques, l'expérience de la B.N.P. est instructive. Cette banque a construit en 1970 à Orléans une énorme cathédrale de béton dont la seule fonction est de conserver des papiers. Les dirigeants de la B.N.P. pensent qu'au rythme actuel d'accroissement des archives, il va falloir construire un bâtiment semblable tous les 5 ans ! Le centre d'archives d'une capacité de 26.500 m³ est en effet saturé" (La preuve dans les affaires, Paris, Libr. Techn., 1980, p. 103-104). D'après A. VAN OVERBROECK, le volume de papiers mis en archives représente annuellement dans une grande banque belge de 300 à 600 mètres cubes environ. Il constate à ce propos que "la procédure de recherche d'un document dans ces archives de type conventionnel est extrêmement lourde". Il relève en conséquence l'intérêt du microfilm qui réduit l'espace exigé pour la conservation des documents dans une mesure de 95 à 98 % et permet une cadence d'archivage 20 à 30 fois plus rapide. (Quelques problèmes juridiques soulevés par les équipements mécanographiques, Revue de la Banque, 1987, p. 566).

UNIVERSITÉ CATH. DE LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

Le risque juridique est d'un coût sans proportion sur le plan commercial. Ce risque est d'ailleurs très exactement évalué dans les contrats d'assurance qui, en fait, semblent couvrir, dans de nombreux cas, la destruction des originaux après microfilmage.

L'attitude des grandes entreprises paraît d'autant plus justifiée que les contentieux sur le plan probatoire, soumis à l'application du droit civil, s'avèrent, en réalité, rarissimes. On cherche, d'ailleurs, vainement, dans la jurisprudence, des décisions relatives à la preuve par microfilms ou par bandes magnétiques. Leur usage ne semble qu'exceptionnellement discuté.

La situation est telle, qu'après avoir souhaité et recherché des modifications législatives, les grandes entreprises en viennent aujourd'hui à s'en méfier. La prime d'assurance du risque est relativement modérée, mais quelle serait la valeur probatoire de leurs procédés actuels, dans le cadre d'une nouvelle législation ?

Actuellement, la rareté des contestations est telle que les entreprises préfèrent le flou juridique actuel plutôt que de se voir imposer une nouvelle législation qui pourrait s'avérer trop rigoureuse ou trop limitée (5).

(5) Un avant-projet de loi sur la valeur probante des microfilms d'ordres ou mandats de virements donnés à certains organismes financiers est en attente depuis 1972 dans les dossiers du Ministère de la Justice. Cet avant-projet confère aux reproductions par microfilm la même force probante qu'à l'original, mais ce n'est qu'au prix de conditions techniques trop rigoureuses, prévues par un projet d'arrêté royal d'application.

De lege lata, l'ampleur de l'usage des techniques modernes de rédaction, de reproduction et de conservation appelle cependant une prise de position juridique.

De lege ferenda, nous examinerons avec une particulière attention les travaux du législateur Français qui vient de légiférer de manière fondamentale à propos des questions qui nous occupent (6).

Dans le cadre de cette étude, nous examinerons principalement la valeur probatoire qu'on peut attribuer aux microfilms et photocopies, n'évoquant que brièvement les messages de télex, les bandes magnétiques et l'usage de la griffe.

DE LEGE LATA

I- Le microfilm et la photocopie peuvent être rapprochés sur le plan probatoire, malgré leurs différences techniques. La photocopie est, en effet, une copie directe alors que le document produit par microfilm est, en fait, une copie de copie (7). Cette différence étant rappelée,

(6) Cfr. Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques (J.D. 13 juillet 1980; P.S., Législation, 1980, p. 273) et les premiers commentaires publiés de M. VIDON : Les Modifications apportées au droit de la preuve par la loi du 12 juillet 1980, Rep. Not. Defrénois 1980, p. 1329 à 1347.

(7) Dans les microfilms, on peut encore distinguer le microfilm simple du microfilm C.O.M. (Computer output microfilm). Dans ce second cas, le document final apparaît comme une copie à un troisième degré, car l'original a été transcrit sur une bande magnétique d'ordinateur. Le microfilm C.O.M. traduit sur une forme visible et lisible les informations qui s'y trouvent. Le document produit par le microfilm est donc une copie d'une copie (le microfilm) d'une copie (la bande magnétique) de l'original.

la photocopie comme le microfilm supposent un original de base, normalement conforme au prescrit de l'article 1341 du Code civil, dont ils sont la reproduction.

La valeur probatoire du microfilm ou de la photocopie est donc liée au statut des copies dans notre droit de la preuve. La doctrine traditionnelle enseigne que les copies d'actes sous seing privé n'ont aucune valeur probatoire et que seul l'original peut faire preuve (8) (8 bis).

Cet enseignement que l'on prétend tirer directement des textes légaux sans autres motivations paraît, pourtant, discutable. N'est-ce pas une généralisation hâtive de l'absence de valeur probatoire des transcriptions manuscrites qui, effectivement, ne prouvent rien puisque la signature, élément essentiel à la force probante d'un

(8) Cfr., notamment, H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, t. III, n° 833-A. On notera cependant la présence de deux législations particulières au bénéfice de l'Office des Chèques Postaux (Cfr. art. 19 de la loi du 2 mai 1956) et de la C.G.E.R. (Cfr. art. 3 de l'A.R. n° 44 du 24 octobre 1967). Les copies photographiques ou microphotographiques des documents détenus par ces organismes font foi comme les originaux si elles ont été établies par ces organismes et sous leur contrôle.

Cfr. également l'art. 8 de l'A.M. du 8 décembre 1977 relatif au LOTTO et l'art. 26 de l'A.M. du 29 septembre 1980 relatif au TOTO qui définissent le microfilmage comme étant "l'opération qui consiste à photographier sous un très petit format l'original du bulletin" et qui prévoient qu'"en cas de contestation, seul le microfilm sert de pièce probante.

(8bis) Une récente décision en a fait une application particulièrement sévère en exigeant un original, alors qu'aucune des parties ne contestait la photocopie produite (Civ. Namur, 17 février 1978, Rev. Rég. Dr. 1978, p. 32 et note R. GRANDMDULIN). Cette décision nous paraît très contestable (cfr. supra, p. 17-18 et note 25).

acte, ne peut être retranscrite par un tiers autre que son auteur (9).

On prétend aussi que les copies d'actes sous seing privé n'ont pas reçu de cadre juridique dans le Code civil qui ne se serait préoccupé que des copies des actes authentiques, dans les articles 1334 à 1336. Ici encore, cette affirmation n'est pas évidente (10).

(9) Ce point de vue apparaît clairement dans le traité de C. DEMOLDMBE : "Quant aux actes sous seing privé, comme ils tirent uniquement leur force probante, ainsi que leur dénomination même l'indique, de la propre signature des parties, il est évident qu'aucune copie ne saurait remplacer l'original" (Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. VI, n° 676). POTHIER manifestait une même conception en illustrant la faiblesse essentielle des copies, qui sont tirées sur l'original hors de la présence de la partie, même par une personne publique : "elle ne prouve pas que ma signature, qu'on dit dans cette copie s'être trouvée au bas de cet original, fut effectivement ma signature" (Traité des obligations, n° 771). Cet éminent auteur en déduit très logiquement que les copies tirées par les particuliers ne font aucune preuve (n° 775).

(10) Les avis des auteurs sont très partagés, à cet égard, et ont évolué selon les époques. Les copies des actes sous seing privé ont d'abord été ignorées par les premiers commentateurs du Code civil qui semblent n'avoir eu à l'esprit que les retranscriptions manuscrites. M. DELVINCOURT (Cours de Code civil, t. VI, p. 77 et svts) et M. DURANTON (Cours de Droit civil, t. VII, p. 334 et svts) ne limitent pas le champ d'application des articles 1334 à 1336. C.B.M. TOULLIER (Le droit civil français dans l'ordre du code, t. VIII) écrit qu'on appelle copie, "la transcription d'un titre ou d'un écrit quelconque, faite littéralement ou mot à mot sur l'original" (n° 411). Il ajoute, dès lors, qu'"il est presque inutile d'observer que les copies, dont parle ici le Code, sont les copies faites par des personnes publiques ; car il est bien évident que les prétendues copies dont l'auteur n'est pas connu, ou n'est qu'une personne privée, ne méritent aucune considération en justice" (n° 416).

Ni le plan de la section du Code consacré à la preuve littérale, ni l'intitulé du paragraphe consacré aux copies, ni même le contenu des articles de ce paragraphe et les travaux préparatoires ne permettent de croire que le législateur ait entendu régir exclusivement les copies des actes authentiques.

a) La section consacrée à la preuve littérale des obligations distingue, dans trois paragraphes différents, la force probante respective à accorder à l'acte authentique, à l'acte sous seing privé et aux tailles. La question des copies n'est pas rattachée au seul paragraphe consacré aux actes authentiques, mais constitue un quatrième paragraphe distinct qui suggère une réglementation de l'ensemble des copies, sans référence exclusive aux seuls actes authentiques à l'exclusion des actes sous seing privé.

b) Le paragraphe consacré aux copies est intitulé : "Des copies des titres". Certains ont pu croire que l'expression "titre" vise spécifiquement les actes authentiques (11), mais l'examen de l'ensemble du chapitre du Code civil consacré à la preuve démontre le contraire. Tout acte signé est un titre (12). Le terme "titre" est utilisé

(suite de la note (10)).

Progressivement, les auteurs du XIX^{ème} siècle ont enseigné que les articles 1334 à 1336 visaient exclusivement les actes authentiques. "Les copies des actes sous seing privé ne font aucune foi" (Cfr. F. LAURENT, Principes de droit civil français, t. XIX, n° 369 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE & L. BARDE, Traité de droit civil, Des Obligations, t. IV, n° 2486).

Les auteurs contemporains reviennent à une position plus nuancée et acceptent d'appliquer l'article 1334 à toutes les copies (Cfr. H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, t. III n° 832 ; J. GHESTIN et G. GODEBEAUX, Traité de droit civil, t. I, n° 643 ; F. CHAMOUX, La preuve dans les affaires, op. cit. p. 217 ; D. DE WINTER, De bewijskracht van fotokopiën in het burgerlijk recht, Iura Falconis 1967-68, n° 4, p. 11 ; Y. LOBIN, note sous Montpellier, 30 janvier 1963, D. 1963, J. 665 à 670).

(11) Cfr. notamment, F. LAURENT, op. cit., n° 369 et C. DEMOUMBE, op. cit. n° 676.

(12) Selon H. DE PAGE, op. cit., n° 832 "Par "titres", il faut entendre les écrits signés, c'est-à-dire les actes authentiques et sous seing privé... Par "copies de titres" il faut entendre la transcription d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé".

une seule fois dans le paragraphe relatif aux actes authentiques, au niveau de son utilité, alors qu'il est utilisé quatre fois dans le paragraphe relatif aux actes sous seing privé, dans les articles 1331 et 1332. Il vise avec certitude tant les actes sous seing privé que les actes authentiques dans les articles 1337, relatifs aux actes récongnitifs, ainsi que dans les articles 1345, 1346 et 1348 relatifs à l'admission de la preuve testimoniale.

c) Il est cependant exact que les articles 1334 à 1336 relatifs aux copies se préoccupent davantage des copies des actes authentiques, ce qui se justifie dans la mesure où l'authenticité d'un acte, avec la force probante renforcée qui s'y rattache, exige une restriction particulière de la foi attaché aux copies. La valeur probatoire de l'acte authentique est liée à des garanties de forme et de pouvoir dont les copies ne peuvent guère se prévaloir. Aussi le législateur a-t-il prévu des limites strictes à leur égard. On ne peut cependant déduire de ces limites spécifiques, une exclusion générale des actes sous seing privé dans l'application des articles du Code civil relatif aux copies.

d) Enfin, rien dans les travaux préparatoires ne limite le champ d'application des articles 1334 à 1336 du Code civil. Au contraire, l'exposé des motifs introduit ce paragraphe en faisant référence aux titres tant authentiques que privés (13).

L'interprétation de ces articles pourrait s'écarter, dès lors, de l'enseignement traditionnel. Ces textes distinguent deux hypothèses. Lorsque le titre original subsiste, sa représentation peut toujours être exigée. Dans cette première hypothèse, la valeur de la copie est restrictive: elle ne fait foi que de ce qui est contenu au titre.

(13) L'introduction du paragraphe par BIGOT PREAMENEU, dans son exposé des motifs, ne laisse aucun doute à cet égard : "On vient de voir quelle est la foi due aux titres soit authentiques, soit privés ; mais si on produit seulement des copies de ces titres, quelle confiance mériteraient elles" (cité par P.A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XCVI, p. 292).

Lorsque le titre original n'existe plus, la valeur de la copie semble augmenter. Selon l'article 1335, "les copies font foi", même si l'article prévoit diverses distinctions. S'agit-il vraiment de refuser toute valeur probatoire aux copies ? L'article 1335, contrairement à l'article 1334, n'utilise pas l'expression restrictive, "les copies ne font foi que ...", qui aurait précédé une liste exhaustive et limitative d'exceptions à une règle selon laquelle les copies n'auraient, en principe, aucune valeur probatoire.

Le principe littéral du Code est qu'en l'absence de l'original, les copies font foi. A ce principe, le législateur a cependant prévu des distinctions, principalement pour les actes authentiques, auxquels se rapportent les trois premières.

La quatrième distinction peut se rapporter à tous les actes, y compris aux actes sous seing privé : les copies de copies peuvent, suivant des circonstances que le juge apprécie souverainement, être considérées comme de simples renseignements. Le principe selon lequel les copies font foi réapparaît a contrario dans cette quatrième distinction, qui prévoit que même les copies de copies peuvent faire foi.

On peut donc penser, sur base d'une analyse des textes et des travaux préparatoires, et si on ose remettre en cause une doctrine contraire bien établie, qu'une copie fait foi, sauf à s'inscrire en faux en contestant son authenticité.

Cette valeur probatoire que le législateur de 1804 aurait attribué aux copies des actes sous seing privé peut s'expliquer. Il faut relever, même si cela va de soi, que la copie ne fait foi que de ce qu'elle contient. Rien ne s'opposait à ce qu'on accorde foi à une copie signée.

Dans les limites techniques de l'époque, la signature ne pouvait être copiée unilatéralement. Or, une copie non signée ne peut prouver un engagement quelconque de celui à qui on l'oppose. Ce n'est que dans cette situation qu'une copie n'a aucune valeur probante.

La copie des signatures n'est apparue qu'avec l'usage des papiers carbone. L'évolution des techniques a, ensuite, permis de copier les actes et les signatures par photographie, photocopie ou microfilm. Ceux-ci font foi conformément à l'article 1335, même si le document produit par microfilm peut, dans des circonstances particulières -comme il s'agit d'une copie de copie- être considérée comme un simple renseignement.

Conformément aux articles 1322 à 1324 du Code civil, celui à qui on oppose une photocopie doit donc, s'il veut en contester la valeur probatoire, soit s'inscrire en faux, soit désavouer ou contester l'écriture ou la signature (14). Dans ces cas, le juge doit se prononcer sur la foi qu'il peut accorder à la copie comme il le ferait à l'égard d'un original.

La seule différence entre la valeur probatoire de la copie et celle de l'original ne réside alors que dans le plus grand nombre de contestations et de vérifications dont la copie peut faire l'objet. La conformité de la copie à l'original est une question, par nature, spécifique aux copies. Cela ne justifie cependant pas d'ôter toute force probante aux copies, même si les risques de fraude sont accrus.

Dans cette première optique, la copie est une preuve littérale qui peut répondre au prescrit de l'article 1341 du Code civil, lorsqu'elle établit la rédaction d'un titre original sous seing privé.

(14) Certains auteurs ont rappelé, à juste titre, l'applicabilité de ces articles aux photocopies : D. DE WINTER, op. cit., p. 13 et Y. LORIN op. cit., p. 669. La Cour de cassation a suivi un raisonnement similaire, pour une copie produite sur base de l'article 1348-4° du Code civil : Cass. 8 mai 1980, J.L. 1980, p. 527.

Si on rejoint l'enseignement traditionnel qui refuse toute force probante à la copie d'un acte sous seing privé, on peut se demander si une photocopie ou un microfilm ne peuvent pas constituer néanmoins un commencement de preuve par écrit, selon l'article 1347 du Code civil.

Rappelons que le commencement de preuve par écrit requiert trois conditions : un écrit, qui émane de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Si cette dernière condition ne suscite pas de difficultés, il n'en va pas de même pour les deux premières.

Une photocopie est-elle un écrit ? C'est, plus exactement, la copie d'un écrit. La photocopie n'est pas une fixation du langage sur un premier support, mais c'est cependant la preuve de l'existence d'un écrit. Certains estiment que, puisqu'elle prouve et reproduit un écrit, la première condition pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit se trouve ainsi présente (15).

Il faut encore que cet écrit émane de la personne à qui on l'oppose. La photocopie elle-même ne présente généralement pas cette qualité ; elle émane le plus souvent de celui qui la produit. Cependant, ici encore, on peut étendre le critère si l'écrit photocopié émane de celui à qui on l'oppose, ce que la photocopie peut révéler soit par sa signature, soit par d'autres mentions.

On peut évoquer ici le cas similaire de la preuve par bande d'enregistrement sonore que certains auteurs acceptent d'assimiler à un commencement de preuve par écrit (16). Dans ce cas, il ne

(15) Cfr. Y. LUBIN, op. cit. et J. GHESLIN et G. GOUBEUX, op. cit., n° 643.

(16) Cfr. R. ABRAMMS, op. cit. (note 2), p. 584-585 et Y. LUBIN, op. cit. (note 2).

s'agit plus d'une copie, mais bien d'une transcription, en original, d'un langage par des signes magnétiques audibles, ce qui correspond à une définition large de l'écrit.

A défaut de reconnaître une photocopie ou une reproduction par microfilm comme une copie faisant foi ou comme un commencement de preuve par écrit, il reste qu'elles peuvent certainement constituer une présomption, suivant les cas d'espèce (17).

En France, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises qu'une photocopie fait foi lorsque "l'existence de l'original et la conformité de la copie ne sont pas déniées" (18). La solution est conforme à l'équité et peut être retenue en droit belge (19). L'attitude du défendeur peut, dans des circonstances particulières, constituer un aveu judiciaire (20).

II - Le télex ne présente pas les mêmes difficultés théoriques que les photocopies ou microfilms. Ne portant aucune signature manuscrite, dans la conception très stricte avec laquelle ce terme est défini par la doctrine et la jurisprudence, le télex ne fournit pas à ses utilisateurs un acte au sens de l'article 1341 du Code civil, ni même une copie d'acte.

(17) Bruxelles, 14 février 1968, Pas. II, 148 ; à propos d'une bande enregistrée : cfr. Cass. 24 novembre 1961, Pas. 1962, I, 267 et Cass. 29 octobre 1962, J.T. 1963, p. 40 ; Pas. 1963, I, 272 ; à propos d'une photocopie, cfr. Cass. 8 mai 1980, J.T. 1980, p. 577.

(18) Cfr. Cass. Fr., 30 avril 1969, J.C.P. 1969, n° 16.057 ; Cass. Fr. 29 mars 1965, J.C.P. 1965, n° 14.234 ; Cass. Fr., 21 avril 1959, D. 1959, J. 521.

(19) La cour de cassation considère que "de l'affirmation réitérée d'un fait par une partie, non contredite par l'autre partie, le juge peut légalement déduire, en se fondant sur les circonstances propres à la cause, la preuve par présomption du fait ainsi affirmé" (Cass. 12 octobre 1962, Pas. 1963, I, 192).

(20) Cfr. Cass. 18 septembre 1964, Pas. 1965, I, 61 ; Cass. 2 décembre 1971, Pas. 1972, I, 323 ; Cass. 1er mars 1973, Pas., I, 612.

Il peut présenter, par contre, toutes les caractéristiques du commencement de preuve par écrit. Il constitue le plus souvent, dans son contexte, une présomption suffisamment grave, précise, et concordante pour faire preuve des engagements qu'il contient.

La difficulté surgit lorsque l'identité des correspondants est contestée. Il appartient à celui qui se prévaut d'un télex, en tant que commencement de preuve par écrit, d'établir au préalable qu'il émane effectivement de celui à qui il l'oppose. Si cette condition n'est pas établie, le télex ne constitue plus qu'une présomption, non admissible pour les affaires civiles supérieures à 3.000 francs.

III - Certaines opérations juridiques ne font cependant l'objet d'aucun document manuscrit ou, du moins, contradictoire, mais seulement d'inscriptions magnétiques sur ordinateur. C'est le cas, par exemple, pour l'usage, de plus en plus répandu, des MISTER CASH, BANCONTACT, POSTOMAT... etc.

Les limites du droit de la preuve, en matière civile, sont dépassées, ici radicalement, puisque les documents relatifs aux opérations sont établis de manière unilatérale. De quels moyens dispose une banque si un usager du réseau automatique conteste avoir effectué un retrait ou, inversement, s'il prétend avoir déposé une somme supérieure à celle réellement déposée ? Les montants étant limités, il faut constater qu'on entre ici dans le domaine des risques commerciaux.

Les ordinateurs, non infailibles, fournissent, au plus, des présomptions. Le caractère strictement unilatéral de leur direction et de leur gestion, et l'anonymat de leur usage, les écarte de manière décisive du domaine de la preuve écrite et même du commencement de preuve par écrit.

Mais, l'usage, d'un commun accord, d'un système d'ordinateur pour la réalisation d'opérations juridiques paraît constituer l'exception prévue par l'article 1348 du Code civil pour les cas où il n'est pas possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation (21). Les limites de l'article 1341 se trouvent ainsi écartées.

Comme l'article 1348 ouvre la porte à la preuve par présomptions, on peut considérer que les contrôles et les vérifications dont l'ordinateur peut faire l'objet pourront contribuer, dans une large mesure, à renforcer la force probante de ses bandes magnétiques, en tant que présomptions, même si les risques de fraude ne peuvent être totalement exclus (22).

IV - Il nous paraît nécessaire d'évoquer encore le cas de la signature de documents par l'usage d'un cachet-signature, d'une griffe. L'intérêt de la question est assez limité, en matière civile ; elle n'est guère utilisée par des non-commerçants et les solutions à son égard paraissent bien acquises.

Pour être valable, une signature doit être manuscrite; un document signé par griffe ne peut valoir, le cas échéant, que comme commencement de preuve par écrit (23).

(21) Sur l'interprétation extensive par la jurisprudence de l'article 1348 : cfr. Ph. MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, J.C.P. 1972, I, 2468.

(22) A propos des risques de fraude : cfr. F. CHAMOUX, La preuve dans les affaires, op. cit. (note 2), p. 49 à 53. Dans une autre optique, on lira avec intérêt l'étude de C.S. ARONSTEIN, De l'urgence d'ordonner les ordinateurs, J.T. 1980, p. 161 à 171.

(23) Cfr. L. BEAUPAIN, La signature à la griffe, J.T. 1967, p. 4 et C. GAVALDA, La signature par griffe, J.C.P., 1960, I, n° 1579.

Après avoir examiné ces diverses techniques modernes au regard du droit de la preuve du Code civil, il nous paraît utile d'ajouter encore quelques considérations plus générales, auxquelles les praticiens ne sont guère attentifs.

Alors qu'ils utilisent largement des nouveaux modes de preuve discutables en matière civile, ils semblent perdre de vue que le droit civil de la preuve n'est pas un droit impératif. Ils restent, à cet égard, imprégnés par la doctrine et la jurisprudence du siècle passé qui considérait les règles de la preuve comme étant d'ordre public (24). Depuis le début de ce siècle, cette conception est unanimement abandonnée.

Notre Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que les dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations ne sont ni impératives, ni d'ordre public (25).

(24) Cfr. F. LAURENT, op. cit., t. XIX, n° 397 ; Cass. 24 avril 1845, Pas. 1846, I, 60. Sur l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence : cfr. J. DABIN, note sous Cass. 30 janvier 1947, R.C.J.B. 1947, p. 229.

(25) Depuis un arrêt du 14 décembre 1922 (Pas. 1923, I, 111), la Cour de cassation a constamment, et à plusieurs reprises, soutenu ce point de vue qui doit être considéré comme parfaitement acquis : "Les dispositions légales concernant la preuve des obligations, tels les articles 1341 et 1353 du Code civil ne sont pas d'ordre public" (Cass. 5 janvier 1950, Pas. 1950, I, 287 ; dans le même sens : Cass. 14 décembre 1922, op. cit. ; Cass. 30 janvier 1947, Pas. 1947, I, 29 ; Cass. 21 septembre 1950, Pas. 1951, I, 8 ; Cass. 11 juin 1951, Pas. 1951, I, 700 ; Cass. 20 juin 1957, Pas. 1957, I, 1256 ; Cass. 27 juin 1963, Pas. 1963, I, 1131 ; Cass. 15 juin 1965, Pas. 1965, I, 1118).

N'étant pas d'ordre public, on aurait pu soutenir, sur base de la distinction entre les lois d'ordre public et les lois impératives, faite par la Cour de cassation depuis son arrêt du 9 décembre 1948 (Pas. 1948, I, 699), que les dispositions relatives à la preuve étaient néanmoins impératives, à défaut d'être d'ordre public.

La Cour de cassation a précisé sa position à cet égard en considérant que les articles 1315, 1322, 1331, 1341, 1347, 1349 et 1353 dont la violation était invoquée devant elle, sont des "dispositions légales qui ne sont ni impératives, ni d'ordre public" (Cass. 22 mars 1971, *Rev. 1973*, I, 1395 ; dans I - *Ann. Inst. I* - *Rev. 1973*, I, 1392, I - *1973*, I - 3).

Nos plus éminents civilistes, notamment Jean DABIN (26) et Henri DE PAGE (27), ont rappelé que les parties peuvent convenir, même avant tout litige, que leurs opérations juridiques pourront être prouvées par toutes voies de droit; ce qu'elles peuvent aussi préciser. Elles ont donc la faculté d'écarter ainsi, l'application rigoureuse des articles 1341 et suivants du Code civil.

Une telle faculté devrait connaître un essor important dans le monde des affaires et dans la vie commerciale (28). Par le biais de conditions générales de vente ou d'entreprise acceptées contractuellement, elle pourrait permettre une application de l'article 25 du Code du commerce, et, notamment, la preuve par présomptions et par facture, à des non-commerçants.

De lege lata, il s'agit, semble-t-il, de la voie la plus sûre pour conférer une force probante suffisante aux nouveaux modes de rédaction, de reproduction et de conservation de documents.

DE LEGE FERENDA

Les modifications envisagées en Belgique, à propos du droit de la preuve en matière civile, sont restées très limitées (29). L'usage très répandu des techniques modernes ne peuvent guère de se contenter de l'avant-projet de loi du Ministère de la Justice (Cfr. supra, note 5).

(26) Note sous Cass. 30 janvier 1947, R.C.J.B., 1947, p. 237.

(27) Op. cit., t. III, n°s 736 et 737.

(28) Cfr. F. CHAMOUX, La preuve dans les affaires, op. cit. (note 2), p. 33 ; dans le même sens : R. VANDEPUTTE, De overeenkomst, Ed. Larcie 1977, p. 386 ; P. VAN OMME-SLAGHE, op. cit. (note 3), n° 123.

(29) Le développement considérable de l'usage des microfilms ne permet plus d'envisager, dans la pratique, l'institution de procédures accélérées, comme le proposait M. REHOS (La théorie des preuves accélérées, Revue de procédure 4, 1977, R. D. 1977, p. 100).

O'abord, il ne concerne que certains organismes financiers agréés, alors que l'usage des microfilms ou de l'informatique dépasse largement le monde bancaire.

En second lieu, la valeur probante reconnue aux microfilms serait soumise à des contraintes techniques particulièrement lourdes, si l'on considère le projet d'arrêté royal d'exécution.

Enfin, le projet confère aux reproductions, ainsi exécutées, la même foi qu'à l'original, en manière telle qu'on ne pourrait contester la copie qu'au moyen d'un autre écrit, et non par de simples présomptions pouvant mettre en cause sa conformité à l'original.

En droit comparé, on relève que quelques états tels que les Etats-Unis (Loi fédérale du 28 août 1951 complétant la section 1732 de l'article 28 du Code des E.U.), la Norvège (Décret royal du 27 novembre 1959), l'Allemagne (Loi du 2 août 1965 modifiant, notamment, le § 44 du Code de commerce) et, l'Italie (Loi n° 15 du 14 janvier 1968), ont intégré plus ou moins largement les microfilms et les photocopies dans leurs modes de preuve admissibles (30).

Mais, c'est la loi française du 12 juillet 1980 (cfr supra, note 6) qui nous intéresse le plus, en ce qu'elle modifie le Code Napoléon et se situe dans un contexte juridique particulièrement proche du nôtre.

Le législateur français fut sensible à deux objectifs: il souhaitait, d'une part, réadapter la règle de l'exigence d'un écrit, et, d'autre part, intégrer les nouveaux modes d'expression dans la hiérarchie des moyens de preuve admissibles (31). Les juristes Belges,

(30) Devant la carence de la plupart des états, le Conseil de l'Europe a chargé, en 1978, un comité d'experts d'examiner les possibilités d'une harmonisation des législations face aux procédés nouveaux de reprographie (cfr. Bull. d4Inf. sur les activités juridiques, février 1979, p. 14 et 15).

(31) J.O. Débats Parl. Sénat, Compte Rendu intégral du Sénat 1979, p. 808.

proches de la pratique des affaires, ne peuvent qu'être favorablement sensibilisés par de tels objectifs. Dans cette optique, les travaux préparatoires de la nouvelle loi française paraissent du plus grand intérêt.

I. L'exigence de l'écrit.

De plus en plus, on constate que "l'écrit tel qu'il est conçu habituellement, cède progressivement la place à des informations apparaissant sur d'autres supports que le papier traditionnel, des supports magnétiques, par exemple" (32).

Dès lors, et afin de permettre, dans un grand nombre de cas, la preuve par témoignages et présomptions - notamment, par des documents issus des techniques modernes -, le Sénat Français a décidé, en première lecture, de porter le seuil de l'article 1341 du Code civil à 10.000 N.F. (soit, environ 70.000 F.B.) en lieu et place des 50 N.F., devenus symboliques, à partir desquels la preuve écrite était antérieurement exigée.

Toutefois, en raison de l'importance des variations monétaires, le texte finalement adopté a laissé ce seuil en suspens. Celui-ci a été fixé à 5.000 N.F. par un décret du 15 juillet 1980.

II. Les nouveaux modes de preuve.

Le second objectif du législateur français était de donner une force probante propre aux copies modernes, photocopies et microfilms, dans tous les cas, même lorsque la preuve écrite est requise.

(32) J.O. Débats Parl. Assemblée Nat., Compte-rendu intégral du 24 juin 1980, p. 2189.

Deux critères de base, qui paraissent satisfaisants, ont été retenus. Pour avoir une force probante, la copie doit être FIDÈLE (il doit s'agir d'une "reproduction du contenu intégral et de la forme exacte du titre original") et DURABLE (il doit s'agir d'une "reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support") (33).

Trois options sont possibles pour déterminer la place de ces copies fidèles et durables, dans la hiérarchie des modes de preuve.

La première option, qui fut celle du Sénat Français, en première lecture (34), consiste à donner à une telle copie la même valeur qu'à l'original. Mais, dans ce cas, et compte tenu de la règle de l'article 1341 du Code civil selon laquelle on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes, une copie ne pourrait être contestée que par un autre écrit, et non par témoignages et présomptions.

Une seconde option, qui pourrait être retenue en Belgique de lege lata, est d'assimiler une copie fidèle et durable à un commencement de preuve par écrit. En théorie, cependant, la copie ne serait alors qu'un "adminicule" nécessitant une preuve complémentaire. (35)

La troisième option, qui fut retenue par le législateur français, consiste à prévoir une nouvelle exception à l'exigence de devoir produire l'original de l'acte, lorsque la preuve écrite est requise, en élargissant la portée de l'article 1348 du Code civil. Bien qu'on ait suggéré de limiter cette exception aux cas où

(33) Rapport au Sénat de M. M. RUOLOFF, Doc. Sénat n° 343 du 25 juin 1980, p. 7.

(34) J.O. Débats Parl. Sénat, Compte-rendu intégral du 16 mai 1979, p. 1314 et 1315.

(35) op. cit., p. 1313.

le créancier aurait "intérêt" à la destruction de l'original (36), les copies fidèles et durables ont finalement été admises comme exception, sans aucune restriction. Mais, n'étant pas assimilées à des écrits, ces copies peuvent être contestées par toutes voies de droit, y compris par témoignages et présomptions, ce qui semble établir un meilleur équilibre dans la hiérarchie des modes de preuve. La Belgique pourrait s'en inspirer utilement.

X X X X X