

HE 131
ADNIN

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

La preuve des actes juridiques
et les techniques nouvelles,

par Marcel FONTAINE

Doc. 87/1

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

Rapport présenté au Colloque
sur "La Preuve",
organisé à Louvain-la-Neuve
les 12 et 13 mars 1987.

1987-1988

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>I. LIMITES DU PROBLEME</u>	3
A. Actes inférieurs à 3.000 frs	3
B. Preuve commerciale	4
C. Conventions sur la preuve	4
<u>II. QUESTIONS FONDAMENTALES</u>	4
A. Notion d'écrit	5
1. Langage	6
2. Signes	6
3. Support	8
B. Origine de l'écrit	10
1. Signature	10
a) Comment s'identifier ?	11
b) Adhésion à l'acte	13
2. Commencement de preuve par écrit	16
C. Statut des copies	16
D. Impossibilité résultant des usages	18
<u>III. PANORAMA</u>	20
A. Photocopies	20
B. Microfilms	22
C. Télécopies	23
D. Télégrammes	25
E. Telex	25
F. Communications téléphoniques	26
G. Enregistrements sur magnétophones	27
H. Guichets bancaires automatiques	28
1. Retraits	30
a) Bande journal	30
b) Ticket	33
2. Dépôts	33
3. Quatre tempéraments	34
I. Terminaux points de vente	36
1. A l'égard de la banque	37
2. A l'égard du commerçant	37
J. Télématicque interactive	39
<u>CONCLUSION</u>	40

LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES ET LES TECHNIQUES NOUVELLES

La preuve des actes juridiques, en droit belge, repose toujours sur les fondements établis en 1566, par la célèbre Ordonnance de Moulins. L'ancienne règle "témoins passent lettres" fut alors complètement inversée, compte tenu de l'avènement d'une civilisation de l'écriture, que favorisaient notamment les progrès de l'enseignement. Le principe devint celui de la prééminence de la preuve écrite, témoignages et présomptions ne jouant plus qu'un rôle subsidiaire.

Ce système, perfectionné par l'Ordonnance civile de 1667, fut repris dans l'article 1341 du Code civil de 1804, qui reste la clef de voûte du système de la preuve légale applicable dans notre droit, au moins en matière civile. Un acte juridique d'une valeur supérieure à 3.000 frs doit se prouver par écrit, acte authentique ou acte sous seing privé. Un autre écrit est nécessaire pour prouver "contre ou outre" le contenu d'un écrit probatoire. Ces principes trouvent exception en matière commerciale, ainsi que dans les hypothèses couvertes par les articles 1347 et 1348.

Depuis que ces règles ont été inscrites dans le Code civil, une évolution technologique extraordinaire a provoqué l'apparition de nombreux procédés nouveaux de transmission, d'enregistrement et de reproduction des données.

En 1804, un contrat se concluait de vive voix entre personnes présentes, ou par échange de lettres. L'enregistrement de l'accord ne pouvait guère se faire que par sa transcription en termes écrits sur un support papier ; des copies ne pouvaient être établies que par la retranscription de l'original sur un autre support papier. De nombreuses innovations techniques ont depuis lors bouleversé cet état de choses. Des opérations juridiques peuvent à présent se conclure par télégramme, par téléphone, par télex, au moyen d'un guichet automatique, d'un

terminal point de vente ou de la télématique interactive. Des données sont enregistrées sur bande ou disque magnétique. Les documents ne sont plus recopiés par des scribes, ils sont photocopiés, microfilmés ou télécopiés.

Certaines de ces techniques sont déjà bien anciennes, comme le télégramme, le téléphone ou la photocopie. Elles ne sont "nouvelles" que par référence aux règles du Code civil. Leur régime juridique a déjà fait l'objet de nombreux commentaires et d'une certaine jurisprudence. Il reste néanmoins utile de les reprendre dans le présent exposé : toutes les difficultés ne sont pas aplanies en ce qui les concerne, et les analyses dont elles ont fait l'objet peuvent, mutatis mutandis, orienter les recherches sur les techniques plus récentes.

Ces innovations se heurtent principalement au principe de la prééminence de la preuve écrite, et aux conditions requises par le Code pour qu'un écrit constitue un acte probatoire au sens plein, acte sous seing privé ou acte authentique. L'usage des techniques en cause ouvre d'immenses possibilités sur le plan pratique, mais elles ne permettent guère l'établissement d'actes probatoires classiques.

Il tombe sous le sens qu'en matière de preuve, des textes dont l'origine remonte au XVI^{ème} siècle ne sont plus adaptés, et que d'importantes réformes sont souhaitables, si ce n'est une refonte complète. Dans un premier temps, on jouera cependant le jeu du droit positif ; les nouvelles techniques seront confrontées aux règles en vigueur. Celles-ci révéleront qu'elles ne sont pas sans une certaine souplesse, due tant aux exceptions qu'elles prévoient qu'à la providentielle imprécision des concepts de base.

Le problème sera d'abord circonscrit (I). Quelques questions fondamentales seront ensuite examinées (II), dont l'approfondissement facilitera l'examen systématique des différentes techniques (III), avant de formuler de brèves conclusions.

I. LIMITES DU PROBLEME

Les difficultés viennent de la rigidité du système légal, qui exige en principe un écrit signé pour tout acte juridique d'un montant supérieur à 3.000 frs. Si la preuve était libre, la loi confiant au juge le soin d'apprécier la qualité des preuves proposées par les parties, les nouvelles techniques ne rencontreraient pas les mêmes obstacles sur le plan probatoire (1).

Le système légal n'est cependant pas d'application généralisée. Il connaît d'importantes limites, qui circonscrivent les difficultés. La prééminence de la preuve écrite ne concerne pas les actes d'une valeur inférieure à 3.000 frs. La preuve est libre à l'encontre d'un défendeur commerçant. Le régime légal de la preuve est supplétif, et les conventions contraires sont possibles.

A. Le seuil au-delà duquel un acte juridique doit se prouver par écrit est fixé à 3.000 frs (art. 1341 du Code civil, modifié par la loi du 20 mars 1948). Certes, chacun déplore que ce montant n'ait plus été réadapté depuis près de 40 ans, et la grande majorité des actes juridiques susceptibles de donner lieu à l'intentement de poursuites revêt une valeur supérieure à cette somme devenue dérisoire. Il importe cependant de garder à l'esprit que le problème de preuve est grandement simplifié lorsque l'acte en cause n'atteint pas 3.000 frs, témoignages et présomptions étant alors admissibles d'emblée (2). De telles situations ne sont pas nécessairement exceptionnelles ; ainsi, de nombreuses opérations réglées par le recours à un terminal point de vente (achat d'essence, emplettes dans un magasin) n'atteignent pas cette somme (3).

(1) Tel est le cas dans un grand nombre de pays étrangers.

(2) On exceptera le cas où un écrit a quand même été établi, et où il s'agit de prouver contre ou outre cet écrit (art. 1341).

(3) B. AMORY et Y. POULLET, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique, Dr. de l'Informat., n° 5, 1985, p. 16.

B. L'article 1341 al. 2 fait exception pour "les choses relatives au commerce" (cfr. également l'article 25 du Code de commerce). La preuve est libre lorsqu'elle concerne un engagement de nature commerciale dans le chef de la personne à l'égard de laquelle la preuve est administrée. Cette exception est d'une portée considérable. Elle gouverne tous les aspects de la preuve lorsque la technique nouvelle a été utilisée dans une relation entre commerçants. Elle joue au bénéfice du particulier non-commerçant devant fournir une preuve contre un commerçant. En de telles hypothèses, il restera évidemment nécessaire de convaincre le juge, mais celui-ci ne sera plus lié par le système des articles 1341 al. 1, 1347 et 1348. Tout document constituant une présomption (comme tout témoignage) pourra être d'emblée pris en considération (4).

C. La plupart des règles légales en matière de preuve sont considérées comme supplétives, et il est permis de les écarter par une convention contraire (5). Bien des difficultés peuvent être prévenues par l'adoption entre parties de certaines clauses relatives à la preuve des opérations à venir en exécution du contrat. Le procédé suppose évidemment que le recours aux techniques en cause s'insère dans le cadre d'une relation préalablement établie entre parties ; c'est notamment le cas de l'usage de guichets automatiques par le client d'une banque. On aura l'occasion d'y revenir.

II. QUESTIONS FONDAMENTALES

Les problèmes de preuve liés à l'emploi de nouvelles techniques sont ainsi circonscrits. Le champ d'application du régime de la preuve légale n'en demeure pas moins important. La prééminence de la preuve écrite reste souvent la source d'importantes diffi-

(4) H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, 3ème éd., III, n° 887 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, 2ème éd., III, n° 37 ; X. DIEUX, La preuve en droit commercial belge, Rev. Dr. Comm., 1986, pp. 84-107.

(5) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 735-737 ; X. MALENGREAU, Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, Ann. Dr. Louv., 1981, pp. 117-118 et les références citées.

cultes. Avant d'entrer dans l'examen détaillé des différentes techniques, il est utile de porter la réflexion sur certaines questions fondamentales, qui se posent de manière répétitive dans toute cette problématique. Qu'est-ce qu'un écrit ? Comment en déterminer l'origine ? Quelle est la valeur des copies ? Comment apprécier l'impossibilité de se procurer une preuve écrite ?

A. Notion d'"écrit"

Le Code consacre une section entière à la preuve littérale (art. 1317-1340), mais les dispositions les plus importantes sur la preuve écrite se trouvent paradoxalement dans la section relative à la preuve testimoniale (notamment l'article 1341). La notion d' "écrit" n'est nulle part définie (6). Elle est cependant essentielle pour l'interprétation de l'article 1341 (bien que le terme "écrit" ne figure pas dans cette disposition, où il est question d' "acte"), et pour celle de l'article 1347: actes authentiques et actes sous seing privé sont des "écrits", et les "commencements de preuve par écrit", comme leur nom l'indique, en sont également (7).

En l'absence de définition légale, qu'est-ce qu'un "écrit" ? "Ecrit" se réfère évidemment à l'écriture, c'est-à-dire à l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support. L'écriture fixe la pensée et elle la conserve (avant l'écriture, c'est la préhistoire).

Quels langages, quels signes, quels supports ?

(6) Au silence de la loi correspond la discrétion de la doctrine, qui ne s'interroge guère sur la notion même d' "écrit" ou d' "écriture" (cfr. par exemple H. DE PAGE, op. cit., III, n° 742).

(7) Le Code cite d'autres types d'écrits, comme les copies (art. 1334-1336; cfr. infra), les livres de commerce (art. 1329-1330), les registres et papiers domestiques (art. 1331) et même les tailles (art. 1333).

1. Par "langage", on entend la "fonction d'expression de la pensée et de communication entre les hommes, mise en oeuvre par la parole ou par l'écriture" (Robert). Le langage, ce sont des mots et des phrases, un vocabulaire et une syntaxe. Le langage s'exprime par la parole, mais il peut aussi s'écrire. L'écriture est la représentation écrite du langage parlé. Les signes figurant sur le support doivent être la traduction d'un langage au sens ci-dessus pour mériter la dénomination d' "écriture". Un tableau de peinture, une gravure, une partition musicale ne sont en principe pas des écrits, même s'ils expriment des messages artistiques (8).

Mais la notion d' "écrit" n'est pas liée à l'usage d'une langue déterminée. Ce peut être la langue des parties, celle du pays, un dialecte, une langue étrangère, une langue morte, voire une langue secrète. Ces solutions sont admises sans discussion (9) (10).

2. Quels signes ? Il doit s'agir des signes par lesquels l'écriture traduit le langage. Ces signes seront ceux d'un alphabet, comme les alphabets romain, grec, cyrillique, arabe ou hébreu (voire même l'alphabet Braille (11)), mais ils peuvent évidemment être les signes syllabiques ou les idéogrammes utilisés pour transcrire certaines langues (par exemple le japonais ou le chinois). Un message sténographié est également "écrit", comme l'emploi d'initiales, de sigles ou d'abréviations.

(8) La partition peut évidemment s'accompagner de mentions "écrites", comme les indications de "tempi" ou de nuances ("allegro", "andante", etc...). Des écrits peuvent aussi figurer sur des toiles : cfr. le "Ceci n'est pas une pipe" de Magritte, ou les "bulles" des bandes dessinées de Lichtenstein.

(9) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 742.

(10) A ce niveau, il n'y aurait aucun obstacle à admettre comme écrit une communication établie en langue informatique.

(11) Par contre, la pratique de l' "alphabet" des sourds-muets ne constitue pas un "écrit", faute de support (pas plus que tout autre geste expressif).

Puisqu'un écrit peut être rédigé dans une langue morte, on doit aussi admettre les signes qui y correspondent, comme les hiéroglyphes égyptiens. Et pourquoi pas les idéogrammes dont l'usage se généralise, comme les signes conventionnels exprimant les idées de "sortie", "défense de fumer" ou "toilette messieurs" ? De tels signes traduisent des mots du langage au moins aussi clairement que leur expression en lettres de l'alphabet, puisqu'ils sont intelligibles quelle que soit la langue du lecteur, voire même par un illettré.

Puisqu'on admet l'usage d'une langue secrète, des cryptogrammes sont également des signes acceptables, tant que pour les initiés, ils expriment un message en mots. Il peut s'agir de signes empruntés à une autre écriture (on transcrit par exemple un texte français dans un alphabet exotique), ou de signes inédits convenus entre les parties. Ici également, des représentations imagées devraient être admises ; un rébus, par exemple, n'exprime-t-il pas un message traduisible en mots ?

A ce stade, on peut être tenté d'admettre que des messages enregistrés sur pistes magnétiques constituent aussi une représentation conventionnelle de termes du langage. Mais les signes ne doivent-ils pas être visibles pour constituer une écriture ? N'est-il pas requis qu'on puisse en prendre une connaissance directe par les yeux ?

Ici encore, la loi ne doit rien, et l'interprète propose. Certes, les messages écrits sont habituellement visibles. Mais alors qu'on admet les cryptogrammes, peut-on refuser la qualité d'écrit à un message tracé à l'encre sympathique ? Le recours à un traitement spécial sera nécessaire pour faire apparaître l'écriture, mais est-ce très différent de l'opération de traduction requise pour rendre intelligible un message écrit dans une langue étrangère ? Si l'on reconnaît la qualité d'écrit à un ensemble de signes non directement compréhensibles, où serait la logique d'une exigence selon laquelle les signes devraient

être visibles ? Pourvu qu'il existe un procédé susceptible de faire apparaître le sens des signes inconnus ou cachés, de tels signes peuvent contribuer à la confection d'un "écrit". Et la piste magnétique peut être lue par un procédé approprié, de manière à ce que son message apparaisse en clair.

Une objection viendrait-elle de la technique particulière utilisée pour inscrire le message sur la piste magnétique ? Il ne le semble pas. Lorsqu'elle se prononce sur les modes d'inscription du message, la doctrine n'émet aucune réserve. Il est admis qu'un écrit peut être tracé à l'encre, au crayon, manuscrit, dactylographié, imprimé, photographié, etc... (12). Le mode de fixation sur le support est différent.

3. Un écrit, enfin, a besoin d'un support qui le fixe. La parole en soi n'est évidemment pas un écrit ; un geste non plus. Mais quel peut être ce support ? Il n'y a pas que le papier ordinaire. Des documents sont photographiés sur films et papiers photosensibles. Des messages sont portés à la connaissance du public par des écrits sur bois, sur métal (pancartes, panneaux), sur verre (le commerçant qui fait peindre sur sa vitrine l'annonce d'une offre spéciale) ou sur tissu (la publicité aérienne par fanions). Les amoureux écrivent leurs noms sur l'écorce des arbres, sur le sable de la plage. Et sans remonter aux Tables de la Loi (Exode, 31-18), le Code d'Hammourabi, gravé sur pierre, n'est-il pas incontestablement un "écrit" ?

Tout support qui permet de fixer les signes de l'écriture est a priori acceptable. Rien n'empêche donc de considérer comme écrit des messages enregistrés sur de nouveaux supports tels qu'une bande ou un disque magnétiques (13) ou l'écran d'un terminal.

(12) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 777.

(13) Dans ce sens, à propos de l'enregistrement magnétique de la voix humaine, cfr. R. ABRAHAMS, La preuve civile par magnétophone, Journ. Trib., 1963, p. 585 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, Traité de Droit civil, Introduction générale, I, 2ème éd., n° 603 ; Dijon, 29 juin 1955, Dall., 1955, 583.

Certes, tous ces supports ne sont pas également durables. Scripta manent, mais l'inscription sur le sable part avec le vent ou la marée haute. Le papier non plus n'est certainement pas le support le plus durable, si l'on s'attache à ce critère. Par contre, le Code d'Hammourabi, gravé il y a près de quatre millénaires, est toujours exposé au Louvre.

L'exigence de durabilité répond à des préoccupations d'ordre pratique, mais elle est relative. Pour jouer son rôle probatoire, un écrit ne doit pas être fugitif, il ne doit pas non plus être éternel. Si le législateur veut organiser les procédés de preuve, il encouragera utilement l'emploi de supports d'une durée de conservation raisonnable, peut-être liée aux délais de prescription. Mais là où la preuve est libre, un support éphémère est parfaitement acceptable, s'il existe toujours au moment du litige.

✱

✱

✱

Trois conditions sont ainsi nécessaires pour qu'il y ait écrit, mais elles peuvent s'interpréter largement. Il faut qu'il s'agisse de l'expression d'un langage (mots et phrases), que cette expression se fasse par des signes connus ou traduisibles et que le message s'inscrive sur un support qui le fixe. Mais peu important le langage utilisé, les signes employés ou le support choisi.

Cette interprétation extensive s'autorise de l'absence de définition légale de l'écrit. Peut-on cependant ajouter qu'elle trouve un argument dans le Code civil lui-même, qui n'hésite pas à qualifier les "tailles" de preuves littérales (l'article 1333 constitue le § 3 de la section consacrée à la preuve lit-

térale) (14) ? Pour le législateur de 1804, des côches tracées de manière correspondante sur deux morceaux de bois pour indiquer le nombre de fournitures constituaient donc un écrit. Conception pour le moins libérale des exigences quant au langage, quant aux signes, quant au support. Belle revanche pour ce procédé archaïque de preuve, qui a fait sourire bien des commentateurs, et qui vient à présent fournir un argument à l'admissibilité d'instruments probatoires issus des techniques les plus modernes !

B. Origine de l'écrit

La valeur probatoire d'un écrit est évidemment liée à la détermination de son origine, de son auteur. Cet aspect apparaît en évidence, dans la notion même d'acte sous "seing privé", qui se réfère à l'apposition d'une "signature", ainsi que dans le concept de "commencement de preuve par écrit", document qui doit être "émané de celui contre lequel la demande est formée" (art. 1347).

1. La signature est un élément essentiel de l'acte sous seing privé (15).

Qu'est-ce qu'une signature ? Autant que la notion d'écrit, le concept de signature s'avère rebelle à toute définition précise. D'un point de vue fonctionnel, on admettra sans doute généralement qu'une signature est une manière personnelle de s'identifier, afin d'exprimer une adhésion.

Cette définition a le mérite de souligner les deux fonctions de la signature. Il ne s'agit pas seulement de s'identifier, mais aussi d'affirmer son consentement (16).

(14) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 830.

(15) Ibid., n° 777 B.

(16) D. LAMETHE, Réflexions sur la signature, Gaz. Pal., 1976, doct., p. 74; M. VAN QUICKENBORNE, Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé, note sous Cass., 28 juin 1982, Rev. Crit. Jur. B., 1985, pp. 67-71.

a) Comment s'identifier ? La signature classique consiste en une manière personnelle d'écrire son nom. Ce nom ne doit pas être le nom "complet et officiel" du signataire (17). Le nom patronymique peut suffire, sans être accompagné du ou des prénoms, abrégés ou non. Mais on n'admet pas que la signature soit réduite aux seules initiales ; un paraphe n'est pas une signature (18). Par ailleurs, pour la doctrine dominante, ce doit être le nom (19), à l'exclusion de toute autre marque d'identification, telle qu'un dessin ou un sceau (20)(21). Ce nom, cependant, doit être écrit sous la forme d'un graphisme "personnel" (22), manière "habituelle" pour le signataire de se révéler aux tiers (23).

Ces exigences ne sont pas légales ; elles sont exprimées à partir d'une réflexion sur les caractéristiques de la signature manuscrite généralement utilisée dans nos régions. Elles ne sont cependant pas convaincantes.

En particulier, l'exigence d'un graphisme "personnel". Ainsi, qu'en est-il de la pratique en usage en d'autres pays, par exemple aux Etats-Unis, de calligraphier une signature de la manière la plus lisible ? Faut-il rejeter cette manière de

(17) M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 72.

(18) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 777 et 780bis ; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 73.

(19) Au sujet des problèmes posés par des signatures au nom de "Maman", "Tante Pauline", "Ernest", etc..., cfr. M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., pp. 73 et suiv.

(20) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 744 ; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 72.. ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 622.

(21) A fortiori, une croix ne remplace pas une signature (H. DE PAGE, op. cit., III, n° 780).

(22) M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 81.

(23) Cass., 7 janvier 1955, Ann. Not., 1955, 307 ; cfr. M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., pp. 73-80 ; J.P. BUYLE, La carte de banque à pistes magnétiques, Rev. Banque, 1984, p. 663.

souscrire ? D'autre part, on sait que cette façon qui est la nôtre de "personnaliser" sa signature conduit à une prolifération de graphismes reconnaissables certes, mais absolument illisibles : quel est encore le sens de l'autre exigence selon laquelle la signature doit reproduire un nom patronymique, et ne peut consister en un paraphe ni en un autre signe d'identification ?

Quant au caractère "habituel" de la signature, il se heurte à la pratique reconnue selon laquelle chacun a le droit de changer de signature ; certaines personnes, en outre, n'ont pas l'habitude de signer quoi que ce soit (24). Certes, le caractère habituel du signe facilitera la validation d'une signature contestée, mais on ne peut en faire un élément de la définition. La jurisprudence française s'en abstient (25).

La signature doit être un signe qui permette l'identification de son auteur. Cette fonction essentielle peut être certainement remplie par d'autres procédés que la tracé d'un graphisme "personnel" souvent illisible. Nous songeons évidemment aux signatures par codes chiffrés, ainsi qu'à d'autres procédés dont la technique s'élabore, telles que les signatures biométriques ; celles-ci comprennent notamment, outre les classiques empreintes digitales, la reconnaissance de la voix, et la reconnaissance "dynamique" de la signature (26).

Certes, une forme d'identification doit présenter une suffisante sécurité pour servir à des fins probatoires. Mais à cet

(24) M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., pp. 75-76.

(25) Ibid., pp. 77-78 ; Cass. fr., 24 juin 1952, Rev. Trim. Dr. Civ., 1952, 531, note R. SAVATIER.

(26) Cfr. B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 17 ; D. SYX, Vers de nouvelles formes de signature, Dr. de l'Informat., 1986, pp. 143-144 ; A. BELAÏD et J.P. HATON, La reconnaissance de l'écriture, et J. MARIANI, La reconnaissance de la parole, dans La recherche en intelligence artificielle, Ed. Seuil, 1987, pp. 99-117 et 119-147. L'identification par la reconnaissance dynamique de la signature consiste à analyser non le graphisme lui-même, mais la manière dont il est tracé (vitesse, mouvements, pression sur la plume, etc...).

égard, la signature manuscrite traditionnelle n'a qu'une valeur très relative, compte tenu de la facilité avec laquelle elle peut être contrefaite. Le droit en vigueur permet d'ailleurs de désavouer ou de ne pas reconnaître une signature (art. 1323 du Code civil) ; il organise une procédure de vérification des écritures (art. 1324 du Code civil, art. 883 - 894 du Code judiciaire)(27). Quant au destinataire d'un message signé en provenance d'une personne qu'il ne connaît pas, la signature traditionnelle ne présente pour lui aucune garantie d'identification ; l'inconvénient est particulièrement sensible dans le commerce international (28). Au contraire, bien que tout risque ne soit pas exclu, les procédés modernes d'identification présentent un degré de fiabilité beaucoup plus élevé (29).

b) Il ne suffit cependant pas que le signe permette l'identification de son auteur. Encore faut-il, pour qu'il constitue une véritable signature, qu'il exprime l'adhésion à l'acte concerné.

A cet égard, à propos de la signature classique, on exige d'abord qu'elle soit manuscrite (30). Une signature apposée par griffe, ou imprimée, ne présenterait pas les mêmes garanties (31). Le tracé manuel de la signature est un acte conscient et personnel, qui seul pourrait manifester à coup sûr le consentement du signataire.

Par ailleurs, la signature devrait être apposée sur le document lui-même pour que ce document puisse prétendre à la qualité

(27) Pour un développement plus détaillé concernant la relative crédibilité de la signature traditionnelle, cfr. D. SYX, op. cit., pp. 136-137.

(28) Cfr. CNUDCI, doc. A/CN.9/265 (21 février 1985), p. 17, n° 55.

(29) Ibid., p. 17, n° 56 et 57 ; D. SYX, op. cit., p. 137, ainsi que les considérations des pp. 139-143 au sujet des progrès de la cryptographie.

(30) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 744 et 777 ; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., pp. 83 - 89 ; J.P. BUYLE, op. cit., p. 663.

(31) L. BEAUPAIN, Signature à la griffe, Journ. Trib., 1967, 4 ; H. DE PAGE, op. cit., III, n° 778 ; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., pp. 85 - 89. En jurisprudence, cfr. notamment Cass., 24 février 1910, Pas., 1910, I, 241.

d'acte sous seing privé. Pour la Cour de cassation, un écrit portant une signature obtenue au moyen d'un papier carbone ne peut être considéré comme un original (32). On estime même que sur le document, la signature doit occuper une place significative, être par exemple détachée du corps du texte, et formée au bas de l'écrit, façon habituelle de donner au graphisme ainsi tracé sa portée particulière (33).

Qu'en matière d'actes juridiques, une signature doive non seulement identifier, mais encore exprimer l'adhésion du signataire, constitue certainement une exigence essentielle. Apposé au verso d'une enveloppe, le nom de l'expéditeur n'est pas une signature. Cet aspect doit être gardé à l'esprit. Une marque permettant d'identifier à coup sûr son auteur ne vaut pas signature si elle n'établit pas de manière aussi indiscutable la manifestation d'un consentement ; ainsi, une empreinte digitale relevée sur un document ne peut-elle, en principe, être assimilée à une signature (34).

Mais les conditions qui viennent d'être décrites pour que cette exigence soit considérée comme satisfaisante ont été formulées à propos de signatures classiques, relatives à des écrits traditionnels. Même dans ce contexte, elles suscitent d'ailleurs des difficultés. Ainsi, en ce qui concerne l'exigence d'une signature manuscrite, on connaît l'impossibilité pratique rencontrée à propos des actes produits en grand nombre, où l'usage de griffes et de signatures imprimées est inévitable. Le législateur l'a parfois reconnu (35).

(32) Cass., 28 juin 1982, Rev. Crit. Jur. B., 1985, 57, note M. VAN QUICKENBORNE.

(33) J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 622 ; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 81. Cfr. la formule : "je, soussigné, ...".

(34) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 779 ; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 85.

(35) Cfr. notamment les art. 44, 89 et 109 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Si l'on accueille d'autres modes d'identification, on doit admettre parallèlement les procédés de manifestation du consentement qui peuvent leur être associés. Une empreinte digitale qui ne résulterait pas d'une simple manipulation du document, mais de la pression consciente du doigt en un endroit qui serait spécialement prévu aux fins d'approbation, remplirait parfaitement ce rôle. L'usage d'une commande particulière du terminal, en réponse à la présentation du contenu de l'acte, peut s'associer au code chiffré pour constituer une signature satisfaisant à la double fonction requise. Il existe même des procédés de signature électronique dont le contenu est déterminé par le contenu du message à signer, ce qui les rend bien plus fiables que les signatures traditionnelles quant à la manifestation de l'adhésion (36).

* *

*

La conception étroite de la signature, élaborée autour de la signature manuscrite, suscite un certain nombre de problèmes et d'interrogations, et ce procédé d'identification et d'appropriation est par ailleurs peu fiable. Cette conception ne présente certainement pas des vertus telles qu'elle vaudrait d'être défendue à l'encontre de l'emploi de nouvelles techniques. L'essentiel est de disposer de moyens sûrs d'identification du signataire et de vérification de son intention d'adhérer à l'acte ; sur ces bases, de nouvelles formes de signatures peuvent être acceptées, souvent plus fiables que le graphisme manuscrit traditionnel.

(36) D. SYX, op. cit., p. 143, à propos de la signature "Trasec", qui sera bientôt utilisée dans les rapports entre établissements financiers belges.

2. Un commencement de preuve par écrit doit être émané de celui contre lequel la demande est formée. Cette exigence quant à l'origine du document est moins rigoureuse. Le commencement de preuve par écrit doit provenir du défendeur (37), mais il ne doit pas être signé par lui. L'origine reste à identifier, mais il n'est pas requis de trouver ici cette marque particulière qui exprime le consentement. Il suffira, à cet égard, que le document rende "vraisemblable" le fait allégué (art. 1347) ; la preuve complète ne sera d'ailleurs établie qu'avec l'appoint d'éléments supplémentaires (38).

Les développements qui précèdent concernant les notions d'écrit et de signature permettent également d'élargir l'interprétation du concept de commencement de preuve par écrit. On accueillera notamment les nouvelles techniques d'identification évoquées plus haut (codes chiffrés, signatures biométriques, etc...) pour déterminer l'origine du document, sans devoir ici se soucier de rechercher une manifestation spécifique d'adhésion. Il n'est d'ailleurs même pas nécessaire de déceler sur le document une marque particulière d'identification ; il suffit d'établir que le défendeur en est l'auteur matériel ou intellectuel (39).

C. Statut des copies

D'après une définition classique, une copie de titre est la "transcription littérale d'un acte, faite d'après l'original" (40). De nombreux actes font l'objet de photocopies, de micro-films ou de télécopies, et ceci justifie que l'on examine de plus près la valeur juridique des copies dans notre droit.

(37) On admet également que le document puisse provenir d'un tiers, s'il s'avère que la partie contre laquelle la demande est formée se l'est approprié (H. DE PAGE, op. cit., III, n° 894 B).

(38) Sur le régime de l'article 1347 en général, cfr. H. DE PAGE, op. cit., III, n° 890 - 898.

(39) J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 603.

(40) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 832.

La règle de principe est énoncée à l'article 1334 du Code civil : "Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée" (41).

Est-ce à dire que les copies d'actes sous seing privé sont dépourvues de toute valeur probante, comme on l'affirme parfois (42) ? Sans suivre une certaine doctrine qui au contraire, voudrait donner pleine foi aux copies (43), on doit leur reconnaître une réelle utilité sur le plan probatoire. La règle de l'article 1334 implique en effet que la copie fait foi tant qu'elle n'est pas contestée, et que la production de l'original n'est pas réclamée ; le juge, par ailleurs, ne peut ordonner d'office cette production (44). Les praticiens n'ignorent pas que les dossiers comportent de très nombreuses photocopies dont la valeur probatoire est tacitement reconnue, attitude qui fait perdre le droit d'exiger l'original (45). La copie possède donc une valeur probatoire de fait, susceptible de devenir de droit en cas d'absence de contestation.

Si cette valeur n'est pas reconnue, la copie pourra souvent constituer un commencement de preuve par écrit, s'il est loisible d'identifier son origine (46), par exemple par l'analyse de l'écriture ou de la signature, ou par tout autre procédé approprié. Elle ouvrira dès lors le recours à d'autres modes de preuve complémentaires.

(41) Il a été démontré, de manière décisive à notre avis, que cette règle concerne autant les actes sous seing privé que les actes authentiques : X. MALENGREAU, Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, Ann. Dr., 1981, pp. 111 - 113.

(42) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 833 A.

(43) X. MALENGREAU, op. cit., pp. 113 - 114.

(44) J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 643 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, Bewijsrecht en technologische evolutie. Enkele overwegingen, dans Recht en technologie, p. 152. Comp. Civ. Namur, 17 févr. 1978, Rev. Rég. Dr., 1978, 482 et la note R. GRANDMOULIN.

(45) Cfr. notamment, Cass. fr., 21 avril 1959, Dall., 1959, 521, note Ph. MALAURIE.; cass. 21 févr. 1964, Pas., 1964, I, 664.

(46) X. MALENGREAU, op. cit., pp. 114 - 115 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 154 ; contra, M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 99.

Enfin, une copie revêtira éventuellement la portée d'une présomption, à défaut de pouvoir jouer l'un des rôles qui viennent d'être évoqués (47).

D. Impossibilité résultant des usages

L'article 1348 du Code civil ouvre la preuve par toutes voies de droit lorsqu'il n'a pas été possible de se procurer un écrit ou lorsque l'écrit initialement établi a été perdu par cas fortuit (48).

L'impossibilité peut être matérielle (convention conclue dans des circonstances exceptionnelles, comme un naufrage) ou morale (cas où il ne serait pas séant de proposer la confection d'un acte probatoire). Elle peut également résulter des usages, admis lorsqu'il existe des difficultés pratiques à confectionner un écrit. Cette dernière solution, progressivement dégagée par la jurisprudence, est consacrée par la doctrine contemporaine (49).

Certains exemples sont classiques. Il n'est pas d'usage, car la chose serait impraticable, de rédiger un acte probatoire en bonne et due forme (respectant éventuellement la formalité du double) lorsque, pour des sommes supérieures à 3.000 frs, l'on commande un repas au restaurant, lorsque l'on achète des billets pour un spectacle, lorsque l'on remet des vêtements à la blanchisserie ou au vestiaire, lorsque l'on confie sa voiture à un parc de stationnement, lorsque l'on achète un billet de chemin de fer ou d'avion. Tout au plus, dans certains cas, reçoit-on un ticket imprimé, voire un simple numéro. En de telles hypo-

(47) J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, 2ème éd., III, n° 53 ; X. MALENGREAU, op. cit., p. 115 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 154 ; Cass., 8 mai 1980, Pas., 1980, I, 1111.

(48) Sur ce texte en général, cfr. H. DE PAGE, op. cit., III, n° 899 - 945 ; Ph. MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, Jur. Cl. Pér., 1972, I, n° 2468.

(49) H. DE PAGE, op. cit., III, n° 905 ; Ph. MALINVAUD, op. cit., n° 14 - 16 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 606.

thèses, il est admis que la preuve du contrat puisse se faire sans acte écrit. Témoignages et présomptions sont d'emblée admissibles, le ticket pouvant d'ailleurs constituer lui-même une telle présomption (50).

Cette interprétation souple de l'impossibilité au sens de l'article 1348 présente le plus grand intérêt pour notre sujet. Si l'on admet qu'un billet de chemin de fer puisse ne pas être signé en raison des énormes difficultés pratiques qui en résulteraient, le même raisonnement peut certainement s'appliquer aux contrats conclus à distance par télégramme ou télex, par l'intermédiaire d'un guichet automatique ou d'un terminal. En ces matières, des usages se sont le plus souvent instaurés, pour des raisons pratiques aussi évidentes qu'impérieuses, de ne pas faire suivre l'opération de l'établissement d'un acte sous seing privé classique (51). Plusieurs avis se sont exprimés en ce sens (52).

Un auteur estime cependant inappropriée cette façon d'écarter l'article 1341 pour les mouvements électroniques de fonds, car elle "néglige l'existence de supports d'information écrits qui présentent des caractéristiques telles qu'elles joueront toujours un rôle déterminant dans l'administration et dans l'appréciation de la preuve par le juge" (53). En d'autres termes, des écrits existent, et il n'est pas adéquat de tenter d'établir l'impossibilité de dresser un écrit.

(50) Le ticket non signé semble même considéré comme un acte en soi par DE PAGE (op. cit., III, n° 787 B). Pareil ticket pourrait aussi être qualifié de commencement de preuve par écrit, dans bien des cas, mais avec moins d'utilité : il ne jouerait ce rôle qu'à l'égard de son émetteur, et il devrait nécessairement être accompagné d'autres éléments de preuve.

(51) Quant à l'application de ce raisonnement aux contrats conclus par téléphone, comp. H. DE PAGE, op. cit., III, n° 904 C et Ph. MALINVAUD, op. cit., n° 13.

(52) X. MALENGREAU, op. cit., p. 116 ; J.P. BUYLE, La carte de paiement électronique, dans La banque dans la vie quotidienne, 1985, pp. 470-471 ; B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 17 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 158.

(53) D. SYX, Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, p. 80.

Dans l'interprétation large que nous avons proposée des notions d'écrit et de signature, il est vrai que de nombreux documents produits par les techniques nouvelles pourront se voir reconnaître la qualité d'acte écrit. Mais ce ne sera pas toujours le cas. A la recherche de moyens d'adapter notre droit de la preuve à ces techniques nouvelles, on ne peut encore se permettre de rejeter la ressource offerte par cette interprétation de l'article 1348.

III. PANORAMA

L'analyse qui s'achève révèle les imprécisions et les incertitudes du régime légal de la preuve en ce qui concerne certains de ses concepts les plus fondamentaux. L'interprète peut en tirer parti pour préconiser des solutions extensives permettant d'accueillir les nouvelles techniques dans les cadres traditionnels. Des conceptions larges des notions d'écrit et de signature, un recours extensif à la notion de commencement de preuve par écrit, la reconnaissance d'un certain rôle probatoire aux copies, l'exploitation du concept d'impossibilité résultant des usages fournissent les moyens nécessaires.

Les principales techniques nouvelles vont être passées en revue, et l'on tentera de les insérer dans cette interprétation extensive du droit positif de la preuve.

A. Photocopies

Une photocopie est la copie photographique d'un document. Si ce document est un original, quelle est la valeur probatoire de sa photocopie ?

Qu'une copie soit réalisée par transcription, papier carbone ou photographie, elle reste une copie. En principe, la photocopie revêt la valeur juridique d'une copie (54) (55).

Certes, on évoque les risques de falsification. Une photocopie peut tronquer le document qu'elle reproduit, ou résulter d'un montage entre plusieurs documents. Mais les autres modes de copie présentent des risques au moins aussi élevés. Celui qui recopie un document à la main ou à la machine falsifie encore plus facilement ce qu'il reproduit. Une copie carbone peut être le calque d'un document fabriqué de toutes pièces. Ces risques justifient depuis toujours la portée juridique restreinte reconnue aux copies. Il n'y a pas de raison de se montrer plus méfiant encore à l'égard des photocopies.

En tant que copie, la photocopie revêt la valeur probatoire relative évoquée plus haut. L'article 1334 du Code civil permet d'exiger la représentation de l'original, mais en pratique, il y est souvent renoncé de manière expresse ou tacite. On a rappelé à quel point les dossiers contiennent de nombreux documents photocopiés non contestés. Cet aspect ne peut être sous-estimé (56).

Lorsque la valeur probatoire de la photocopie est mise en cause, elle est cependant susceptible de constituer un commencement de preuve par écrit, ouvrant ainsi la porte à l'introduction de preuves complémentaires. Il s'agit en effet d'un écrit, qui peut rendre vraisemblable le fait allégué. Le point délicat est de déterminer s'il émane de celui contre lequel la preuve doit être rapportée. Sous réserve de l'appréciation par le juge du risque de falsification, la chose peut être admise, l'origine considérée étant non celle de la photocopie elle-même, mais du

(54) Cfr. Mons, 20 mars 1984, Rev. Rég. Dr., 1984, 173.

(55) On distinguera évidemment le cas où la photocopie est elle-même signée, ce qui lui confère la qualité d'original.

(56) F. CHAMOUX, Le microfilm au regard du droit des affaires, Jur. Cl. Pér., 1975, I, 2725; cass. 21 févr. 1964, Pas., 1964, I, 664.

document qu'elle reproduit (57). La preuve de cette origine est d'ailleurs plus facile pour une photocopie que pour une copie par retranscription, puisque la photocopie reproduit identiquement l'original, le cas échéant revêtu d'une signature.

Enfin, à titre subsidiaire, la photocopie, comme toute copie, peut avoir la portée d'une simple présomption (58).

Par ailleurs, en droit positif belge, la photocopie revêt parfois pleine valeur probatoire. Ainsi, la loi du 2 mai 1956 sur l'Office des chèques postaux et l'A.R. n° 44 du 24 octobre 1967 relatif à la C.G.E.R. prévoient-ils que les photocopies établies par ces organismes ou sous leur contrôle font foi comme les originaux (59) (60).

B. Microfilms

Comme les photocopies, les microfilms sont des photographies de documents. La différence principale est qu'il s'agit de photographies en réduction, dont l'utilité est de faciliter le stockage ; le support est également particulier.

Des principes analogues régissent microfilms et photocopies. Les microfilms sont des copies (et les documents au format normal que l'on tire de microfilms sont donc des copies de

(57) J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 643 ; X. MALENGREAU, op. cit., p. 115 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 154.

(58) J. VAN RYN et J. HEENEN, op. cit., III, n° 53 ; X. MALENGREAU, op. cit., p. 115 ; Bruxelles, 14 février 1968, Pas., 1968, II, 148 ; Cass., 8 mai 1980, Pas., 1980, I, 111.

(59) Cfr. H. DE PAGE, op. cit., III, n° 837bis ; L. BEAUPAIN, Le droit de la preuve, Journ. Trib., 1968, pp. 543-544 ; X. MALENGREAU, op. cit., p. 110.

(60) Sur la valeur probatoire des films et photographies en général, cfr. L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., pp. 155-156.

copies). Les risques de falsification sont comparables (61). En tant que copies, les microfilms sont régis par l'article 1334 du Code civil ; ils peuvent donc présenter une valeur probatoire de fait, s'ils ne sont pas contestés. Ils sont souvent susceptibles de constituer des commencements de preuve par écrit, ou au moins d'avoir la portée de présomptions (62).

La loi du 2 mai 1956 (O.C.P.) et l'A.R. n° 44 du 24 octobre 1967 (C.G.E.R.) confèrent également valeur probatoire aux microfilms établis par ces organismes, de même que l'A.M. du 8 décembre 1977, art. 8, relatif au Lotto et l'A.M. du 29 septembre 1980, art. 26, relatif au Toto (63).

C. Télécopies

Un télécopieur transmet à distance, par ligne téléphonique, les documents qui lui sont confiés. L'instrument est d'une grande utilité : il permet de faire parvenir n'importe quel document dans le monde entier, en moins d'une minute par page.

Tel qu'elle est reçue par son destinataire, la télécopie présente à première vue les caractéristiques d'une photocopie, qui reproduit le document placé dans l'appareil de l'expéditeur. Elle porte cependant en plus des indications relatives au jour et à l'heure de réception, ainsi que le numéro et l'identité de l'expéditeur.

La télécopie revêt au moins la valeur d'une photocopie, telle qu'elle vient d'être décrite : valeur probatoire de fait, le cas échéant commencement de preuve par écrit ou présomption.

(61) Ou moindres, selon F. CHAMOUX, op. cit., qui évoque par ailleurs le cas spécial des microfilms "COM" (Computer output microfilms), considérés par elle comme de véritables originaux.

(62) X. MALENGREAU, op. cit., p. 115. Rappelons par ailleurs la valeur de "simple renseignement" d'une "copie de copie" (C. civ., art. 1335, 4°; cfr. H. DE PAGE, op. cit., III, n° 836).

(63) X. MALENGREAU, op. cit., p. 110 ; Q. et R., Ch., 1975-76, n° 50.

Les mentions relatives à la transmission invitent cependant à se demander si la télécopie ne pourrait avoir une portée probatoire plus intense. Lorsqu'il ne s'agit pas seulement de transmettre un document préexistant, mais que le télécopieur est utilisé en vue de conclure un acte juridique (le document transmis, par exemple, est la lettre d'acceptation d'une offre), la télécopie ne peut-elle valoir titre original ? Cette pratique risque de devenir fréquente, en raison de la rapidité et de la commodité du procédé, qui présente de nombreux avantages sur le télex.

La nature d'écrit de la télécopie ne pouvant être mise en doute, la question essentielle est celle de la signature. La signature manuscrite éventuellement reproduite sur le document télécopié n'est qu'une copie de signature. Mais qu'en est-il de l'identification de l'expéditeur imprimée sur la télécopie ? L'indication du numéro de l'expéditeur, équivalant à un numéro de téléphone, ne suffit évidemment pas à identifier à lui seul l'expéditeur ; il est possible que le télécopieur d'origine ait été utilisé par un tiers. Mais la technique permet d'assurer la confidentialité des communications par l'usage de codes de part et d'autre. Seul le destinataire pourra recevoir la télécopie, et il peut être certain que l'expéditeur était le détenteur du code. Certes, le code peut avoir été surpris et utilisé abusivement par un tiers, mais cet événement risque d'être moins fréquent que l'imitation d'une signature manuscrite. Le document reçu est ainsi "signé" par son expéditeur. Cette signature l'identifie. Il est vrai que cette "signature" est invisible, car le code de l'expéditeur n'apparaît pas sur la télécopie ; mais son utilisation est certaine, puisque seul l'usage conjugué des deux codes a permis la transmission du message.

D'autre part, selon la nature du document transmis (par exemple, s'il s'agit d'une commande), son envoi sous le couvert de la protection du code semble pouvoir être considéré comme l'expression de l'adhésion au contenu du message. Ce mode de "signature" remplit donc ses deux fonctions par la combinaison du

code et de la pression de la touche d'envoi, en pleine conscience de la nature du document expédié et de l'identification particulière qu'on lui a attachée.

D. Télégrammes

Le télégramme reçu par son destinataire est un écrit, mais ce n'est qu'une copie établie par la R.T.T. à partir du message reçu. Le texte original, remis par l'expéditeur au bureau d'envoi, ne semble pas être lui-même un acte, car les formulaires utilisés en Belgique ne requièrent pas l'apposition d'une véritable signature (64). Cet original est cependant susceptible de constituer un commencement de preuve par écrit; encore faut-il que le destinataire parvienne à se le faire communiquer en cas de besoin, et que l'auteur du message puisse être certainement identifié, ce qui sera souvent problématique: la R.T.T. ne réclame aucune justification d'identité à l'expéditeur d'un télégramme.

Le télégramme lui-même n'est donc qu'une copie, dont le rôle probatoire n'est cependant pas à négliger en l'absence de contestation. Cette copie pourrait aussi valoir commencement de preuve par écrit à la double condition de pouvoir rapprocher le télégramme et l'original et de déterminer l'origine de ce dernier document. En général, en cas de contestation, un télégramme ne fournira qu'une présomption (65).

E. Telex

Le telex reçu par son destinataire est également un document écrit, mais il ne s'agit pas non plus d'un acte, faute de

(64) Pour H. DE PAGE, op. cit., III, n° 851, l'original ferait foi comme une lettre missive, mais pour cet auteur, l'original est signé par l'expéditeur ; telle ne semble cependant pas être la pratique.

(65) J. VAN RYN et J. HEENEN, op. cit., III, n° 53 (Ces auteurs ne reconnaissent cependant au télégramme la valeur d'une présomption que si l'expéditeur a confirmé le message par lettre ; quelle est alors encore l'utilité probatoire du télégramme ?).

signature (66). En effet, la mention du numéro de telex d'origine du message ne constitue pas une identification suffisante de l'expéditeur, pas plus que celle du numéro téléphonique d'un télécopieur. L'appareil d'origine est identifié, mais non l'expéditeur du message ; le message peut avoir été utilisé par un tiers.

Le document n'est pas non plus une copie, puisque le message reçu provient d'une première dactylographie au clavier de l'appareil émetteur (67). Ce sera difficilement un commencement de preuve par écrit, en raison de l'incertitude de son origine. Mais le telex jouera éventuellement le rôle d'une présomption (68).

F. Communications téléphoniques

Le message téléphonique est évoqué ici, afin de ne pas laisser dans l'ombre le mode de télécommunication qui reste le plus fréquent, et qui sert couramment à la conclusion d'actes juridiques. Sur le plan probatoire, cependant, une conversation téléphonique ne laisse aucune trace en soi. Tout au plus est-il possible de déterminer a posteriori qu'une communication a été échangée de tel poste à tel poste à tel moment, sur base des relevés de la R.T.T. Cette indication peut tout au plus valoir présomption.

La communication téléphonique peut évidemment être enregistrée, ou se faire devant témoins. Mais dans ce cas, le problème de preuve se pose à propos de l'enregistrement ou du témoignage.

(66) X. MALENGREAU, op. cit., pp. 115-116 ; B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 16.

(67) X. MALENGREAU, ibid. ; contra, L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 154.

(68) X. MALENGREAU, ibid. ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 155.

G. Enregistrements sur magnétophones

Les sons, et spécialement la voix humaine, peuvent être enregistrés sur la bande d'un magnétophone. La portée probatoire de tels enregistrements a donné lieu à d'importants développements dans différentes branches du droit, notamment en droit de la famille et en droit pénal. Le procédé suscite en outre des problèmes de licéité et de protection de la vie privée (69). Nous nous bornerons aux aspects probatoires relatifs aux actes juridiques, en supposant que la licéité de l'enregistrement invoqué ne soit pas mise en cause.

Quelle est la valeur probatoire d'un enregistrement sur magnétophone, lorsqu'il paraît révéler la conclusion d'un acte juridique ? Une conversation, directe ou téléphonique, a été enregistrée, et telle partie semble bien avoir contracté l'engagement qu'elle conteste.

Une interprétation extensive est possible. L'enregistrement sur bande magnétique, on l'a vu, peut être considéré comme un écrit. Il s'agit en effet de la fixation du langage sur un support, à l'aide de signes susceptibles d'être lus par un procédé approprié. Comme la voix peut être identifiée, de la même façon qu'une écriture traditionnelle, l'origine de l'enregistrement est susceptible d'être établi. Certes, on y trouvera rarement la marque distinctive du consentement que constitue une signature ordinaire (70), et l'on n'assimilera en principe pas un tel enregistrement à un acte sous seing privé. Mais il est concevable, à notre avis, de le qualifier de commencement

(69) Cfr. R. ABRAHAMS, La preuve par magnétophone, Journ. Trib., 1963, pp. 581-585 ; D. MATTHYS, La vie privée et le droit de la preuve en matière civile, Ann. Dr., 1984, pp. 392-395 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., pp. 141-152, 159-166.

(70) Cette hypothèse n'est pas nécessairement exclue : la bande enregistrée peut exprimer une volonté claire de s'engager par le message lui-même (cfr. l'envoi d'une cassette à la place d'une lettre).

de preuve par écrit (71).

En retrait de cette interprétation, l'enregistrement sur magnétophone se voit plus généralement reconnaître la valeur d'une présomption ; telle est la position de la jurisprudence belge (72).

Les risques de falsification sont bien entendu présents. Il est notamment possible de produire des déclarations hors contexte (par exemple, présenter comme une déclaration d'engagement ce qui n'était qu'une proposition faite lors des pourparlers), ou d'effacer certains propos modifiant le sens de la conversation. Le juge appréciera ces risques en accueillant un enregistrement au titre de commencement de preuve par écrit ou de présomption.

H. Guichets bancaires automatiques

En abordant les problèmes de preuve liés à l'usage des guichets bancaires automatiques, la perspective se modifie quelque peu. Photocopies, microfilms, télécopies, télégrammes, télex et bandes sonores enregistrées constituaient a priori des documents dont on devait se demander quelle était leur valeur probatoire. Avec les guichets bancaires automatiques, une difficulté supplémentaire est que le demandeur ne dispose pas nécessairement d'un document à la suite de l'opération qu'il vient de conclure ; il existe cependant certaines traces de cette opération, dont il conviendra d'analyser la force probatoire.

(71) En ce sens, Dijon, 29 juin 1955, Dall., 1955, J., 583, approuvé par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., I, n° 603 ; R. ABRAHAMS, op. cit., p. 585 ; contra, L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 151.

(72) Cass., 24 nov. 1961, Pas., 1962, I, 367 ; Cass., 29 oct. 1962, Pas., 1963, I, 272 ; Comm. Bruxelles, 16 déc. 1980, Jur. Comm. Belg., 1981, I, 151 ; J. Saisies Liège, 2 nov. 1983, Pas., 1984, II, 34 ; en ce sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, op. cit., III, n° 57 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 150. Comp. Just. Paix Fexhe-Slins, 28 mai 1958, Jur. Liège, 1958-59, 14, pour qui l'enregistrement peut constituer un aveu extra-judiciaire, et cfr. la critique de L. CORNELIS et L. SIMONT, ibid., pp. 150-151.

Dans l'état actuel des choses, l'utilisateur peut réaliser deux opérations principales à un guichet automatique : retirer de l'argent ou en déposer (73). Comment se présentent ces opérations sur le plan de la preuve (74) ? Nous ferons provisoirement abstraction de l'incidence des conventions relatives à la preuve contenues dans les règlements des principaux systèmes.

La contestation éventuelle portera sans doute sur la réalité ou sur le montant du retrait allégué par la banque, ou du dépôt invoqué par le client. La nature juridique de ces opérations doit faire l'objet d'une précision préalable. Elles s'insèrent l'une et l'autre dans le cadre des relations contractuelles nouées entre les parties, ouverture de compte, ouverture de crédit. Elles ne s'analysent donc pas en contrats distincts, mais en phases de l'exécution d'un contrat en cours, c'est-à-dire en paiements (75). Or, selon certains, un paiement serait un fait juridique (76), donc susceptible d'être prouvé par toutes voies de droit (77). Cette conception est cependant rejetée par la

-
- (73) Cette dualité de fonction nous fait préférer la terminologie "guichets bancaires automatiques" à celle de "distributeurs automatiques de billets" ; d'autres fonctions sont d'ailleurs déjà disponibles, comme la réalisation de certains transferts et l'indication du solde du compte.
- (74) Les guichets bancaires automatiques suscitent bien d'autres problèmes juridiques étrangers à notre sujet, notamment quant aux responsabilités en cas d'usage abusif d'une carte. Sur l'ensemble de la question, cfr. notamment D. SYX, Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, 1982, 120 pp. ; G. VANDENBERGHE et J. DE LAME, Bancontact, Mister Cash, Postomat, Description et aspects juridiques, Journ. Trib., 1983, pp. 281-284 ; J.P. BUYLE, Guichets automatiques : abus, fraude, erreur, Rev. Banque, 1983, pp. 495-512 ; J.P. BUYLE, La carte de banque à pistes magnétiques, Rev. Dr. Comm. B., 1984, pp. 654-675 ; Y. POULLET et X. THUNIS, Réflexions sur le mouvement électronique de fonds, dans La Télématique, 1985, II, pp. 255-284 ; J.P. BUYLE, La carte de paiement électronique, dans La banque dans la vie quotidienne, 1985, pp. 449-494.
- (75) Y. POULLET et X. THUNIS, op. cit., p. 261.
- (76) N. CATALA, La nature juridique du paiement, Paris, 1961.
- (77) Dans ce sens, apparemment, Y. POULLET et X. THUNIS, ibid. ; Y. POULLET et X. THUNIS, Réflexions sur le mouvement électronique de fonds, dans La Télématique, 1985, II, p. 261.

doctrine dominante (78), et tel est également notre avis : le paiement, mode volontaire d'extinction d'une dette, n'est pas un fait juridique, mais un acte juridique, et sa preuve est en principe soumise aux règles des articles 1341 et suivants du Code civil.

1. Dans ces conditions, quelle est la situation du point de vue probatoire si la banque prétend débiter le compte d'un de ses clients pour un retrait dont le client conteste la réalité ou le montant ? La charge de la preuve incombe à la banque, qui se prévaut d'avoir effectué un paiement (article 1315 du Code civil) (79). De quels éléments dispose-t-elle à cette fin, devant tenir lieu du reçu remis par le client lors d'un retrait à un guichet traditionnel ?

a) Essentiellement de la bande journal du guichet automatique, qui a enregistré toutes les opérations. A propos du retrait litigieux, la bande journal mentionne notamment la date et l'heure de l'opération, le numéro de la carte utilisée et celui du compte à vue qui lui est lié, ainsi que le montant du retrait (80). Le numéro de code que l'utilisateur a dû composer ne figure pas sur la bande journal, puisqu'il est secret même à l'égard de la banque, mais le système n'a pu fonctionner sans la composition correcte de ce numéro de compte.

La bande journal est certainement un écrit. S'agit-il d'un acte sous seing privé équivalant au "reçu" traditionnel ? La signature serait donnée par le client lorsqu'il compose son

(78) H. DE PAGÉ, op. cit., III, n° 396 et 713 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., I, n° 598 ; cfr. également, en notre matière, D. SYX, op. cit., pp. 54-57.

(79) G. VAN DEN BERGHE et J. DE LAME, op. cit., p. 283 ; J.P. BUYLE, op. cit., La banque dans la vie quotidienne, pp. 468-469.

(80) Pour une description plus complète des mentions de la bande journal, cfr. D. SYX, Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, pp. 69-71.

son code secret (81) ; certes, cette signature n'est pas manuscrite, et elle ne figure pas sur la bande journal. Mais nous avons plaidé en faveur d'une conception large de la signature, à condition que l'identification soit certaine, ce qui est le cas. La chance pour un tiers de trouver par hasard le code secret est infinitésimale (82), d'autant plus que la machine n'admet que trois essais (83). La mention n'a pu s'inscrire sur la bande journal que suite à l'intervention personnelle du client.

Une signature, cependant, ne se borne pas à identifier. Elle manifeste également l'adhésion à l'acte. Or, dans le cas d'un retrait à un guichet automatique, le code est composé avant la réalisation de l'opération. Il précède l'ordre de retrait, il ne souscrit pas à la réalisation effective de ce retrait. Les appareils actuellement utilisés en Belgique, à notre connaissance, n'invitent pas l'utilisateur à approuver l'opération après sa réalisation. Il est acquis qu'un client déterminé a demandé l'accès au guichet, mais le client n'a pas eu la possibilité de manifester son accord quant à la bonne fin de l'opéra-

-
- (81) Sauf à considérer que la signature est fournie par l'ensemble de la procédure d'accès, mettant en oeuvre la carte et le code (D. SYX, op. cit., pp. 37-50 ; D. SYX, op. cit., Dr. de l'Informat., 1986, p. 138) ; sans sous-estimer le rôle de cette procédure, nous préférons cependant réserver la qualification de signature au procédé vraiment spécifique d'identification qu'est la composition du code secret.
- (82) J.P. BUYLE, op. cit., La banque dans la vie quotidienne, p. 473. En France, cfr. Paris, 17 oct. 1984 ("Le titulaire d'une carte ne peut sérieusement soutenir qu'un voleur particulièrement doué en électronique et informatique, ou particulièrement chanceux, aurait pu décrypter son numéro confidentiel ou le trouver par hasard, car cette hypothèse relève de la seule spéculation intellectuelle et doit être rejetée"), Dall., 1955, I.R., 343 et la note ; comp. Paris, 1er déc. 1980, Dall., 1981, J., 369, note Ch. GAVALDA, Dr. de l'Informat., 1986, 124 ; Trib. Sète, 9 mai 1984, Dr. de l'Informat., 1986, 126.
- (83) Quant aux risques d'usage abusif par une personne qui aurait pris connaissance du code, on les comparera à la falsification de signature sur des chèques volés, qui appelle un traitement juridique particulier, mais ne discrédite en rien la valeur probatoire de principe de la signature apposée sur un chèque.

tion qui se serait réalisée (84). Ceci nous semble de nature à dénier la valeur d'une véritable signature à l'identification par la composition du code, en de telles circonstances. Entre les mains de la banque, la mention de la bande journal ne peut donc être assimilée à un acte probatoire signé par le client.

Cette mention constituerait-elle pour la banque un commencement de preuve par écrit ? On peut admettre, selon les circonstances, qu'elle rend vraisemblable le retrait allégué. De qui émane-t-elle ? Bien que l'appareil enregistreur appartienne à la banque, l'inscription n'a pu se réaliser qu'à la suite de l'intervention personnelle du client, identifié par l'usage du code secret. Il n'est plus requis d'établir l'adhésion à l'acte, et le lien nécessaire entre l'enregistrement d'une opération et l'emploi du code nous paraît suffisant pour établir que l'écrit "émane" du client. On l'a dit, le document ne doit pas porter lui-même une marque d'identification ; il suffit d'établir que le défendeur en est l'auteur matériel ou intellectuel (85). La banque peut donc trouver dans la bande journal un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil (86).

Si cette interprétation large est refusée, on admettra au moins que la mention de la bande journal puisse constituer une présomption (87).

(84) On relèvera cependant que dans le cas d'un retrait effectué à un guichet ordinaire, le client est également invité à signer le reçu et à le remettre au guichetier avant de recevoir les fonds. Mais il est en mesure de protester immédiatement, de vive voix, si l'argent ne lui était pas remis, au lieu de se trouver devant une machine anonyme. Cette différence justifie sans doute une appréciation différente de la portée de la signature donnée, dans l'une ou l'autre forme.

(85) J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., I, n° 603.

(86) J.P. BUYLE, op. cit., Rev. Banque, 1983, p. 509 ; X. MALENGREAU, op. cit., p. 116.

(87) X. MALENGREAU, ibid. ; J.P. BUYLE, op. cit., La banque dans la vie quotidienne, p. 472 ; J.P. BUYLE, op. cit., Rev. Banque, p. 510.

b) Quelle est la portée probatoire du ticket que certains guichets automatiques remettent au client en cas de retrait ? Ce ticket reprend une partie des indications enregistrées sur la bande journal. Bien que la banque ait en principe la charge de la preuve d'un retrait, le client, en cas de litige, souhaitera invoquer les mentions du ticket, qui lui seraient favorables. Le document émane de la banque, et il peut rendre vraisemblable le fait allégué : entre les mains du client, ce peut être un commencement de preuve par écrit (88) ; ce sera au moins une présomption (89).

2. En cas de dépôt, la banque peut prétendre n'avoir rien reçu, ou avoir reçu moins que ce que n'allègue le client. Cette fois, la charge de la preuve incombe au client (90). Il détient le ticket, dont les mentions sont normalement reprises sur la bande enregistreuse. Mais ces documents ne peuvent que reprendre le montant du dépôt composé par le client lui-même, le guichet automatique n'étant pas en mesure de vérifier le contenu de l'enveloppe introduite dans l'appareil. Ce comptage est opéré manuellement par un employé de la banque. Le client est informé des discordances éventuelles, et c'est à ce moment que peut surgir la contestation.

On le voit, le problème est plus complexe qu'en matière de retrait. Le client dispose du ticket, qui peut constituer en sa faveur un commencement de preuve par écrit, ou tout au moins une présomption. Mais ces éléments ne seront jamais suffisants à établir le montant effectif du dépôt ; on devra recourir à d'autres modes de preuve, comme des témoignages ou le recours au serment (91).

(88) Comp. J.P. BUYLE, ibid., pp. 508-509 ; J.P. BUYLE, op. cit., La banque dans la vie quotidienne, p. 475 ; G. VANDEN BERGHE et J. DE LAME, op. cit., p. 284 ; contra, D. SYX, op. cit., p. 85.

(89) Rappelons que l'on fait provisoirement abstraction des stipulations particulières des règlements d'utilisation.

(90) G. VANDEN BERGHE et J. DE LAME, op. cit., p. 283 ; J.P. BUYLE, op. cit., Rev. Banque, 1983, p. 505.

(91) J.P. BUYLE, ibid., pp. 506-508.

3. Les interprétations larges que nous avons soutenues, notamment quant à la portée de l'usage du code secret, laissent subsister de nombreuses difficultés. Celles-ci sont néanmoins tempérées par quatre facteurs, déjà évoqués antérieurement sur un plan plus général :

a) Si l'opération au guichet automatique porte sur un montant de moins de 3.000 frs, la preuve est libre. Ce montant est cependant dépassé dans la plupart des cas (92).

b) A l'égard de la banque, l'opération faisant l'objet du litige revêt en principe un caractère commercial ; la preuve peut donc se faire par toutes voies de droit. La réciproque est vraie envers le client si l'opération est également commerciale dans son chef (93).

c) Un rôle considérable peut être reconnu à la conception décrite plus haut, selon laquelle l'impossibilité de constituer un écrit visée à l'article 1348 peut résulter d'une simple difficulté pratique, reconnue par les usages. Il est manifeste que l'utilisation des guichets automatiques serait vidée de toute son utilité s'il était requis d'établir un acte sous seing privé régulier à l'occasion de chaque opération. Dans cette perspective, la preuve serait libérée, et les mentions de la bande journal et du ticket pourraient être admises d'emblée à jouer leur rôle de présomption (94).

(92) Cfr. les chiffres cités par J.P. BUYLE, ibid., p. 469.

(93) Ibid., p. 506 ; B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 16.

(94) Dans ce sens, X. MALENGREAU, op. cit., pp. 116-117 ; J.P. BUYLE, op. cit., Rev. Banque, pp. 509-510 ; J.P. BUYLE, op. cit., La banque dans la vie quotidienne, pp. 470-471 ; B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 17 ; L. CORNELIS et L. SIMONT, op. cit., p. 158. Cfr. cependant l'opinion de D. SYX, op. cit., p. 80, discutée supra.

d) Enfin, les conventions en matière de preuve étant permises, les organismes bancaires ne manquent pas d'y recourir dans les règlements relatifs à l'utilisation des cartes. Sous réserve de la vérification de l'acceptation du règlement par le client, problème propre à tout contrat d'adhésion, de telles clauses font la loi des parties ; elles ne manquent pas d'infléchir certaines des solutions précédemment évoquées.

On citera ici, à titre d'exemple, les dispositions du règlement Bancontact :

"Art. 7. Preuve des opérations.

Les opérations effectuées au moyen de la carte sont enregistrées automatiquement.

Pour certains types d'opérations, le guichet automatique ou le terminal de paiement utilisé délivre un document imprimé reprenant les données introduites par le porteur de la carte.

Ce document a valeur indicative ; il ne fait pas à l'égard de la Banque preuve de l'opération à l'occasion de laquelle il est délivré.

La Banque, le porteur de la carte et son mandant éventuel reconnaissent force probante à la bande-journal sur laquelle sont enregistrées les données relatives à toutes les opérations du guichet ou au support informatique qui la remplacerait ou la compléterait.

En ce qui concerne toutefois les dépôts de fonds ou remises de valeurs, leur montant est vérifié matériellement par la BBL, ou par l'organisme financier gestionnaire du guichet, qui créditera le compte auquel le dépôt est destiné, du montant établi par cette vérification.

Ce montant sera établi à suffisance à l'égard du déposant ou de son mandant éventuel par les écritures de la Banque, nonobstant les mentions contraires de la bande-journal ou autre support informatique.

La différence éventuelle entre le montant indiqué par le porteur de la carte et le montant constaté lors de la vérification est portée par écrit à la connaissance du titulaire du compte."(95).

(95) Sur ces aménagements conventionnels, cfr. G. VANDENBERGHE et J. DE LAME, op. cit., p. 284 ; J.P. BUYLE, op. cit., Rev. Banque, pp. 510-511. Pour la France, cfr. J. HUET, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, Jur. Cl. Pér., 1983, I, 3095, n° 42 ; A. BENABENT, note sous Trib. Sète, 9 mai 1984, Dall. Sir., 1985, J, 539 (ces auteurs émettent des réserves à l'égard de la pleine liberté contractuelle en la matière).

I. Terminaux points de vente

Comment se présentent les problèmes de preuve relatifs à l'usage de terminaux par lesquels un consommateur paie l'achat qu'il réalise à une station d'essence ou dans un magasin, à l'aide de la carte que lui a délivrée son organisme bancaire ? Le client compose son code secret, et approuve dans certains cas le montant du prix ; il reçoit un ticket reprenant les données de l'opération.

La situation est plus complexe que celle des guichets automatiques de banque, qui ne réalisent que des opérations juridiques bipartites. A un terminal point de vente, le client donne l'ordre à sa banque d'effectuer un paiement en faveur du commerçant, en exécution du contrat conclu avec ce dernier.

Le mécanisme repose sur deux rapports juridiques préexistants. La banque et le commerçant sont liés par le contrat mettant le terminal à la disposition du second ; le client est engagé envers la banque par la convention relative à l'utilisation de la carte (96). Cette structure rend possible ce mode particulier de paiement du contrat conclu envers le client et le commerçant. Dans ce contexte, l'ordre de paiement donné par le client peut être qualifié de "virement électronique" (97). Le client, en effet, donne l'ordre à sa banque de débiter son compte au profit du compte du commerçant (98).

(96) Les banques peuvent évidemment être différentes.

(97) Dans ce sens, cfr. notamment D. SYX, op. cit., p. 25.

(98) Certains estiment que le transfert en cause n'est pas réductible à la figure du virement, mais qu'il constitue pour le client "un mode supplémentaire de mobilisation des fonds déposés ou du crédit octroyé"; cette formule, pour ses auteurs, serait de nature à permettre une preuve par toutes voies de droit (Y. POULLET et X. THUNIS, op. cit., p. 261). A notre avis, ce "mode supplémentaire" reste un virement, et c'est un acte juridique, non un fait juridique (comp. supra, à propos des guichets bancaires automatiques, en ce qui concerne la nature juridique du paiement). Un autre problème est de déterminer la nature juridique du virement : en rapport avec les terminaux points de vente, cfr. J.P. BUYLE, op. cit., La banque dans la vie quotidienne, pp.462-464, et sur un plan général, A. BRUYNEEL, Le virement, ibid., pp. 345-448.

Quelle est la situation du client, en matière de preuve, à l'égard de ces deux partenaires, la banque et le commerçant ?

1. A l'égard de la banque, la situation est à première vue analogue à celle que nous avons décrite en cas de retrait de billets à un guichet automatique, à cela près qu'il s'agit non d'un retrait, mais d'un ordre de virement. Si le client conteste le débit dont son compte a fait l'objet, l'on dispose des mentions de la bande journal du terminal et du ticket qu'a reçu le client, et les analyses qui précèdent peuvent être largement transposées.

Deux particularités méritent cependant de retenir l'attention.

a) Certains points de vente (tels que les magasins autres que les grandes surfaces) disposent d'un équipement ne comportant pas de bande imprimante ; les opérations sont cependant mémorisées dans un journal électronique, dont le contenu peut être visualisé sur écran. L'enregistrement dans ce journal, et son mode de lecture, nous paraissent cependant satisfaire à la conception large de l' "écrit" défendue plus haut.

b) En payant dans un magasin (mais non à une station d'essence), le client est invité à approuver le montant de l'opération en appuyant sur une touche "O.K.". Cette particularité revêt une grande importance. Elle paraît de nature à ajouter à l'usage du code secret ce qu'il lui manquait pour constituer une véritable signature, la manifestation de l'adhésion du souscripteur. Si cette interprétation était retenue, l'enregistrement de l'opération pourrait être assimilé à un véritable acte probatoire signé par le client.

2. A l'égard du commerçant, le client reçoit un ticket qui établira la réalité de la vente (par exemple, en cas de réclamation) comme tout ticket de caisse ordinaire, l'absence de

signature pouvant être justifiée par les usages (99); la preuve, de toute façon, est ici établie à l'encontre d'un commerçant.

Si le litige porte sur la réalité du paiement, le client pourra également utiliser le ticket, qui émane du commerçant ; le ticket, cependant, ne prouve que l'ordre de virement, et l'on rejoint les problèmes liés à la preuve et à la date du paiement effectués par monnaie scripturale, non spécifiques à l'usage des terminaux points de vente. ↑

Rappelons l'existence de conventions sur la preuve dans les règlements relatifs à l'usage des cartes ; ces conventions concernent également l'utilisation des terminaux de vente. On citera dans ce contexte un extrait du règlement Mister Cash :

"Art. 3 § 3. Opérations sur terminaux de paiement.

Dans la mesure où certaines entreprises commerciales ou certains services publics s'équiperont de terminaux de paiement acceptant la carte Mister Cash, il serait possible au client d'y régler par transfert électronique de fonds ses achats de biens ou de services.

Le fait pour le client d'introduire sa carte et son code personnel dans l'appareil équivaut à la signature d'un ordre de virement en faveur du commerçant ou service public chez qui l'appareil est installé. En conséquence, le client est débité et le commerçant ou service public est crédité du montant introduit au clavier de l'appareil."

On soulignera enfin que les opérations réalisées à des terminaux points de vente portent très souvent sur des montants inférieurs à 3.000 frs (100) (101).

(99) Cfr. supra, à propos de l'impossibilité résultant des usages, et notamment H. DE PAGE, op. cit., III, n° 787 B.

(100) Cfr. les chiffres cités par J.P. BUYLE, op. cit., La Banque dans la vie quotidienne, p. 469.

(101) Il est parfois envisagé de doubler les éléments probatoires fournis par le terminal, en exigeant l'établissement d'un acte confirmatif écrit, signé de la main du client (cfr. M. VASSEUR, op. cit., p. 595 ; J. HUET, op. cit., n° 43 ; B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 18). Ce procédé nous paraît proche du règlement qui, aux premiers temps de l'automobile, imposait aux voitures de se faire précéder d'une avant-garde, à pied, agitant un drapeau rouge.

J. Télématique interactive

A l'aide d'un terminal branché sur le réseau téléphonique, l'utilisateur peut consulter des banques de données et réaliser certaines opérations (achats, virements, etc...). Le procédé ne connaît pas encore en Belgique le développement qui est déjà le sien dans d'autres pays, mais il est certainement appelé à de rapides progrès (102).

Un exposé complet des problèmes de preuve suscités par la télématique interactive présenterait une grande complexité, compte tenu de l'intervention fréquente de nombreux acteurs (utilisateurs, gestionnaires du système, gestionnaires des lignes de télécommunication, fournisseurs des biens et des services). On se bornera à l'examen des relations entre les utilisateurs et les fournisseurs de biens et de services.

Une banque de données facture une prestation à un abonné, qui conteste l'existence ou la durée de l'interrogation. Une firme livre des marchandises prétendument commandées par télématique. Comment se présentent les questions de preuve ?

Dans le cas le plus fréquent, c'est le fournisseur qui, se prévalant d'un engagement pris à son égard par l'utilisateur, supporte la charge de la preuve de cette créance dans son chef. Quelles traces a laissées cette opération ? Chacune des deux parties a pu enregistrer le message litigieux, sur disquette ou disque dur, dont il est possible d'obtenir une traduction en clair sur imprimante. Cet enregistrement est un écrit, au sens large que nous avons retenu. La difficulté principale réside dans la preuve de l'origine. Le fournisseur disposera au moins du numéro du poste d'où est parti le message, ce qui n'identifiera pas à coup sûr l'expéditeur ; parfois, cependant, l'usage

(102) Cfr. J. HUET, Droit de l'informatique : le régime juridique de la télématique interactive, Jur. Cl. Pér., 1984, I, 3147.

des codes chiffrés permettra une identification fiable. Dans ces conditions, les problèmes de preuve paraissent très semblables à ceux que nous avons évoqués plus haut, à propos des télécopies, lorsque celles-ci véhiculent un acte juridique.

Quoi qu'il en soit, la télématique interactive paraît bien constituer un terrain d'élection pour l'admissibilité de la preuve par toutes voies de droit justifiée par une impossibilité pratique résultant des usages.

CONCLUSION

L'exercice est terminé. La confrontation systématique des techniques nouvelles de transmission, d'enregistrement et de reproduction de données aux règles gouvernant dans notre droit la preuve des actes juridiques suscite difficulté sur difficulté, mais la plupart des obstacles, étonnamment, peuvent être surmontés ou contournés. La télématique s'accommode de l'Ordonnance de Moulins. Notre régime probatoire, dans son archaïsme, repose en effet sur une providentielle imprécision des concepts de base, ouvrant la voie aux interprétations les plus extensives, et la rigidité des principes s'accompagne d'exceptions suffisamment souples.

Ce jeu est cependant quelque peu dérisoire. Catherine de Médicis est mal à l'aise devant son terminal. Un régime juridique cesse d'être crédible lorsqu'il ne s'affirme plus qu'à travers la sollicitation de ses textes. Les énergies seraient mieux employées à la conception d'un nouveau droit de la preuve, adapté aux réalités présentes et aux perspectives futures. Plusieurs exemples sont disponibles, des retouches intelligentes apportées

au Code Napoléon par le législateur français (103) aux propositions résolument progressistes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (104), en passant notamment par la recommandation n° R(81) 20 du Conseil de l'Europe (105), le Civil Evidence Act anglais de 1968 (106) ou l'Electronic Funds Transfer Act américain de 1978 (107), ou encore les articles 12 et 22 de la révision de 1983 des Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires (108).

Certes, une refonte d'ensemble doit être mûrement réfléchie. Mais une réforme très simple pourrait intervenir sans retard, qui lèverait une bonne part des obstacles : l'adaptation du seuil en-dessous duquel la preuve des actes juridiques est libre. La France a récemment porté ce seuil à plus de 30.000 francs belges (5.000 francs français) : c'est dix fois plus que nos 3.000 francs, et c'est encore fort peu. Si l'article 1341 était

-
- (103) F. CHAMOIX, La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, Jur. Cl. Pér., 1981, 3008 ; M. VION, Les modifications apportées au droit de la preuve par la loi du 12 juillet 1980, Rép. Gén. Not. Dufrenois, 1980, 32470.
- (104) Cfr. notamment le rapport du Secrétaire général de la CNUDCI sur les "incidences juridiques du traitement automatique de l'information", Doc. A/CN.9/279, 7 avril 1986, pp. 3-7.
- (105) Harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques, Strasbourg, 1982.
- (106) Sur cette législation, cfr. B. AMORY et Y. POULLET, op. cit., p. 13.
- (107) Sur cette législation, cfr. D. SYX, Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, pp. 91-105 ; G. VANDENBERGHE et J. DE LAME, op. cit., p. 284 ; J. HUET, Dossier monétique, Dr. de l'Informat., 1986, pp. 127-130.
- (108) Cfr. notamment Cl. M. SCHMITHOFF, The New Uniform Customs for Letters of Credit, J. of Bus. Law, May 1983, pp. 193-199 ; Cl. MARTIN, Le Crédit documentaire, la fraude et la révision 1983 des Règles et usances relatives au crédit documentaire, Journ. Dr. des Aff. Int., 1985, pp. 371-388.

modifié, de manière à confier désormais au Roi la fixation du montant au-delà duquel la preuve écrite est requise, et si ce montant était au départ fixé à un montant suffisamment élevé, le droit de la preuve recevrait une bouffée d'air frais bien salubre, dans l'attente d'une revision plus fondamentale.

Marcel FONTAINE,
février 1987.