

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

11e 13

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

La valeur probante des documents non manuscrits

par Xavier MALENGREAU

Doc. 83/7

Conférence donnée au C.I.E.A.U.,
le 26 mai 1983.

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

84034804-945.
40034

Ce n'est pas sans réserves qu'il faut aborder la question de la valeur probante des documents non manuscrits.

D'abord, il faut constater qu'il y a entre la théorie, les principes juridiques, les cadres légaux, et la pratique du droit dans les entreprises et dans les tribunaux, une certaine distance.

Le monde des affaires n'a pas attendu l'évolution du Code civil de 1804 pour recourir au telex, au microfilm, à la griffe, à l'informatique. L'exemple des banques est édifiant : comment conserver et classer les millions de chèques ou virements émis chaque mois. La B.N.P. a construit, en 1970, à Orléans, une véritable cathédrale de béton d'une capacité de 26.500 m³ d'archives. Elle a calculé que ses archives bancaires remplissent un tel bâtiment en 4 ans (1). Les banques sont contraintes de détruire leurs archives avant l'expiration de délai de prescription de 30 ans. Le recours au microfilm s'est imposé avec nécessité, malgré l'incertitude juridique. Cette même incertitude de preuve existe pour les Mister Cash ou Bancontact (plus d'un demi-million d'opérations par mois) (2).

Contrairement à ce que les non juristes pensent parfois, les magistrats cherchent aussi à accommoder la rigidité des principes avec les réalités nouvelles. Il est intéressant de lire, à cet égard, les conclusions d'une enquête sociologique effectuée auprès de magistrats français, il y a une dizaine d'années. L'unanimité des magistrats interrogés

(1) Cf. F. CHAMOUX, La preuve dans les affaires - de l'écrit au microfilm, Paris, Librairie Technique, 1980, p. 104.

(2) Cf. Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds (D. SYX), Bruxelles, KREDIETBANK, 1982, p. 18 ; G. VANDENBERGHE et J. de LAME, Bancontact, Mister Cash, Postomat - Description et aspects juridiques, J.T., 1983, p. 284.

estiment qu'ils doivent se livrer à une véritable gymnastique pour sortir du cadre rigide de l'article 1341 du Code civil. Plusieurs magistrats reconnaissent qu'ils s'arrangent par le biais des différentes exceptions pour donner raison à celui qui leur paraît être dans son droit. C'est parfois un véritable tour de force (3).

Ainsi, et c'est une remarque préalable importante, derrière des principes rigides se cache une souplesse d'application parfois insoupçonnée. Nos magistrats ne sont pas des ordinateurs.

Si la photocopie, le magnétophone, le telex, le télégramme, le microfilm, la griffe, l'informatique sont particulièrement d'actualité et posent, vous vous en doutez, de sérieux problèmes au vu des textes de 1804 censés en donner la valeur probante alors qu'ils ont été adoptés à une époque où on ignorait tout des techniques modernes de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, si les problèmes théoriques sont réels, leur intérêt pratique est peut-être moindre qu'on ne l'imagine.

On pourrait ajouter que la matière est peu sympathique. Lorsqu'un problème de preuve est posé, on pense vite à la mauvaise foi, au débiteur malhonnête qui veut profiter d'une difficulté de preuve de son créancier, tel cet ouvrier français qui avait reçu un prêt de son employeur, mais qui refusait de le rembourser en profitant de l'absence de l'écrit. L'employeur prouvait la remise des fonds par virement bancaire, et établissait la réalité des faits par un faisceau de présomptions. Cependant, l'absence d'un écrit

(3) Cf. F. CHAMOUX, L'évolution du droit de la preuve dans le droit des affaires - Synthèse de l'enquête sociologique, Paris, Ministère de la Justice, Extrait du Compte général 1973 - tome I, pp. 105 et 107. Dans le même sens, cf. J. DABIN, note sous Cass. 30 janvier 1947, R.C.J.B., 1947, p. 235.

établissant la réalité du prêt ne permit pas au tribunal saisi d'ordonner le remboursement (4). Quant on expose les règles rigides que la preuve d'un acte juridique doit respecter, quand on imagine qu'un créancier de bonne foi, prouvant sa créance par un faisceau pleinement convaincant de témoignages et de présomptions graves, précises et concordantes, serait débouté en l'absence d'écrit par la mauvaise foi de son débiteur, cela crée un malaise. Mais, ici encore, n'est-ce pas plus théorique que réel ?

Quoi qu'il en soit, chacun préfère discuter du fond du droit, de la nature des obligations, que de cette question procédurière de la preuve.

Elle est pourtant nécessaire et elle mérite de retenir notre attention, pour deux raisons. La première est que la rigueur des règles de preuve assure la sécurité juridique. La seconde en est le corollaire : la rigueur des règles de preuve est une garantie contre les abus qu'une souplesse excessive pourrait favoriser.

Il est donc important de réfléchir à la place que les nouveaux types de documents usuels peuvent recevoir. Il ne s'agit ni de les rejeter catégoriquement, ni de les accueillir sans réserves, mais d'essayer de percevoir la force probante qu'ils peuvent recevoir dans notre droit positif actuel ou celle qu'ils pourraient recevoir de lege ferenda, par une réforme législative, comme celle, réalisée en France, en 1980 (5).

(4) Id., p. 106.

(5) Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques (J.O., 13 juillet 1980). Cf., sur le plan doctrinal, les commentaires de M. VION, Les modifications apportées au droit de la preuve par la loi du 12 juillet 1980, Répertoire du Notariat Defrenois, 1980, pp. 1329 à 1347 ; J. VIATTE, La preuve des actes juridiques, Gaz. Pal. 1980, D. 581 à 583 ; F. CHAMOUX, La loi du 12 juillet 1980, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P., 1981, D. 3008.

Nous trouvons dans le thème du carrefour d'aujourd'hui, "La valeur probante des documents non manuscrits", le coeur de la difficulté: le mot manuscrit. Il semble, en effet, que tous les problèmes viennent de ce que, de plus en plus, nous disposons de documents établis techniquement sans aucune intervention manuscrite, sans cette mention manuscrite minimale mais essentielle qu'est la signature. Une photocopie, un microfilm, une griffe n'en donnent qu'une reproduction. Le télégramme, le telex, le magnétophone, l'informatique n'en contiennent pas.

Quelle valeur probante faut-il reconnaître à tous ces documents sans signature manuscrite ?

Pour répondre à cette question et introduire notre réflexion, je crois qu'il est nécessaire de rappeler certains principes juridiques fondamentaux.

Le premier de ces principes que je souhaite rappeler est souvent méconnu. Il y a, dans notre droit, des dispositions impératives et des dispositions supplétives. Les premières, et je ne distingue pas ici les dispositions simplement impératives des règles d'ordre public, s'imposent et écartent toute disposition conventionnelle contraire. On ne peut y déroger. La doctrine belge, confirmée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, est unanime pour admettre que les règles relatives à la preuve ne sont ni d'ordre public, ni impératives. Tout ce qui concerne la preuve peut donc être l'objet de conventions privées, de règlements en sens contraires, et donc notamment faire l'objet de clauses de conditions générales de vente ou d'entreprises (6).

(6) Depuis un arrêt du 14 décembre 1922 (Pas., 1923, I, p. 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, p. 287 ; dans le même sens : Cass., 14 décembre 1922, op. cit. ; Cass., 30 janvier 1947, Pas., 1947, I, p. 29 ; Cass., 21 septembre 1950, Pas., 1951, I, p. 8 ; Cass., 11 juin 1951, Pas., 1951,

Un bon exemple nous en est donné par l'Etat lui-même. Sans aucune dérogation légale aux textes contraires du Code civil, les arrêtés ministériels réglant le LOTTO et le TOTO stipulent que les bulletins sont microfilmés et qu' "en cas de contestation, seul le microfilm sert de pièce probante" (7). Dans la mesure où l'on considère que la participation à ces jeux implique l'adhésion au règlement, nous trouvons là une certaine convention sur la preuve, parfaitement licite.

Chacun peut convenir que la preuve de tel ou tel fait ou acte juridique, pourra être rapportée de telle ou telle manière. On peut modifier conventionnellement les règles générales relatives tant à la charge de la preuve (qui doit prouver quoi) qu'aux modes de preuve (de quelle manière peut-on prouver).

Le deuxième principe que je veux évoquer est que la preuve à l'égard d'un commerçant, pour les actes de son commerce, peut être rapportée par toutes voies du droit. C'est l'article 25 du Code de Commerce

(suite note 6) I, 700 ; Cass., 20 juin 1957, Pas., 1957, I, p. 1256 ; Cass., 27 juin 1963, Pas., 1963, I, p. 1131 ; Cass., 15 juin 1965, Pas., 1965, I, p. 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, p. 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 1973, Pas., 1973, I, p. 695 ; dans le même sens : Cass., 19 octobre 1962, Pas., 1963, I, p. 229). Pour la doctrine unanime : cf. notamment, J. DABIN, op. cit., p. 237 ; H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, t. III, Bruxelles, 3ème éd., 1967, n°s 736 et 737 ; M. STORME, De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht, Bruxelles, 1962, n°s 63 à 73 ; P. VAN OMMESELAGHE, Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les Obligations, R.C.J.B., 1975, n° 123.

(7) Art. 8 de l'A.M. du 8 décembre 1977 fixant le règlement de la loterie à numéros, appelée "LOTTO" et art. 26 de l'A.M. du 29 septembre 1980 fixant le règlement de la loterie à numéros, appelée "TOTO"

qui a été reçu, par la jurisprudence, de la manière la plus large. En matière commerciale, tous les genres de preuve sont admissibles (8).

Cette liberté ne signifie pas qu'une photocopie, un telex, ou un document informatique, par exemple, vont faire preuve. Cela signifie seulement que la valeur probante est une question de fait soumise, en cas de litige, à l'appréciation souveraine du juge du fond.

Un défendeur peut, par exemple, plaider, de manière valable et efficace, que la photocopie produite est tronquée, qu'un telex ne lui est pas parvenu, qu'il n'en est pas l'auteur.

Quoi qu'il en soit, cette liberté de preuve ne vaut qu'à l'égard des commerçants, et ne leur profite pas. De nombreux actes de commerce mettent en cause un commerçant d'une part et un particulier non commerçant d'autre part. Ce sont des actes mixtes. Le commerçant ne bénéficiera pas de la liberté de preuve à l'égard du particulier. Pour prouver un engagement du non commerçant, il devra se référer au Code civil. Par contre, le particulier pourra prouver les engagements du commerçant en toute liberté, par toutes voies de droit (9).

(8) Cf. par exemple, Cass., 29 mai 1964, Pas., 1964, I, p. 1022 ; Cass., 5 février 1971, Pas., 1971, I, p. 518 ; Cass., 29 mars 1974, Pas., 1974, I, p. 782.

(9) 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 ; cf. 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 du droit commercial, t. II, n°1238).

Le troisième principe qu'il est important de relever est qu'en droit commun, la preuve n'est pas libre. On ne peut pas prouver n'importe quoi de n'importe quelle manière. L'intime conviction du juge ne suffit pas, comme en matière pénale, voire en matière commerciale. Pour rapporter la preuve d'un fait ou d'un acte à l'égard d'un non commerçant ou d'un commerçant pour des faits étrangers à son commerce, il faut utiliser un mode légal de preuve, dans les conditions d'admissibilité du Code civil.

Vous connaissez les cinq modes de preuve : la preuve écrite, l'aveu, le serment, le témoignage et la présomption.

Vous connaissez aussi l'article clé de cette matière : l'article 1341 du Code civil et sa double règle :

1. il faut une preuve écrite pour toute chose dépassant la somme ou valeur de 3.000 frs. ;
2. aucune preuve par témoignage ou présomption, aussi convaincante soit-elle, n'est admise contre un écrit.

Cet article ne connaît que deux exceptions : le commencement de preuve par écrit et l'impossibilité de rapporter la preuve écrite.

Tel est le cadre juridique dans lequel il faut situer la question de la valeur probante des documents non manuscrits.

Je vous propose d'examiner successivement la valeur probante du microfilm et de la photocopie, du télégramme et du télex, de la griffe ou du cachet-signature, des documents d'ordinateur, et enfin du magnétophone. Ce sont les catégories principales. La réalité est beaucoup plus complexe : je cite pêle-mêle : le télétraitement, les virements magnétiques, la lettre de change relevé, le traitement comptable intégré, le microfilm C.O.M., le microfilm argentique, les surfaces sensibles diazoïques. Les juristes sont confrontés à des mécanismes techniques d'une complexité parfois importante mettant en oeuvre une technologie sophistiquée, et dont le manie-ment lui-même suppose parfois une formation particulière considérable.

La première difficulté pour le juriste et, notamment, pour un juge, est de se faire une idée de la fiabilité des nouveaux documents, des risques d'erreurs ou de fraudes.

Si nous examinons la valeur probante des photocopies ou microfilms, on doit évidemment être conscient des fraudes possibles. Le cliché peut ne pas reproduire l'intégralité du document, or des mentions importantes peuvent se trouver le long d'un bord ou à une extrémité du document original. Le cliché peut aussi ne pas faire apparaître certains éléments de l'original, tels certaines indications en couleurs ou des corrections, ou certains montages. Le microfilm lui-même paraît par contre, quasi infalsifiable : les fraudes éventuelles ne peuvent se situer, pratiquement que lors des opérations de prise de vue ou de tirage (10).

Mais, il ne faut pas oublier qu'un document original peut lui aussi être faussé. Celui à qui on oppose un acte écrit est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature, selon l'article 1323 du Code civil. Dans la pratique judiciaire, la majorité des magistrats appliquent implicitement cette règle aux photocopies. En ne demandant pas la production de l'original, le défendeur fait, en réalité, un aveu tacite de la conformité de la photocopie à l'original.

Ce point de vue est généralement admis, bien qu'un jugement en sens contraire ait encore été rendu par le Tribunal de Namur, en 1978. Alors que le défendeur ne contestait pas, semble-t-il, la conformité de la photocopie à l'original, le Tribunal a ordonné la production de cet original (11).

(10) Pour un examen des falsifications possibles, cfr : M. REULOS, Le droit de la preuve et les techniques modernes d'établissement, de reproduction et de diffusion des documents, dans les Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. XIX, La Preuve, Quatrième Partie : Période contemporaine, Bruxelles, 1963, p. 305 à 329 ; F. CHAMOUX, L'évolution du droit de la preuve dans le droit des affaires - Etude sur le microfilm. Rapport de synthèse, Paris, Ministère de la Justice, Extrait du Compte général 1974 - tome I, p. 133 à 183.

(11) Civ. Namur, 17 février 1978, Rev. Rég. Dr., 1978, p. 32 et note de R. GRANDMOULIN.

La Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt récent, qu'une photocopie peut être retenue comme présomption, et se voir appliquer l'article 1323 du Code civil (12).

Si je reprends ici les trois principes importants que j'ai tenu à rappeler tout à l'heure, nous pouvons retenir ceci : on peut convenir contractuellement qu'une photocopie ou un microfilm fera preuve entre parties, sans aucune formalité particulière, par clause de conditions générales, de contrat d'adhésion, etc... On peut faire valoir une photocopie à l'égard d'un commerçant contre qui elle constituera, au moins, une présomption qu'il ne pourra détruire qu'en désavouant la conformité à l'original d'une manière précise et circonstanciée. La contestation éventuelle sera soumise à l'appréciation souveraine du magistrat.

Il reste la question de la valeur de la photocopie, selon le droit civil, qui exige une preuve écrite pour toutes choses excédant la somme ou valeur de 3.000 frs.

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. Cette différence étant rappelée, 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

(12) Cass. 8 mai 1980, J.T., 1980, p. 577.

doctrine traditionnelle enseigne que les copies d'actes sous seing privé n'ont aucune valeur probatoire et que seul l'original peut faire preuve (13).

Cet enseignement que l'on prétend tirer directement des textes légaux, sans autre motivation, paraît pourtant discutable (14). Mais, cette interprétation a été consacrée par la doctrine et la jurisprudence unanime, en manière telle qu'une remise en cause paraît plus spéculative qu'utile, encore que les magistrats soient souvent prêts à des tours de force en la matière.

Dans l'état actuel de notre droit positif, celui qui produit une photocopie sans pouvoir en donner l'original ne prouve pas valablement le contenu de son document. La photocopie n'est pas un acte sous seing privé exigé par l'article 1341 du Code civil.

On peut, néanmoins, se demander si une photocopie ou un microfilm ne peuvent pas constituer 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

(13) Cf. notamment, H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, t. III, n° 833-A.

(14) cf. X. MALENGREAU, Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, Ann. Dr. de Louvain, t. XLI 2/1981, pp. 110 à 114 ; dans un sens plus restreint : cf. F. CHAMOUX, Le microfilm au regard du droit des affaires, J.C.P. 1975, D.-2725, n°s 4 à 10.

le demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Si cette dernière condition ne suscite pas de difficultés particulières, il n'en va pas de même des deux autres.

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. Elle fournit, cependant, un écrit par elle-même, puisqu'elle reproduit et présente des signes qui représentent des sons et des paroles. 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 remplie (15). Plus largement, on peut considérer que constitue un écrit, tout document dont on peut prendre connaissance par simple lecture, ce qui est le cas d'une photocopie (16).

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 souvent de celui qui la produit. Cependant, ici encore, on peut étendre le critère si l'écrit photocopié reproduit la signature ou d'autres mentions qui émanent du défendeur. La photocopie émane de celui-ci, de manière indirecte mais nécessaire, dans la mesure où celui-ci a fourni l'original de base, et a contribué à sa réalisation.

On peut évoquer ici le cas similaire de la bande d'enregistrement sonore que certains auteurs acceptent d'assimiler à un commencement de preuve par écrit (17). Ils y reconnaissent un écrit, dans la mesure où il s'agit d'une transcription d'un langage

(15) Cfr. Y. LOBIN, note sous Montpellier, 30 janvier 1963, Receuil Dalloz 1963, J. 669; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, Traité de droit civil, t. I, Paris, 1977, n° 643

(16) Cfr. F. LAURENT, Principes de droit civil, t. XIX, Bruxelles, éd. 187 n°s 196 à 198.

(17) Cfr. R. ABRAHAMS, La preuve civile par magnétophone, J.T., 1963, p. 584 et 585; Y. LOBIN, op. cit..

par des signes magnétiques audibles, ce qui pourrait entrer dans une définition large de l'écrit. Un tel enregistrement ne provient généralement pas directement de celui à qui on l'oppose, mais il émane néanmoins de lui, dans la mesure où il reproduit sa parole, comme une photocopie reproduit son écriture.

Il semble bien, toutefois, que cette seconde condition soit la principale pierre d'achoppement. Pour qu'une photocopie soit considérée comme un commencement de preuve par écrit, il faut que la personne à qui on l'oppose ait "participé à sa production ou à sa communication" (18).

Sur ce point, il faut considérer que l'évolution reste en cours, et que la jurisprudence n'a pas encore adopté une solution vraiment tranchée.

Jusqu'où peut-on aller sans dénaturer la seconde condition de l'article 1347 du Code civil ? La Cour de cassation a admis qu'il n'était pas nécessaire que le commencement de preuve par écrit soit manuscrit. Il ne doit être ni signé, ni écrit de la main de celui à qui on l'oppose. Il suffit, selon un auteur, qu'il soit son "oeuvre intellectuelle". (18bis)

Lorsqu'une photocopie reproduit la signature ou l'écriture du défendeur, on peut concevoir qu'elle émane indirectement de celui-ci, dans la mesure où le défendeur a participé, en confectionnant ou en signant l'original, à la réalisation de la photocopie. Il semble bien qu'il s'agisse d'une appréciation laissée à la liberté du juge du fond.

Selon la Cour de cassation de France, le défendeur ne peut se contenter de contester les mentions de l'acte reproduit, ni la signature, mais doit contester la conformité à l'original. (18ter)

(18) Cass. Fr., 21 avril 1959, Dalloz. 1959, J. 521, et note de MALAURIE.

(18bis) Cfr. J. HEMARD, La preuve en Europe occidentale continentale au XIXème et XXème siècles, dans les Recueils de la Société Jean BODIN, op. cit., p. 23.

(18ter) Cass. Fr. (1ère Ch. civ.), 1er juillet 1976, Bull. 1976, I, p. 205-206.

Le télex ou le télégramme ne présentent 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.

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 frs, sauf - bien sûr - convention contraire.

Certaines opérations juridiques ne font cependant l'objet d'aucun document directement établi par une partie, mais seulement d'inscriptions magnétiques par ordinateur. C'est le cas, par exemple, pour l'usage, de plus en plus répandu, des MISTER-CASH, BANCONTACT, POSTOMAT, etc... (19).

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 ?

(19) Cfr., à ce propos, l'étude de la KREDIETBANK, op. cit., et de G. VANDENBERGHE et J. de LAME, op. cit.

Les ordinateurs, non infaillibles, 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, bien qu'on constate qu'il est beaucoup plus difficile de falsifier un programme d'ordinateur qu'un document manuscrit traditionnel.

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. Cet article dispense de l'exigence de rapporter une preuve écrite lorsqu'il est impossible d'établir un tel document manuscrit.

L'article 1348 donne quatre exemples d'impossibilités, mais la doctrine et la jurisprudence admettent que la liste n'est pas exhaustive (20).

Cette exception vise d'abord tous les faits juridiques. On ne peut, par exemple, obliger un créancier de se constituer une preuve écrite d'une faute constitutive d'un délit ou d'un quasi-délit. L'exception vise aussi les cas d'impossibilité liée aux usages (21). Il s'agit évidemment d'un élargissement très important de l'exception. L'exemple du Code civil montre le caractère très souple de cette exception : on admet une impossibilité liée aux usages en cas de dépôt fait par les voyageurs dans un hôtel. Le Code civil précise qu'il faut tenir compte de la qualité des personnes et des circonstances de fait.

L'usage d'un Mister-Cash ou d'un Bancontact, en supprimant toute intervention humaine, constitue une impossibilité beaucoup plus absolue.

(20) Cfr. H. DE PAGE, op. cit., n° 899.

(21) Id., n° 905.

Et pourtant, la KREDIETBANK a diffusé l'an passé une étude donnant une interprétation beaucoup plus sévère de l'article 1348. L'auteur de cette étude admet qu'il est impossible de constituer un acte sous seing privé dans une telle opération, mais que le BANCONTACT ou le MISTER-CASH fournit néanmoins une preuve écrite. Le document d'ordinateur est un écrit, or l'article 1348 ne vise que les impossibilités d'établir un écrit ce qui n'est pas le cas. La difficulté serait alors insurmontable : il y a un écrit, ce qui écarte l'article 1348, mais cet écrit n'est pas conforme à l'article 1341 (22).

Il me paraît difficile d'admettre une interprétation aussi stricte de l'article 1348. Cet article ne vise pas les impossibilités d'établir un écrit, mais - et ce n'est pas tout à fait pareil - l'impossibilité de se procurer "une preuve littérale", c'est-à-dire soit un acte authentique, soit un acte sous seing privé. L'écrit non signé n'est, au plus, qu'un commencement de preuve par écrit, mais non une preuve littérale qui doit avoir un caractère contradictoire.

Je pense plutôt qu'en cas d'usage de commun accord d'un ordinateur, l'article 1348 ouvre la porte à la preuve par présomptions. Dans cette optique 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. Il s'agit d'une question de fait soumise à la libre et souveraine appréciation du juge du fond.

(22) Op. cit., p. 79-80.

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).

Plus encore, mais je n'y reviens plus ici, la signature doit, pour constituer une preuve littérale, un acte sous seing privé, être apposée directement. Seul son premier support donne un acte probant. Le carbone de la signature, la photocopie de l'acte signé, ne remplissent pas cette condition (24).

Une griffe ne comporte ni l'élément matériel d'une signature (identification du scripteur), ni l'élément intentionnel (volonté personnelle d'approuver l'acte signé).

Le problème insurmontable posé par la griffe est qu'on ignore l'identité de son utilisateur. Certes, certains ont avancé que ce problème pourrait être contourné par un système de blocage avec une clef que le signataire peut conserver et par un compteur du nombre d'empreintes apposées. On peut aussi ajouter qu'il existerait des appareils apposant mécaniquement une signature manuscrite avec un stylo selon un cliché, rien

(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.

(24) M. REULOS, op. cit., p. 310-312.

(25) id., p. 311.

ne permettant de distinguer cette signature d'un original (25). Ce serait un faux parfait. On peut enfin dire que les variantes des signatures apposées par une même personne facilitent l'imitation, qu'une simple croix d'un illettré vaut signature, etc...

Ces arguments, on peut en discuter, ne paraissent pas convaincants en droit commun. Il serait dangereux de dénaturer la notion de signature, en tant qu'acte personnel d'adhésion. Je crois qu'il faut rester intransigeant sur cette question, sans oublier - bien sûr - les principes évoqués tout à l'heure et auxquels je vais revenir dans un instant.

Avant cela, je veux encore évoquer la question du magnétophone qui fournit un type de document un peu à part et qui suscite une certaine réticence. On pourrait y assimiler un film cinématographique. La première question qui se pose, à leur égard, est la question à leur licéité. L'espionnage est-il licite entre cocontractants? Les décisions jurisprudentielles sont rares, mais elles sont toujours négatives, lorsque l'enregistrement est fait à l'insu de celui à qui on l'oppose (26). Cela peut se discuter, car ce genre de jugement relève davantage de la conscience de ce qu'est un comportement correct, loyal, que d'arguments. Pour ma part, je partage la vive résistance jurisprudentielle.

Lorsqu'un enregistrement a été établi loyalement et contradictoirement, le droit positif peut l'accueillir comme commencement de preuve par écrit, du moins si l'on admet une conception élargie de l'écrit, et si l'on considère que la voix reproduite émane en suffisance de celui à qui on l'oppose (27). Le dictionnaire définit l'écriture comme une représentation de la parole et de la pensée par des signes. Les signes

(26) Cfr. R. ABRAHAMS, op. cit., p. 582; F. CHAMOUX, Synthèse de l'enquête sociologique, op. cit., p. 107.

(27) Cfr. R. ABRAHAMS, op. cit., p. 585.

d'une bande d'enregistrement comme d'une bande magnétique peuvent constituer un écrit au sens large du terme même s'il ne s'agit pas d'un écrit littéral, c'est-à-dire un écrit qui utilise des lettres.

Sans avoir été exhaustif, nous avons ainsi évoqué les principaux problèmes types posés par les nouveaux documents de preuve issus des techniques modernes. Le recours à ces techniques étant, pratiquement, inévitable, faut-il attendre et demander un assouplissement du droit commun de la preuve ou, plutôt faire confiance à l'évolution jurisprudentielle et utiliser les possibilités du droit positif ?

Il faut revenir à l'introduction de notre carrefour. Dans l'état actuel de notre droit, les contestations restent très rares. Il n'est pas certain qu'un assouplissement de règles ne fera pas naître davantage de problèmes qu'il n'en règlera réellement. Un tel assouplissement devrait être extrêmement limité. Le télex, le télégramme, la bande magnétique ne peuvent pas avoir la force d'un acte signé ; la griffe ne peut équivaloir à la signature manuscrite ; la photocopie ou le microfilm restent susceptibles de trucages dont on doit tenir compte.

Quel que soit notre souhait de suivre les progrès de la technique, on ne peut négliger la force probante limitée, en fait, des documents non manuscrits, par rapport aux traditionnels écrits signés. Ces limites tiennent soit à leur caractère unilatéral, soit à l'incertitude de leur auteur.

En France, la loi du 12 juillet 1980 a introduit une nouvelle exception à l'article 1341 du Code civil lorsqu'une partie présente une reproduction fidèle et durable de l'original (28). Nous pourrions nous

(28) La note de "fidélité" pourrait cependant susciter des difficultés : cfr. J. VIATTE, op. cit., p. 582 ; F. CHAMOUX, La loi du 12 juillet 1980, op. cit., n° 24.

en inspirer de lege ferenda, dans la mesure où le carcan de l'article 1341 ne pourrait être assoupli par la notion de commencement de preuve par écrit.

Il pourrait, par contre, être maladroit de réformer le droit positif dans un sens trop strict, par exemple comme l'a suggéré un avant-projet de loi de 1972 (29), en autorisant le microfilm au profit de certains organismes et dans des conditions techniques strictes. Une telle réforme risquerait, a contrario, d'affaiblir la valeur probante des documents ne remplissant pas ces conditions. On risquerait d'entendre plaider que ce qui n'est pas admis, travaux préparatoires à l'appui, s'en trouve invalidé ce qui pourrait perturber l'évolution de la jurisprudence de lege lata.

Dans l'état actuel de notre droit, et compte tenu de l'évolution de la jurisprudence, nous pouvons revenir aux trois principes fondamentaux de mon exposé. L'ouverture actuelle du droit positif aux documents non manuscrits va dans deux sens : l'un. dépend des praticiens, l'autre des magistrats.

En ce qui concerne les praticiens qui 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 (30). Depuis le début de ce siècle, cette conception est unanimement abandonnée.

(29) Réf. : Ministère de la Justice, Administration de la Législation, Législation civile, n° 2120 (1972).

(30) Cfr. F. LAURENT, op. cit., n° 397; Cass. 24 avril 1845, Pas., 1846, I, p. 60. Sur l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence : cfr. J. DABIN, op. cit., p. 229.

Comme nous l'avons déjà rappelé, 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.

Nos plus éminents civilistes 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. 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, par facture, par photocopies, microfilms, relevés d'ordinateur, etc... à des non-commerçants. L'usage d'une griffe peut également être validée contractuellement.

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.

Les clauses peuvent prendre des formes diverses et très implicites. J'en donnerai pour seul exemple, la clause de la Régie des Télégraphes et Téléphones. Lors d'une demande de raccordement, le demandeur déclare - et je cite - "1. prendre, aux ... conditions de raccordement et d'usage des moyens de télécommunication, un abonnement ... ; 2. avoir connaissance que la facture ne comporte pas le détail du trafic et que, sauf le cas d'une défaillance technique constatée par la Régie des T.T., son montant est réputé exact ; il appartient à l'abonné qui conteste la somme portée en compte d'apporter la preuve de l'inexactitude du relevé".

Lorsqu'on pense à la sévérité usuelle des conditions générales dans toutes les branches d'activités économiques, on ne peut que s'étonner de l'inertie du praticien en ce qui concerne la preuve des actes juridiques. Les juristes d'entreprises ont là, semble-t-il, des responsabilités à prendre.

Du côté de la magistrature, l'ouverture potentielle concerne principalement la notion de commencement de preuve par écrit qui devrait être reçue dans un sens extensif. Constitue un écrit, tout document comprenant des signes qui représentent des sons et des paroles. Cet écrit émane de celui à qui on l'oppose, dès qu'il en est son oeuvre intellectuelle, même dans une mesure minime ou indirecte : il suffit que la signature photocopiée soit la sienne, que le télex vienne de son appareil d'émission, que la griffe soit celle du défendeur, que la voix enregistrée soit la sienne.

N'étant pas assimilable à des preuves littérales, au sens de l'article 1341 du Code civil, les nouveaux documents de preuve pourront, en toute hypothèse, être contestés par toutes voies de droit, y compris par témoignages et présomptions.