

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie

Mougenot, Dominique

Published in:
La preuve

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Mougenot, D 2002, Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie. Dans *La preuve*. VOL. 54, Commission Université Palais , CUP, Liège, p. 229-268.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

***LE RÉGIME PROBATOIRE
DE LA PHOTOCOPIE ET DU TÉLÉFAX***

**Dominique MOUGENOT,
juge au tribunal de commerce de Mons,
collaborateur scientifique à l'U.I.g. et aux F.U.N.D.P.**

SOMMAIRE

SECTION I

UN BREF RAPPEL DES PRINCIPES	235
<i>A Le régime de la preuve en droit belge.....</i>	<i>235</i>
<i>B Recevabilité, force probante, valeur probante.....</i>	<i>237</i>

SECTION II

LA PHOTOCOPIE	241
<i>A Description du mécanisme</i>	<i>241</i>
<i>B La photocopie est-elle une copie ?</i>	<i>242</i>
<i>C Toutes les photocopies sont-elles soumises à ce régime ?</i>	<i>242</i>
1. <i>Les lois créant un statut spécial des copies.....</i>	<i>242</i>
2. <i>Appréciation critique</i>	<i>244</i>
<i>D La photocopie est-elle un commencement de preuve par écrit ?</i>	<i>245</i>
1. <i>Définition du commencement de preuve par écrit..</i>	<i>245</i>
2. <i>La photocopie est-elle un écrit ?</i>	<i>246</i>
a) <i>Définition de l'écrit.....</i>	<i>246</i>
b) <i>Approche fonctionnelle.....</i>	<i>248</i>
3. <i>De qui émane la photocopie ?.....</i>	<i>252</i>
4. <i>Conclusion.....</i>	<i>252</i>
<i>E Si l'original est perdu par cas fortuit.....</i>	<i>253</i>
<i>F Et si la conformité à l'original n'est pas contestée ?.....</i>	<i>254</i>

SECTION III

LA TÉLÉCOPIE	257
A Description du procédé et difficultés techniques	257
B Qualification de la télécopie en tant que mode de preuve	260
1 Le téléfax est-il un original ?	260
2 Le téléfax est-il un commencement de preuve par écrit ?	263
C Preuve de l'émission et de la réception du document	263
CONCLUSION	267

1. Pourquoi reparler de la photocopie et du téléfax ? Ces procédés sont connus depuis plusieurs décennies et ont déjà fait l'objet d'examens parfois approfondis. Actuellement, l'informatique et les procédés de signature électronique leur ont ravi la première place dans la doctrine. Le fax et la photocopie font en effet partie de la première génération des techniques modernes de reproduction et de transmission de documents. Cependant la lecture des articles qui leur ont été consacrés démontre que leur statut est loin d'être clair. On les qualifie tour à tour de présomption, de copie, de commencement de preuve par écrit, voire même parfois ... d'original. Suivant les auteurs, ils constituent ou pas des écrits. Par ailleurs, si les décisions belges en la matière restent éparpillées, la jurisprudence de la Cour de cassation française a fortement évolué. La présente étude a donc pour but de rappeler les principes et de déterminer s'il est possible de mieux cerner le statut juridique de ces mécanismes, à la lumière des avancées doctrinales et jurisprudentielles.

Section I

Un bref rappel des principes

A. Le régime de la preuve en droit belge

2. Le Code civil et son système de preuve hiérarchisée constituent un handicap sérieux à la prise en compte des technologies nouvelles.

Rappelons brièvement que deux systèmes s'opposent à cet égard :

- le système de preuve libre, dans lequel les parties peuvent en toute matière rapporter la preuve des actes et faits par toutes voies de droit ;
- le système de preuve réglementée, dans lequel les parties ne peuvent recourir qu'à certains modes de preuves définis par la loi (sau exceptions) et qui hiérarchise les modes de preuves en fonction de leur force probante (c'est le système du Code civil) (1).

3. Le Code civil est ainsi marqué par la prééminence de l'écrit : l'article 1341 exige la production d'un acte sous seing privé pour prouver tous les actes juridiques dont la valeur excède 375 euros (2). Il s'agit là de l'héritage de l'ordonnance de Moulins de 1566, qui renversa l'adage de l'ancien droit « témoins passent lettres » (3). La primauté de l'écrit n'est pas arbitraire, mais repose sur l'idée selon laquelle ce mode de preuve offre la plus grande sécurité et doit donc être favorisé pour conforter les relations juridiques entre particuliers (4).

(1) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 38 et s.

(2) L'adaptation du montant de 15.000 fr., figurant à l'article 1341 C. civ., a été réalisée par l'article 1er de l'arrêté royal du 20 juillet 2000 portant exécution en matière de justice de la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution (*Mon. Belge* du 30 août 2000, p. 29.495).

(3) M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve* U.C.L., 1987, p. 1.

(4) H. CROZE, « Informatique, preuve et sécurité », *Dall.*, 1987, chron., p.166.

Font exception à ce principe :

- le domaine du droit commercial, où, conformément à l'article 25 du Code de commerce, la preuve est libre (sauf quelques exceptions pour lesquelles la loi exige néanmoins un écrit : contrat d'assurance, contrat de société, lettre de change...) (5). Lorsqu'on a affaire à un acte mixte, impliquant un commerçant et un non-commerçant, le non-commerçant pourra bénéficier de la liberté des preuves attachée à la commercialité alors que le commerçant devra respecter les règles de preuve du droit civil (6) ;
- les transactions de valeur minimale, soit inférieures à 375 euros (art. 1341 C. civ.) ;
- les faits juridiques, qui ne sont pas visés par l'article 1341 et dont la preuve est libre ;
- les hypothèses dans lesquelles les parties peuvent invoquer un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité de constituer un écrit (articles 1347 et 1348 C. civ.). Nous examinerons plus loin le régime du commencement de preuve par écrit.

Par ailleurs, le Code civil instaure une hiérarchie entre les différents modes de preuve, donnant la prééminence à trois d'entre eux : l'écrit (preuve littérale), l'aveu et le serment, qui sont admissibles en toutes circonstances et, en principe (7), lient le juge. Ils sont dès lors qualifiés de modes de preuve parfaits. En revanche, les témoignages et présomptions ne sont recevables que lorsque la preuve peut être rapportée par toutes voies de droit et ne s'imposent pas au juge, qui reste libre de sa décision. Ils sont dès lors considérés comme des modes de preuve imparfaits (8).

(5) X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, n° 1 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. I, n° 153 ; R. MOUGENOT, *La preuve*, *Rép. Not.*, t. IV. Livre II, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, n° 54 et s. ; J. VAN RYN & J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2e éd., n° 37.

(6) X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *R.D.C.*, 1986, p. 89 et s. ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 59 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Les obligations - Examen de jurisprudence (1968 - 1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 708 et s., n° 121 ; K. TROCH, « Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken. (1988-1999) », *DA/OR*, 2001, p. 102, n° 2.

(7) Sauf fraude, mensonge ou problème d'interprétation : R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 6.

(8) R. MOUGENOT, *loc. cit.* ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 228 et s.

4. Enfin, le Code civil consacre quelques dispositions au statut des copies. On entend par copie la transcription littérale faite d'après l'original (9). Les articles 1334 et suivants règlent le problème de leur force probante. L'article 1334 énonce que la copie ne fait foi que de ce qui est contenu au titre, dont la présentation peut toujours être exigée. La question de savoir si cette disposition s'applique uniquement aux copies d'actes authentiques ou également aux copies d'actes sous seing privé est controversée (10). En réalité ce débat n'a pas beaucoup d'intérêt pratique (11) : en effet, qu'elle soit ou non régie par l'article 1334, la copie est en soi dépourvue de force probante et la partie contre laquelle on l'oppose peut toujours réclamer la production de l'original. Cela ne veut pas dire pour autant que les copies soient dépourvues de toute utilité : elles pourront être produites, même en justice, tant que leur conformité à l'original n'est pas contestée (12).

B. Recevabilité, force probante, valeur probante

5. La recevabilité traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice (13). La preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée. C'est le stade préliminaire de la réception des preuves. Généralement, la recevabilité est régie par la loi. Il en va ainsi de toutes les dispositions qui requièrent un écrit pour la preuve d'un acte juridique. L'exemple le plus évident est l'article 1341 du Code civil, qui dispose que seule la

(9) DE PAGE, *Traité*, t. III, 3e éd., n° 832.

(10) Pour l'application aux actes sous seing privé : M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 17 ; X. MALENGREAU, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de réduction, de reproduction et de conservation des documents », *Ann. Dr. Louv.*, 1981, p. 111 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 418 - *Contra* : G.L. BALLON, *Het bewijs in de moderne technieken*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, Antwerpen, 1989, p. 45 ; DE PAGE, *op. cit.*, t. III, n° 833 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 188.

(11) L. CORNELIS & L. SIMONT, « Bewijsrecht en technologische evolutie - enkel overwegingen », in *Recht en technologie*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 153, n° 3.

(12) G.L. BALLON, *op. cit.*, p. 46 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 17.

(13) L'expression « recevabilité » est assez largement admise en doctrine. Toutefois, elle est critiquée par certains auteurs, au motif que ce terme ne peut qualifier que l'admissibilité d'une demande en justice (M.E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1505 et s., n° 9). S'il est exact que la recevabilité d'une action en justice est un concept fondamental du droit judiciaire, cela ne nous paraît pas empêcher que cette notion puisse également être utilisée en droit civil.

preuve littérale est recevable pour rapporter la preuve d'un acte juridique entre particuliers dont la valeur dépasse 375 euros. Toutefois, plus largement, on peut aussi considérer que relèvent de la recevabilité des preuves l'interdiction de recourir à des modes de preuve violant le secret professionnel ou la vie privée, ou encore des preuves non pertinentes pour établir l'acte ou le fait litigieux (14).

6. La valeur probante d'une preuve est son aptitude à emporter la conviction du juge. C'est son caractère convaincant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience (15). C'est l'étape suivante du processus de réception des preuves. En effet, il ne suffit pas qu'une preuve soit recevable et puisse donc être prise en considération, encore faut-il qu'elle puisse amener le juge à considérer l'objet de la preuve comme établi. La valeur probante d'un moyen de preuve dépend essentiellement des éléments de fait du litige dans lequel il est invoqué.

7. La force probante est en revanche un concept plus obscur et difficile à cerner.

De Page en donne une double définition (16) :

- la force probante est la valeur, en tant que preuve, qui s'attache à un fait ou indice extérieur retenu comme preuve, comme élément probatoire ;
- la force probante d'un acte, c'est la foi due à cet acte en tant qu'il est retenu comme preuve par la loi.

La première branche de la définition est générale et vise tout élément de preuve. Elle ne fait pas de distinction entre force probante et valeur probante. La seconde branche de la définition ne vise que les actes. Elle est très proche de la définition donnée par le Procureur général Dumon :

(14) G. GOUBEAUX & P. BIHR, *Rép. Droit civil Dalloz*, v° preuve, n° 169. *Contra* : X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 97, qui considère que la pertinence relève du fond et pas de la recevabilité.

(15) F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35.

(16) DE PAGE, t. III, 3e éd., n° 747 A.

« la force probante d'un acte est le degré, l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge » (17). N. Verheyden-Jeanmart considère que la force probatoire est la mesure dans laquelle il faut tenir pour vrai ce qui se trouve énoncé dans l'acte et, par conséquent, la mesure dans laquelle la preuve du contraire est admise (18). Cette définition précise bien les deux facettes de cette notion : à l'égard du juge, il convient de déterminer dans quelle mesure celui-ci est lié par le mode de preuve qui lui est proposé (19). À l'égard des parties, il importe de préciser si celles-ci sont autorisées à rapporter la preuve contraire du fait ou de l'acte allégué. On pourrait donc résumer ces réflexions par la formule suivante : la force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties.

Force probante et valeur probante sont inversement liées. Lorsque la force probante d'un mode de preuve est importante ou forte (preuve littérale, aveu, serment...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve : il doit l'accepter tel quel sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsque la force probante du moyen de preuve est faible ou inexistante (témoignages présomptions, copies...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve. Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il est confronté à un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes.

(17) F. DUMON, *loc. cit.* Formule reprise dans le sommaire d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1999 mais ne figurant pas dans le texte de l'arrêt lui-même.

(18) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 397.

(19) L'exemple le plus parlant est celui de l'aveu : il lie le juge, même si celui-ci n'est nullement convaincu de la sincérité de la personne qui avoue et de la réalité du fait avoué. Voir : R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 288.

Section II

La photocopie

A. Description du mécanisme

8. La photocopie est un procédé optique de reproduction de document. Il s'agit de la reproduction photographique d'un document original dactylographié ou manuscrit (20).

D'usage très répandu, même en justice, elle représente la quintessence de la copie, puisqu'elle reproduit fidèlement toutes les imperfections de l'original, ainsi que la signature. De ce fait, l'analyse graphologique d'une photocopie de signature est malaisée mais possible (21). En cela elle offre beaucoup plus de garanties que la copie manuscrite, puis qu'elle supprime tout risque d'altération involontaire de l'original. Et revanche, mais en cela elle ne se distingue pas de la copie au sens du Code civil, elle est susceptible d'altération volontaire, parfois difficilement décelable, sauf au prix de coûteuses expertises (22). La photocopie n'offre donc jamais aucune garantie de conformité, si ce n'est lors qu'elle est réalisée par un opérateur dont la probité ne peut être mise en doute. Comme le dit un auteur français, la photocopie est, comme l'avion, un véhicule très sûr mais dont les accidents ne pardonnent guère (23).

(20) M. ANTOINE, M. ELOY & J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, Story - Scientia, 1991, p. 96.

(21) *Ibidem*.

(22) D. DE WINTER, « De bewijskracht van fotocopiën in het burgerlijk recht », *Jura Falconis* 1967-1968., p. 12; Y. LOBIN, Note sous Montpellier, 30 janv. 1963, *Dalloz*, 1963, Jur., p. 669; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 192; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 428.

(23) P. JESTAZ, « Commentaire de la loi du 12 juillet 1980 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 821. Dans le même sens : Y. CHARTRIER, « Note », *J.C.P. (éd. gén.)*, 1995, II, p. 113 ; S. PIELOLIEVRE « Note », *Dall.*, 1995, jur., p. 341.

B. La photocopie est-elle une copie ?

9. La copie est la reproduction de l'original mais elle se distingue de celui-ci par le fait qu'elle ne porte pas de signature originale (24). En cela, on peut effectivement affirmer que la photocopie n'est pas un acte sous seing privé mais constitue bien une copie (25). Cela signifie que la personne à qui on oppose la copie peut toujours exiger la production de l'original. Si celui-ci existe, il n'y a pas de problème. Si, en revanche, l'original est perdu ou n'est pas en possession de celui qui invoque la copie, celle-ci ne lui sera pas d'un grand secours dès lors qu'elle est dépourvue de force probante (26). Tout au plus, cette photocopie pourrait-elle servir comme présomption, si ce mode de preuve est admis dans le cas d'espèce (27). Sa valeur probante sera fonction de la fidélité apparente de la photocopie. Ce constat peut apparaître insatisfaisant, compte tenu de l'usage très répandu de la photocopie dans notre droit et la qualité de la reproduction qu'elle offre.

C. Toutes les photocopies sont-elles soumises à ce régime ?

1. Les lois créant un statut spécial des copies

10. Le législateur belge a adopté une législation visant à accorder un statut privilégié à certains types de copies : seuls les dépositaires nommément désignés pourront bénéficier du régime mais, en revanche, tous les procédés technologiques de reproduction sont admissibles sans distinction.

Des dispositions de ce type se retrouvent déjà dans des législations éparées avant 1990 :

- loi sur l'Office des chèques postaux (L. 2 mai 1956, art. 19)
- la C.G.E.R. (A.R. n°44, 24 oct. 1967, art. 3)

(24) DE PAGE, t. III, 3e éd., n° 832 ; G. GOUBEAUX & P. BIHR, *op. cit.*, n° 1028 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 187.

(25) Civ Malines, 20 décembre 1994, *Pas.*, 1994, III, 52.

(26) R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 189

(27) Cass., 8 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1111 ; *J.T.*, 1980, 577 ; R. W., 1981-1982, col. 252 ; Liège, 16 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 417 ; *Rev. prat. soc.*, 1998, 107.

- le service d'allocations aux handicapés (L. 30 déc. 1989, art. 137)
- le loto et le toto (A. min., 8 déc. 1977, art. 8 et 29 sept. 1980, art. 26)

Entre 1991 et 1993, le régime sera étendu à d'autres organismes :

- les établissements publics de crédit (C.G.E.R., S.N.C.I., O.C.C.H... - 17 juin 1991, art. 196)
- les banques et les caisses d'assurances privées (L. 22 juillet 1991, art. unique)
- les entreprises d'assurances (L. 22 juillet 1991),
- les Bourses et les divers acteurs du marché financier (L. 28 juillet 1992, art. 95)
- la Banque Nationale de Belgique, l'Institut de Réescampte et de Garantie et d'autres institutions financières (L. 6 août 1993, art. 28) (28)

11. Le régime mis en place en 1956 pour l'O.C.P. prévoyait que les copies photographiques ou microphotographiques détenues par ce organisme font foi comme les originaux, si elles ont été établies par l'organisme et sous son contrôle. On y décèle encore une limitation au point de vue technologique : on ne parle pas des procédés de stockage sur disques optiques, inconnus à l'époque. Par contre, le texte crée une véritable présomption irréfragable de conformité à l'original.

À cet égard, le régime de 1991 - 1993 fait un pas en arrière : on précise que les copies photographiques, microphotographiques, magnétiques électroniques ou optiques de documents détenus (par ces organismes) font foi comme les originaux dont elles présument, sauf preuve du contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été établies par (eux) et sous leur contrôle. Les reproductions qui en sont délivrées doivent être certifiées conformes par un agent délégué à cette fin et revêtues du sceau de (ces organismes). Sur le plan technique, on a élargi le champ d'application. En revanche, au niveau juridique, il ne s'agit plus que d'une présomption réfragable de conformité à l'original (29).

(28) Pour la liste complète et exhaustive, voir : M. TAEYMANS, « Bewijsrecht in een geautomatiseerde bankomgeving », *Rev. Banque*, 1994, p. 224 et s.

(29) J.P. BUYLE, « Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents », *J.T.*, 1993, p. 197 et s., n° 13 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 193.

12. Le bénéficiaire d'une telle réglementation se trouve néanmoins dans une position plus favorable que le détenteur ordinaire d'une copie. En effet, nous avons vu que l'article 1334 du Code civil précise que les copies n'ont pas de force probante en tant que telles et que l'adversaire peut toujours exiger la production de l'original. Tel n'est plus le cas en l'espèce : c'est à la partie contre qui la copie est invoquée par l'un des organismes visés qu'il appartient de démontrer la non conformité de la copie par rapport à l'original. Tâche malaisée si l'organisme dont question a détruit l'original pour des facilités d'archivage et que son cocontractant n'a pas conservé le sien. La copie aura dès lors une force probante identique à celle de l'original. Le texte légal, pour qualifier l'original, parle de « document » et ne vise donc pas uniquement les actes sous seing privé. Si l'original n'est pas un acte mais, par exemple, un enregistrement magnétique, la copie aura la même force probante que cet enregistrement (soit commencement de preuve par écrit, soit présomption).

2. *Appréciation critique*

13. Ces lois de réforme ont été critiquées à bon droit : la conformité de la copie ainsi créée est laissée à la responsabilité de l'entreprise et le Roi, habilité par la loi à définir les modes d'établissement des copies, ne l'a toujours pas fait à ce jour (30). Y. Poullet a plaidé pour l'introduction d'un statut nouveau de la copie, calqué sur les recommandations du Conseil de l'Europe (31). La copie fidèle (et les critères de fidélité devraient être définis par la loi) se verrait ainsi reconnaître une présomption de conformité à l'original et une force probante équivalente (32).

(30) Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 53, n° 13.

(31) Recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'administration de reproduction de documents et des enregistrements informatiques (publiée notamment dans M. ANTOINE, M. ELOY & J.F. BRAKELAND, *op. cit.*, p. 219). Cf. Y. POULLET, « Probate law : from liberty to responsibility », *EDI Law Review*, 1994, p. 90.

(32) Y. POULLET, *op. cit.*, « Les transactions commerciales... », n° 13

D. La photocopie est-elle un commencement de preuve par écrit ?

1. *Définition du commencement de preuve par écrit*

14. L'article 1347 du Code civil précise que la règle énoncée à l'article 1341 reçoit exception lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. Celui-ci est défini comme tout acte écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Dès lors que l'on se trouve en présence d'un tel document, la preuve par témoignages et présomptions est admise. Il ne s'agit donc que d'une preuve incomplète, un « adminicule de preuve, qui doit être complété par d'autres éléments (33). Cela limite fortement la portée de cette exception au régime de la preuve littérale. Si le document candidat au statut de commencement de preuve par écrit est isolé et ne peut être complété par d'autres éléments de preuve, il reste inefficace.

15. Deux caractéristiques de la définition retiendront notre attention dans le cadre du présent examen :

- il faut un écrit. Contrairement à l'acte sous seing privé, il n'est plus nécessaire qu'il soit signé, (34) mais il faut néanmoins que le document réponde à la définition de l'écrit.
- émanant de celui à qui on l'oppose. Il n'est pas requis qu'il soit de la main de celui contre qui on veut prouver, il suffit qu'il l'ait approuvé d'une façon quelconque. Si l'écrit est l'œuvre d'un tiers, il faut que la partie à laquelle on l'oppose l'ait ratifié ou approuvé d'une façon certaine (35).

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

(34) DE PAGE, t. III, 3e éd., n° 892; G. GOUBEUX & P. BIHR, *op. cit.*, n° 1076; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 62; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 355; Cass., 10 févr. 1967, *Pas.*, 1967 I, 714.

(35) Cass., 10 janv. 1939, *Pas.*, 1939, I, 37; Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 96a; Cass., 12 févr. 1967, *Pas.*, 1967, I, 709.

16. La question se pose dès lors de savoir si la photocopie ne peut être assimilée à un commencement de preuve par écrit. Cette solution a été admise par certaines juridictions (36). La jurisprudence récente de la Cour de cassation française a opéré une percée remarquable en cette matière. Un arrêt du 14 février 1995 paraît avoir définitivement admis la qualification de commencement de preuve par écrit, pour autant qu'il soit établi que la photocopie émane bien de celui contre qui la demande est formée (37).

Deux difficultés apparaissent dans les commentaires doctrinaux consacrés à cette question. D'une part, on peut se demander de qui émane la photocopie : de l'auteur de l'original ou de celui qui produit le document ? D'autre part, certains auteurs considèrent que la photocopie constitue une copie d'écrit mais n'est pas un écrit (38).

2. La photocopie est-elle un écrit ?

a) Définition de l'écrit

17. Comme nous l'avons indiqué, plusieurs auteurs considèrent que la copie n'est pas un écrit. Cette affirmation peut surprendre, mais on peut se demander si, en affirmant cela, ces auteurs n'entendent pas le mot « écrit » dans le sens d'« acte ». En effet, le Code civil lui-même utilise le terme « preuve littérale » dans deux sens différents (39). Dans le titre de la section première du chapitre VI (les articles 1317 et suivants), la preuve littérale fait référence à l'écrit au sens large, puisqu'elle englobe aussi bien les actes authentiques, les actes sous seing privé, les copies (et, accessoirement, les tailles et les actes récongnitifs et confirmatifs). Il s'agit de tous les documents rédigés par écrit. En revanche, à l'article 1348, le texte vise les hypothèses où le créancier n'a pu se procurer une preuve littérale de l'obligation. Dans cette disposition, le terme « preuve littérale » fait en réalité référence à l'acte (authentique ou sous seing privé), en d'autres termes, à l'écrit parfait. Il est unanime-

ment admis que la copie ne se confond pas avec l'acte, à défaut de signature originale. Mais de là à lui refuser purement et simplement la qualité d'écrit, n'est-ce pas aller trop loin ? Pour résoudre le problème il convient de se pencher sur la définition et les éléments essentiels de l'écrit.

18. Il n'y a, en droit belge, aucune définition légale de l'écrit, ni dans le Code civil, ni dans d'autres lois (40). Dans le Répertoire Notarial, l'auteur reprend la notion classique : « l'écrit est la représentation lisible de langage ou de la pensée au moyen de graphismes » (41). Cette définition fait clairement référence à l'écrit au sens courant du terme : apposé sur un support papier (42) ou tout autre support permettant l'apposition de caractères alphabétiques manuscrits ou imprimés (bois, carton, métal, pierre...) (43). On ne voit pas ce qui empêcherait de considérer une copie d'acte comme un écrit, au vu de cette définition : elle constitue bien la représentation du langage au moyen de graphismes. La définition ne fait aucune référence quant au stade de création de l'écrit : il peut s'agir du document originaire ou d'une reproduction ultérieure.

Actuellement, la doctrine tend à admettre une acception plus moderne de l'écrit. Cette opinion est apparue à peu près à la même époque en Belgique et en France, sous la plume des professeurs Fontaine et Larrieu (44). Ces auteurs proposent une définition extensive de l'écrit

(36) Liège, 3 mars 1998. *Rev. rég. dr.*, 1998, 283.

(37) Cass. fi., 14 février 1995, *J.C.P. (éd. gén.)*, 1995, II, 22402, note CHARTIER ; *Dall.*, 1995, 340, note PIEDELIEVRE.

(38) R. MOUGENOT, *loc. cit.* ; J. HUET. - La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex -, *Dall.*, 1992, chron., p. 34, n° 3 (au sujet de la télécopie mais le raisonnement est le même).

(39) F. GONTHIER, - Réflexion sur la notion d'écrit -, *J.C.P. (éd. not.)*, 1999, p. 1781 et s., n° 2.

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

(41) R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 79.

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

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

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

« l'expression de la parole ou de la pensée par des signes » (45) ou encore « l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support » (46) (47). On constate d'emblée les différences avec la définition classique donnée ci-dessus : on a évacué la référence expresse à la lisibilité et les graphismes ont été remplacés par des signes, concept beaucoup plus vague. *A fortiori*, toutes les formes de copies sont susceptibles d'être englobées dans ce concept.

b) Approche fonctionnelle

19. La définition de l'écrit est également fortement marquée par la doctrine fonctionnaliste. Dans ce courant de pensée, le juriste ne cherche pas à définir le concept (qu'est-ce qu'un écrit ?) mais s'attache plutôt à identifier les fonctions de l'écrit (à quoi sert-il ?). Sera considéré comme écrit tout document qui remplit ces fonctions. C'est ce qu'on appelle la théorie des équivalents fonctionnels.

Cette théorie est très présente dans la loi type adoptée en 1996 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) (48). L'objectif de cette loi type était de proposer aux Etats membres un ensemble de dispositions juridiques élaborées au niveau international de façon à ce que les principaux obstacles juridiques au commerce électronique soient éliminés. Elle a servi de modèle à beaucoup de législations ou projets de législation sur l'écrit et la si-

(45) J. LARRIEU, *op. cit.*, n° 12.

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

(47) Voir aussi la définition proposée par W. VAN GERVEN (*Verbintenissenrecht*, Acco, 1988, p. 270) : « een geschrift is de uitdrukking van een taal die door middel van verstaanbare of vertaalbare tekens gefixeerd wordt op een steun met relatieve duurzaamheid » et celle de Y. POULLET (« Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 53) : « l'écrit constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des signes lisibles formant un langage ».

L'avant projet de loi transposant en droit belge la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique précise également que l'écrit peut résulter « d'une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission » (art. 17 § 2). Cet avant projet est disponible à l'adresse : http://www.droit.fundp.ac.be/crid/projet_loi_ecom.pdf. Pour plus de commentaires, voir l'ouvrage *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Cahiers du CRID n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001.

(48) 29^e session : 28 mai - 14 juin 1996. Le texte est publié dans M. VIVANT & C. LE STANC, *Lamy - droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 2000, n° 2723. Il est également disponible sur Internet à l'adresse : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

gnature électronique (49). La démarche adoptée est typiquement fonctionnelle. Les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles (50).

20. Dans cette approche, il importe donc de définir les fonctions essentielles de l'écrit traditionnel pour déterminer quel document peut rentrer dans la catégorie des écrits. Selon l'exposé des motifs de la loi belge du 20 octobre 2000, relative à la signature électronique, ainsi que la plupart des auteurs, ces fonctions sont au nombre de trois (51) :

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

(49) E. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », oct 1999, p. 3, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article7.htm> ; E. CAPRIOLI, « Ecri et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », *J.C.P.*, E. n° 30, 2000 suppl. n° 2, p. 1 et s., n° 5.

(50) E. CAPRIOLI & R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 1997, 3, p. 382.

(51) *Doc. parl.*, Ch., 50 - 38/006 - sess. ord. 99/00, p. 6. Voir aussi : E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, p. 663 ; J. LARRIEU, *op. cit.*, n° 17 et 18 ; E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », in *Internet sous le regard du droit*, Jeune barreau Bruxelles, 1997, pp. 31 s. n° 15 ; Y. POULLET, *op. cit.*, « Les transactions commerciales... », p. 54 ; Y. POULLET & M. ANTOINE, « Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique », in *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 2000, p. 345 et s., n° 14. Les travaux préparatoires de la loi type de la C.N.U.D.C.I. relèvent pas moins de 11 fonctions de l'écrit mais plusieurs d'entre elles se recoupent. Voir le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique, n° 48, disponible à l'adresse Internet mentionnée *supra* note 48.

Une constatation s'impose à l'énoncé des fonctions de l'écrit telles que décrites ci-dessus : l'écrit papier les remplit naturellement. Il est directement lisible et intelligible (pour autant que le langage utilisé soit compréhensible par le lecteur). Il est stable et se dégrade peu, même si on peut le détruire (encore que le papier thermique du télécopie ne soit pas très résistant à long terme). Le support papier rend, en partie du moins, les modifications de l'original visibles ou décelables. Toutefois, en ce qui concerne la photocopie, le danger ne naît pas tant de l'altération du support de l'original que de la manipulation au cours même du processus de copie, qui fait que la reproduction n'est pas fidèle à l'original. Si on admet que l'inaltérabilité est une fonction fondamentale de l'écrit, la photocopie (ou la copie en général) ne peut être considérée comme un écrit.

21. On peut cependant s'interroger sur la pertinence des fonctions de l'écrit énoncées plus haut. Non pas sur la lisibilité, car on envisagerait difficilement de qualifier d'écrit un document illisible ou inintelligible, même moyennant utilisation d'un appareil ou d'un logiciel. Quant à la durabilité, si on ne peut pas exiger de tout écrit qu'il subsiste durant des dizaines d'années, il faut à tout le moins qu'il reste lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses fonctions.

En revanche, la fonction d'inaltérabilité, qui est la plus exigeante des trois, est davantage sujette à caution. Les auteurs de la loi type font observer à juste titre à ce sujet : « *la notion d'inaltérabilité ne devrait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au crayon pourrait néanmoins être considéré comme un « écrit » selon certaines définitions juridiques. Compte tenu de la manière dont des questions telles que l'intégrité des données et la protection contre les risques de fraude sont traitées pour la documentation sur papier, un document entaché de fraude serait néanmoins considéré comme un écrit* » (52).

Dans notre droit aussi bien qu'en droit français, le document rédigé au crayon est, de l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence,

considéré comme un écrit (53). Or, le document tracé au crayon est susceptible d'être modifié aisément sans que cela ne laisse de trace. en résulte que l'impossibilité de modifier le message relève davantage de l'efficacité probatoire de l'écrit que de son essence (54).

Il est d'ailleurs révélateur que l'avant projet de loi destiné à transposer dans notre droit la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ne requiert comme conditions de l'écrit que l'intelligibilité et l'accessibilité ultérieure des données (55). Cette disposition ne sera applicable qu'aux contrats conclus par voie électronique et ne s'inscrit pas dans le cadre du droit de la preuve (elle vise les hypothèses où l'écrit est requis à titre de formalité) mais fournit des indications précieuses sur les fonctions de l'écrit, telles que le législateur les envisage actuellement (56).

(53) En droit belge, voyez · H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3e éd., n° 777 ; R. DEKKERS, *Précis*, t. I, n° 656, R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 100. En droit français, voyez : Cass. fr., 8 octobre 1999 cité par MESTRE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 137 ; Aix. 27 janvier 1846, *D.P.*, 1846-2-23. *Addé* : A. PRÜM, « L'acte sous seing privé électronique – réflexions sur une démarche de reconnaissance », in *Mélanges Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 267.

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

(55) Voir *supra*, n° 18, note 47.

(56) Cela pose évidemment la question de savoir si deux définitions différentes de l'écrit sont envisageables dans le droit civil : une définition propre au droit de la preuve et une autre relative aux écrits requis *ad validitatem* ou aux notifications (art. 2281 nouveau C. Civ.). Nous n'apercevons pas l'opportunité d'un tel dédoublement, dès lors que l'écrit nous paraît remplir les mêmes fonctions dans le domaine de la preuve et dans les autres domaines du droit civil, à savoir la lisibilité et la durabilité. Cependant, la loi du 20 octobre 2000 sur la signature électronique n'est pas exempte de confusions à cet égard. Voir : GUINOTTE & D. MOUGENOT, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*. Liège, Jeune barre Liège, 2001, p. 301 s., n° 37. Pour une opinion différente à ce sujet, voir : M.E. STORM, « Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddel – de nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving », <http://www.storme.be/2281.pdf>, n° 28 et s. En droit français, il semble que la Cour de cassation se montre plus exigeante lorsque l'écrit est requis à titre de condition de forme qu lorsqu'il sert de simple instrument de preuve (L. GRYNBAUM, « La qualité de preuve d'un télécopie », *J.C.P. (éd. gén.)*, 1998, II, p. 1106, n° 1).

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

22. Dès lors que l'inaltérabilité n'est pas de l'essence de l'écrit, il n'est pas correct d'affirmer qu'une copie n'est pas un écrit du seul fait que son contenu a pu être manipulé et ne correspond plus à l'original. Rien n'empêche donc d'admettre qu'une photocopie puisse être considérée comme un écrit.

3. De qui émane la photocopie ?

23. On peut raisonnablement admettre que la photocopie émane de l'auteur de l'original (57). Rappelons également qu'un tiers peut parfaitement s'approprier le contenu d'un écrit, qui pourra alors être retenu comme commencement de preuve par écrit contre lui. Dès lors que cette ratification apparaît certaine, il n'est pas nécessaire de se préoccuper de l'identité réelle de l'auteur du document.

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

4. Conclusion

24. Admettre la qualification de commencement de preuve par écrit va-t-il à l'encontre de l'absence de force probante de la copie, reconnue ci-dessus ? Nous ne le pensons pas. En effet, le commencement de preuve par écrit à lui seul est également dépourvu de force probante : il doit être complété par d'autres éléments de preuve pour être retenu par le juge, au même titre que la preuve littérale. Sans ce complément, il ne permettra pas de pallier l'absence d'écrit signé.

(57) R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 192.

Par ailleurs, les esprits prudents s'inquiéteront sans doute de voir la photocopie promue au rang de commencement de preuve par écrit du fait précisément des incertitudes entourant la fidélité de la copie. Nous estimons que cela ne constitue pas réellement un obstacle, en raison du caractère imparfait du commencement de preuve par écrit. Comme celui-ci doit nécessairement être complété pour faire preuve, le juge pourra trouver dans ces éléments de preuve complémentaire la confirmation de la fidélité de la photocopie par rapport à l'original. Rappelons à cet égard que le commencement de preuve par écrit, même accompagné d'autres procédés de preuve (témoignages, présomptions) n'a jamais une force probante aussi importante que la preuve littérale. En effet, autant l'acte sous seing privé s'impose d'emblée au juge, autant les témoignages et les présomptions qui complètent le commencement de preuve par écrit sont toujours soumis, par principe, au pouvoir d'appréciation du tribunal (58).

E. Si l'original est perdu par cas fortuit

25. L'article 1348, 4° du Code civil autorise la preuve par toutes voies de droit lorsque l'original est perdu par cas fortuit ou force majeure. La Cour de cassation a ainsi admis la preuve d'un acte juridique par production d'une photocopie dans cette hypothèse (59). La personne qui invoque la copie doit alors rapporter la double preuve qu'un original sous seing privé a bien existé et qu'il a été perdu sans sa faute (60). Cette preuve est plus facilement rapportée lorsque la perte de l'original est due au fait d'un tiers (61). Elle peut également résulter de l'absence de contestation de la perte par cas fortuit par la partie adverse (62). Dans tous les autres cas dans lesquels l'original ne peut être produit, cette disposition est inapplicable. Rappelons que ce texte ne fait qu'autoriser la preuve par présomptions mais ne confère pas pour autant à celles-ci (et notamment aux photocopies) une force probante plus élevée.

(58) R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 6.

(59) Cass., 8 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1111.

(60) DE PAGE, *op. cit.*, n° 918 ; J. LIMPENS & R. KRUIHOF, « Les obligations – examen de jurisprudence (1964 - 1967) », *R.C.J.B.*, 1969, p. 295, n° 126 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 76 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 384.

(61) G. GOUBEAUX & P. BIHR, *op. cit.*, n° 402.

(62) Cass., 1er mars 1956, *Pas.*, 1956, I, 680.

F. Et si la conformité à l'original n'est pas contestée ?

26. Nous avons vu plus haut (n° 9) qu'en règle, la personne à qui on oppose une photocopie peut toujours solliciter la production de l'original, ce qui pose problème lorsque celui-ci est détruit ou perdu. Mais, dans ce cas, il arrive que la partie à qui on oppose la photocopie dénie toute force probante à ce document, *sans toutefois en contester la conformité à l'original*. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a admis que la photocopie faisait pleine foi, tout comme l'original (63). La cour d'appel de Liège a confirmé récemment cette jurisprudence (64). Un testament était produit en photocopie, l'original étant perdu. Ni l'écriture ni la teneur du testament n'étaient contestées, l'intimé n'en discutant que la validité. La Cour constate : « *le but prévu par la loi est atteint par le procédé de la photocopie à partir du moment où il est admis par toutes les parties que le texte de l'écrit original n'a pas été manipulé par le biais de la photocopie* ». Cet arrêt est d'autant plus important qu'en matière testamentaire l'écrit est requis *ad validitatem*.

Cette jurisprudence trouve un écho en France où la Cour de cassation reconnaît que la photocopie peut être admise à titre de preuve lorsque la fidélité de la copie à l'original et l'imputabilité de son contenu à son auteur ne sont pas contestées (65). La Cour va même plus loin en décidant que ce principe est également applicable lorsque la fidélité de la copie était contestée mais a été prouvée, par exemple par expertise (66). Toutefois, la Cour se fonde sur une disposition propre au Code civil français, l'article 1348 alinéa 2, qui admet comme preuve la copie dont l'original est perdu et qui constitue une reproduction fidèle et durable dudit original (67). Pour autant que la fidélité ne soit pas con-

testée ou soit attestée par le dossier, la copie ainsi produite revêt une force probante nettement plus importante que la copie ordinaire. Une copie fidèle et durable se situe ainsi à mi-chemin entre l'acte sous seing privé et le commencement de preuve par écrit. Contrairement à l'acte sous seing privé, elle reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge ; mais, à l'inverse du commencement de preuve par écrit, elle n'a pas à être complétée par des éléments extrinsèques (68). Cette disposition légale a permis à la Cour de cassation française d'aller plus loin que son homologue belge. En effet, si la jurisprudence concorde tant en Belgique qu'en France, dès lors que la fidélité de la photocopie à l'original n'est pas contestée, la Cour de cassation française admet également que la copie est fidèle et peut valoir comme preuve lorsque *le juge a vérifié* l'intégrité du document et son imputabilité à l'auteur désigné (69). Dès lors que la photocopie est admise comme copie fidèle et durable, son statut probatoire devient, en droit français, bien plus enviable que celui du commencement de preuve par écrit, qui apparaît en Belgique comme un pis-aller (70).

(63) Cass., 21 février 1964, *Pas.*, 1964, I, 664.

(64) Liège, 16 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2001, 787, note SACE.

(65) Cass. fr., 9 mai 1996, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 163 ; Cass. fr., 25 juin 1996, *Contrats, Conc., Consomm.*, 1996, comm. n° 183 ; Cass. fr., 2 décembre 1997, *Dall.*, 1998, 192.

(66) Cass. fr., 30 mai 2000, *J.C.P. (éd. gén.)*, 2001, II, 10505, note NIZARD.

(67) Cette jurisprudence est novatrice en France, compte tenu du champ d'application assez restreint de l'article 1348, al. 2. En effet, selon le texte légal français, est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une *modification irréversible du support*. Prise à la lettre, cette disposition ne concerne que les microfilms et les CD-R ou CD-R (voir D. MOUGENOT, « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse des perspectives », in *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, 1997, p. 70, n° 24). L'arrêt de la Cour de cassation cité commande à tout le moins une interprétation extensive du texte, qui pourrait dès lors s'appliquer à d'autres procédés de copie, tels que la photocopie, dans lesquels le support lui-même (le papier dans le cas d'une photocopie) n'est pas affecté dans sa structure lors de la reproduction (voir L. GRYNBAUM, « La qualité de preuve écrite d'une télécopie », *J.C.P. (éd. gén.)*, 1998, II, p. 1107, n° 2).

(68) L. GRYNBAUM, *op. cit.*, p. 1108.

(69) F. NIZARD, « Quelle est la force probante d'une photocopie ? », *J.C.P. (éd. gén.)*, 2001, p. 711.

(70) F. NIZARD, *op. cit.*, p. 712.

Section III

La télécopie

A. Description du procédé et difficultés techniques

27. La télécopie (ou téléfax, en abrégé fax) est le procédé le plus couramment employé aujourd'hui pour la transmission rapide de documents, même si cette place privilégiée apparaît désormais fragile face à l'utilisation croissante du courrier électronique.

Le téléfax est fréquemment utilisé pour la conclusion de contrats entre absents. Rappelons à cet égard que le Code civil admet parfaitement que des convention soient conclues par échange de correspondance (71).

Il n'existe alors pas *d'instrumentum* unique mais c'est la comparaison du contenu des deux courriers qui permet d'établir que les consentements se sont rencontrés. Le Code civil déroge alors à l'exigence de rédaction du contrat en double exemplaire, mentionnée à l'article 1325 (72). Rien n'empêche que l'échange de courrier soit remplacé par un échange de fax, sous la seule réserve que la signature n'apparaîtra pas en original sur le document reçu. Indépendamment de la conclusion de contrats en bonne et due forme, le téléfax est fréquemment utilisé, à tous les stades du processus contractuel, surtout en matière commerciale : en cours de contrat, il sert à communiquer des informations à son cocontractant (tarifs, lieu et moment de la délivrance des

(71) DE PAGE, t. III, 3e éd., n° 848 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 179 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Chronique de jurisprudence – les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 723, n° 130 et *R.C.J.B.*, 1988, p. 169, n° 248 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 618 ; Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, 66 ; Mons, 18 février 1981, *Pas.*, 1981, II, 69 ; Liège, 4 décembre 1985, *Jur. Liège*, 1986, 113 ; Civ. Bruxelles, 28 juin 1989, *Rev. rég. dr.*, 1991, 137 ; Civ. Liège, 15 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 1465.

(72) G. GOUBEAUX & P. BIHR, *op. cit.*, n° 947 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 181 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 248 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 639.

marchandises, contestations de factures...); en fin de contrat, il peut aussi constituer le mode de transmission d'un congé ou une résiliation.

Il est enfin utilisé pour toutes sortes de notifications en matière extra-contractuelle (73).

28. Le télécopie est, en quelque sorte, une photocopieuse reliée à un téléphone (74). De ce fait, il cumule les handicaps liés à la copie et au procédé de transmission.

Les mêmes possibilités d'altération de l'original existent qu'en matière de photocopie : rien n'empêche de masquer certaines parties du document expédié ou d'y superposer des mentions qui ne figurent pas sur l'original. Contrairement à la photocopie, le document reçu par le destinataire est généralement de résolution médiocre, de telle sorte que les manipulations sont plus aisées à dissimuler. Par ailleurs, il est également possible d'intervertir le document envoyé (ou reçu) avec un autre document. Sur la plupart des appareils, l'émetteur reçoit un rapport reprenant la date, le numéro du destinataire, le nombre de pages, la durée de la communication et l'indication des incidents de communication. Rien n'empêche de joindre ce rapport à un autre document que celui qui a été transmis (75). Le document reçu chez le destinataire

porte généralement des mentions imprimées par la machine, indiquant, suivant les modèles, le numéro de l'expéditeur, le numéro de page, la date et l'heure... Ces mentions peuvent être aisément recrées à l'aide d'un traitement de texte.

En outre, se posent des questions quant à la réalité de l'envoi ainsi que l'identité des correspondants. On peut mettre en cause l'existence même de la communication : le destinataire prétend n'avoir rien reçu ou l'émetteur soutient n'avoir rien envoyé. La date de la transmission peut aussi faire l'objet de litige. Elle est normalement reprise tant sur le rapport d'émission que sur le document transmis (mais pas toujours).

On peut donc classer les contestations engendrées par ce procédé en deux catégories : celles qui portent sur la fidélité du document reçu par rapport à l'original et celles qui touchent au moment de la communication et à l'identité des partenaires de la transmission. Dans le premier cas, c'est essentiellement le destinataire qui souhaite invoquer le fax à titre de mode de preuve contre l'émetteur, alors que, dans le second cas, c'est l'émetteur qui veut rapporter la preuve de son envoi (76).

Compte tenu de ces problèmes, la valeur probante du fax reste fragile dans l'état actuel de la technique. L'intervention d'un intermédiaire qui identifierait les parties et pourrait attester tant de la date que du contenu de la transmission constituerait une solution efficace (77).

La loi du 20 octobre 2000, modifiant l'article 2281 du Code civil, autorise désormais l'utilisation du télécopie pour toute forme de notification extrajudiciaire. Dès lors que cette question sort du cadre du droit de la preuve, nous renvoyons à cet égard aux commentaires consacrés à ce texte (78).

(73) Pour un examen approfondi des différentes hypothèses de notifications contractuelles et extra-contractuelles et des formes requises, voir M.E. STORME, « Het verrichten van rechtszendingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – de nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving », disponible à l'adresse : <http://www.storme.be/2281.pdf>, n° 11 s

(74) Dans le cas de la photocopie, un rayon laser balaye la page. Les points touchés par le laser se chargent d'électricité statique, qui retient le toner (l'encre en poudre). Deux rouleaux chauffants fondent l'encre et l'incrustent dans le papier. Le télécopieur fonctionne sur un principe plus ou moins similaire : il est doté d'une cellule photoélectrique qui analyse le document à transmettre. Les différences entre les zones pâles ou foncées, noires ou blanches, entraînent des variations d'intensité du courant électrique qui sera acheminé à un ou à d'autres télécopieurs. À son arrivée, ce courant est analysé et ses variations d'intensité sont traduites visuellement par une imprimante. Actuellement, la tendance est au développement d'appareils qui numérisent le document, comme un scanner, c'est à dire qui le transforment en fichier digital (informatique) avant de l'envoyer par la ligne téléphonique.

(75) J. HUET, *op. cit.*, n°4. Le problème n'est pas neuf et se posait aussi au niveau de la communication par lettre missive. La réalité de l'envoi d'une lettre peut également être mise en cause, sauf utilisation du recommandé, et, même dans cette hypothèse, rien n'établit que la copie conservée par l'expéditeur correspond à l'original envoyé. Voir à ce sujet : M. ANTOINE & Y. POULLET, « La certification électronique », *R.D.C.*, 1995, p. 6.

(76) M.E. STORME, *op. cit.*, *R.W.*, n° 3.

(77) M. ANTOINE & Y. POULLET, *op. cit.*, p. 12, J. HUET, *op. cit.*, n° 6.

(78) L. GUINOTTE & D. MOUGENOT, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, leuven barreau Liège, 2001, p. 301 et s. Voir également, des mêmes auteurs : « La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire », disponible à l'adresse : http://www.droit-technologie.org/fr/dossiers/commentaire_loi_201000_telecom_procedure.pdf ; M.E. STORME, « Het verrichten van rechtszendingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – de nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving », disponible à l'adresse : <http://www.storme.be/2281.pdf>. De même, en ce qui concerne l'utilisation du télécopie en matière judiciaire, le lecteur pourra consulter : D. MOUGENOT, « L'envoi de conclusions au greffe par télécopie », *J.T.*, 2000, p. 121.

B. Qualification de la télécopie en tant que mode de preuve

29. Le télécopie constitue à tout le moins une présomption. Doctrine et jurisprudence s'accordent sur ce point (79). Plusieurs auteurs exposent également que l'article 1334, régissant le statut des copies d'actes sous seing privé, ne lui est pas applicable : en effet, l'original, restant entre les mains de l'émetteur n'est signé que par lui. Dans cette mesure, le document arrivant chez le destinataire n'est pas une copie d'acte sous seing privé (80). Mais est-il possible d'aller plus loin ?

1. Le télécopie est-il un original ?

30. La question peut paraître saugrenue, tant le document reçu apparaît extérieurement comme la reproduction du document expédié et donc comme une copie. Elle est évoquée, de manière très interrogative, par M. Fontaine (81) mais reçoit une réponse clairement positive sous la plume de différents auteurs.

31. M.E. Storme (82) fait observer que le fax n'est pas une copie, qui est expédiée après avoir été créée par l'expéditeur, et encore moins une copie créée par le destinataire mais bien une copie produite par l'envoi de l'original. De ce fait, cet auteur assimile le procédé à l'envoi (par courrier) d'un original. Lorsque le fax est adressé par l'auteur même de l'original, la télécopie doit être assimilée à un acte sous seing privé, sauf si la preuve contraire est rapportée.

Nous ne partageons pas cette opinion. Le fait que la copie soit engendrée dans le cadre d'un processus « statique » - dans lequel la copie est créée et réceptionnée par une seule et unique personne (comme pour

la photocopieuse) - ou un processus « dynamique », dans lequel la copie est créée par une personne et réceptionnée par une autre (comme pour le fax) - ne nous paraît pas faire de différence quant au statut du document final. Ce qui importe, c'est que le document en possession du destinataire est la reproduction du document d'origine et qu'il ne porte pas de signature en original.

Si le document reçu ne revêt pas les caractéristiques formelles de l'original, le procédé même de transmission ne remplit par ailleurs pas les fonctions de la signature. Quelles sont ces fonctions ? Classiquement on en relève deux (83) :

- l'identification du signataire. La signature manuscrite, grâce à une analyse graphologique, permet de détecter les faux et d'identifier le signataire. La signature électronique doit garantir, selon des procédés différents, le même résultat.
- l'adhésion du signataire au contenu du document (*animus signandi*). « La signature apparaît ainsi comme l'extériorisation d'une volonté interne. En signant, le scripteur transforme ce qui n'était jusqu'à ce moment qu'un simple projet en un acte définitif » (84).

L'envoi par télécopie ne permet pas en soi de considérer que l'expéditeur fait sien le contenu de l'acte : le simple fait d'adresser un fax à quelqu'un d'autre ne signifie pas que l'on ratifie le document. Il n'identifie pas non plus une personne déterminée : rien n'est plus facile que d'utiliser un fax à la place de son propriétaire habituel. Dans les entreprises et les administrations, de nombreuses personnes utilisent le même télécopie.

(79) B. AMORY & X. THUNIS, « Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur », *Dr. Inf. Tél.*, 1988, p. 36 ; D. DEVOS, « La force probante de la télécopie », *Cab. jur.*, 1994, p. 73 et s., n° 4 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 23 ; J. HUET, *op. cit.*, n° 3 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 194 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 964.

(80) M. ANTOINE, M. ELOY & J.F. BRAKELAND, *op. cit.*, p. 97 ; M. FLAMEE & M. TANGHE, « *Dewijsrecht : beknopte status quaestiois* », in *Le droit des affaires en évolution*, Bruxelles - Antwerpen, Bruylant - Kluwer, 1992, p. 211, n° 30.

(81) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 24.

(82) M.E. STORME, *op. cit.*, R.W., n° 29.

(83) R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 109 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations - Examen de jurisprudence (1974 - 1982) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 162, n° 243 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », *R.C.J.B.*, 1985, p. 79, n° 4 et 5 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 494.

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

32. La Cour de cassation française, chambre commerciale, par un arrêt du 2 décembre 1997 (85), a réalisé une avancée importante, en admettant qu'un acte d'acceptation de cession de créance peut être réalisé par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées. La Cour balaie ainsi tout formalisme (86) et toute référence à un support particulier. D. MARTIN (87), annotant l'arrêt, relève que la Cour a admis qu'une télécopie pouvait valoir comme preuve écrite de l'acceptation d'une cession de créance. Il considère que, du fait de la fidélité de la télécopie par rapport au document original, celle-ci doit recevoir la même valeur : « *la copie avérée, obtenue par clonage d'un texte, n'est-elle pas par hypothèse équivalente à l'original ?* ». Cette solution n'est pas transposable comme telle dans notre droit, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, tous les commentateurs ne partagent pas cette interprétation de l'arrêt. Selon certains, la Cour n'a pas assimilé le télécopie à un original mais plutôt à une copie fidèle et durable (88).

Encore une fois, c'est l'ambiguïté du terme « écrit » qui sème le doute : lorsque la Cour précise que la télécopie permet de rapporter la preuve écrite de l'acte contesté, dans quel sens entend-elle les mots « preuve écrite » ? Vise-t-elle l'acte sous seing privé ou simplement la preuve littérale au sens large (englobant les copies et les commencements de preuve par écrit) ? Cette question n'est pas tranchée par l'arrêt. La Cour de cassation a par ailleurs ultérieurement marqué les limites de cette jurisprudence : dès lors que l'intégrité du message et son imputabilité à son auteur présumé sont contestées et ne sont pas démontrées, la télécopie perd toute force probante (89).

(85) Cass. fr., 2 décembre 1997, *Dall.*, 1998, p. 192. Pour les commentaires de cet arrêt, voir : R. BONNEAU, Note, *J.C.P. (éd. gén.)*, 1998, p. 178 ; P. CATALA & P.-Y. GAUTIER, « L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libération de la preuve contractuelle », *J.C.P. (éd. gén.)*, 1998, p. 905 ; F. GONTHIER, « Réflexion sur la notion d'écrit », *J.C.P. (éd. not.)*, 1999, p. 1781 et s. ; L. GRYNBAUM, « La qualité de preuve écrite d'une télécopie », *J.C.P. (éd. gén.)*, 1998, p. 1105 et s. ; D. MARTIN, Note, *Dall.*, 1998, p. 193.

(86) Alors que la loi française du 2 janvier 1981 est empreinte d'un grand formalisme et exige la manifestation du débiteur cédé dans un écrit spécial. Compte tenu de la rédaction du moyen, il n'est toutefois pas certain que la Cour ait réellement envisagé l'écrit *ad solennitatem* : voir L. GRYNBAUM, *op. cit.*, p. 1106.

(87) D. MARTIN, *op. cit.*

(88) L. GRYNBAUM, *op. cit.*, p. 1107.

(89) Cass. fr., 28 mars 2000, *J.C.P. (éd. gén.)*, 2000, p. 1555, note LEVENEUR ; voir aussi : *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 575, note MESTRE & FAGES.

En outre, cette jurisprudence est à prendre avec la prudence requise, à défaut de retrouver dans notre Code civil une disposition équivalente à l'article 1348, alinéa 2 français (*supra*, n° 26). Il nous paraît donc difficile d'assimiler la télécopie à un original.

33. Dans certaines circonstances, toutefois, la télécopie pourra se voir reconnaître la même valeur qu'un original.

- Tout comme pour la photocopie, il faut admettre que le télécopie dont le contenu n'est pas contesté fait foi comme l'original (voyez *supra*, n° 26).
- Dans le cas de la formation d'un contrat par échange de fax, l'original de chaque envoi reste en possession de son auteur. Si, dans le cadre d'une procédure, on peut arriver à produire les deux originaux conservés par les émetteurs et les deux copies reçues par les destinataires, on reconstruit ainsi un mécanisme, si pas identique, à tout le moins très similaire à l'échange de courriers signés. On dispose en effet de deux originaux signés par leur auteur, les copies servant de preuve de leur transmission au cocontractant.

2. Le télécopie est-il un commencement de preuve par écrit ?

34. La problématique est assez similaire à celle qui entoure la photocopie. Par identité de motifs, nous pouvons considérer que le télécopie est un commencement de preuve par écrit, si son origine n'est pas contestée. Notons au passage que l'origine du fax est plus facile à établir que celle de la photocopie. En effet, outre le contenu du document lui-même et, éventuellement la copie de signature dont il est porteur, les mentions relatives à la communication (numéro de l'émetteur...) peuvent également servir d'indices permettant d'identifier l'émetteur.

C. Preuve de l'émission et de la réception du document

35. Cette question doit bien être distinguée de la problématique traditionnelle en matière de preuve : il ne s'agit pas ici de déterminer si le fax constitue un mode de preuve reconnu en droit civil mais plutôt d'attester la réalité de l'envoi ou sa date. À ce sujet, l'article 1328 du

Code civil, qui réglemente l'opposabilité de la date des actes sous seing privé aux tiers, est inapplicable. La question intéresse davantage les relations entre parties : est-ce que les notifications nécessaires à la naissance, l'exécution ou la fin d'une convention ont bien eu lieu et ont-elles été effectuées à la date indiquée ?

À cet égard, on peut relever que la communication d'un acte est un fait juridique, qui peut être prouvé par toutes voies de droit (90). Le juge pourra donc toujours se satisfaire de présomptions pour apprécier si le document est bien arrivé dans les mains de son destinataire.

36. La jurisprudence relève que le télécopie ne peut être assimilé à l'envoi recommandé, compte tenu notamment des incertitudes qui entourent la véracité du bordereau d'émission (91).

Dans l'état actuel de la technique, la majorité des rapports d'émission créés par les télécopies sont assez indigents sur le plan probatoire. Il s'agit de quelques données imprimées sur un quart de feuille. N'importe qui peut reproduire un tel document avec un traitement de texte. En outre, ce rapport est distinct de l'original expédié et peut être attaché à n'importe quel autre document. Ce type d'instrument apparaît insuffisant pour rapporter à lui seul la preuve certaine de la réalité, de la date et de la bonne fin de la communication. Il en va différemment lorsque les mentions du rapport d'émission concordent avec celles imprimées sur la copie du destinataire (lorsque celles-ci existent, tous les fax n'offrant pas les mêmes services à cet égard). Il faudrait alors imaginer une défaillance assez peu vraisemblable de toute la chaîne de transmission pour que ces données ne puissent faire foi (92).

De même, les données des rapports d'émission peuvent être confrontées à des relevés d'appels émanant de Belgacom, reprenant les dates et numéros appelés. Un tel document revêt une valeur probante nette-

ment plus élevée, dès lors qu'il émane d'un tiers neutre. Belgacom joue en quelque sorte le rôle de tiers certificateur (93).

Dans ce contexte, lorsque l'envoi présente une certaine importance pour l'émetteur, la seule manière d'attester avec certitude la réception du message est de demander un accusé de réception (éventuellement la technique de « l'écho », qui consiste à renvoyer un double du message à l'expéditeur) ou de doubler l'envoi par un autre procédé (pli traditionnel, éventuellement recommandé, ou courrier électronique) (94).

37. Des contestations peuvent encore naître quant au contenu du document réellement envoyé. De même que l'on peut toujours prétendre que la lettre qui se trouvait dans un envoi recommandé n'est pas celle qui est produite ultérieurement. On peut rappeler à cet égard que la Cour de cassation française a décidé que celui qui affirme avoir reçu une enveloppe vide doit apporter des éléments de preuve à l'appui de ses dires (95). Cette jurisprudence pourrait s'appliquer par analogie à celui qui prétend ne pas avoir reçu un fax ou avoir reçu un document différent de celui qui est produit par l'émetteur, alors que la réalité d'une communication est attestée par des documents probants.

(90) M.E. STORME, *op. cit.*, « Het verrichten van rechtshandelingen... », n° 49.

(91) Liège, 22 février 2000, *R.D.C.*, 2000, 503. Voir aussi : M. ANTOINE & Y. POULLET, « La certification électronique », *R.D.C.*, 1995, p. 12 ; D. DEVOS, *op. cit.*, n° 6 ; D. MOUGENOT, « L'envoi de conclusions au greffe par télécopie », *J.T.*, 2000, p. 121, n° 2.

(92) Dans le même sens : M.E. STORME, *op. cit.*, « Het verrichten van rechtshandelingen... », n° 52.

(93) L'idée d'un télécopie recommandé, faisant intervenir un intermédiaire qui jouerait le rôle de tiers certificateur, avait été évoquée par M. ANTOINE & Y. POULLET, *op. cit.*, p. 12. On peut se demander si cette initiative verra jamais le jour, compte tenu du développement que le courrier électronique a connu entre-temps (voir note suivante).

(94) À cet égard, le télécopie fait figure de parent pauvre à côté du courrier électronique, qui offre de plus grandes opportunités au niveau de la certification de l'identité des parties (certification des clés utilisées pour signer), de l'absence de modification du message (grâce aux fonctions de hachage) ou de la date de l'envoi (utilisation des « time stamps »). Parmi l'abondante littérature consacrée à ce sujet, le lecteur pourra consulter notamment : P. LECOCQ & B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Jeune barreau Liège, 2001, p. 51 s.

(95) Cass. fr., 11 juin 1964, *J.T.*, 1965, 120 ; voir aussi R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 180 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 65, note 3.

Conclusion

38. Quoique imparfaits, la photocopie et le télécopie sont toujours d'emploi courant, mais leurs contours restent imprécis. Les discussions sur leur régime juridique paraissent être le reflet d'une tension entre la prudence qu'impose leur fragilité technique et la volonté de leur conférer un sort plus satisfaisant, compte tenu sans doute de la fréquence de leur utilisation. Plus généralement, ce débat est révélateur des limites du statut de la copie dans notre droit. Force est de constater à ce sujet que :

- l'application aux actes sous seing privé des dispositions du Code civil relatives aux copies est controversée, de telle sorte qu'on ne peut même pas affirmer avec certitude que cette forme de copie, pourtant de loin la plus fréquente, est réglementée dans notre droit (cfr. *supra*, n° 4),
- le statut de la copie n'est plus adapté aux copies photographiques et numériques que nous connaissons actuellement, au vu de la qualité de la reproduction qu'elles présentent,
- la réforme du statut des copies détenues par les banques et institutions publiques de crédit reste partielle, n'a pas été menée à son terme et est finalement peu satisfaisante (cfr. *supra* n° 13),
- les tentatives pour modifier les dispositions du Code civil relatives à la copie ont avorté (96),

(96) C'était cependant l'intention du législateur puisque le premier projet de loi relatif à la signature électronique (Projet 2141/1 déposé devant la Chambre le 14 avril 1999 – devenu caduc à la fin de la législature) comportait un article 4 modifiant l'article 1333 C. Civ. de la manière suivante : - *Lorsque l'acte original existe encore, les copies font uniquement foi de ce qui est contenu à l'acte original, dont la production peut être exigée à tout moment.* - Le texte relatif aux tailles, qui constituait l'ancien article 1333 C. civ. et qui apparaissait tout à fait suranné, était supprimé et remplacé par cette disposition. l'article 1334, contenant l'actuelle réglementation de la copie d'un acte, étant lui aussi abrogé. En fait, l'exposé des motifs révélait que ce texte nouveau n'avait d'intérêt réel que dans un environnement papier. Quoi qu'il en soit, cette proposition n'a pas été reprise dans les versions ultérieures du projet.

- la France connaît une avancée jurisprudentielle intéressante à cet égard, mais qui ne peut être transposée dans notre droit, à défaut de textes identiques (cfr. *supra* nos 16, 26 et 32),
- l'informatique fait exploser le concept même de copie, en permettant la duplication des originaux, en ce compris leur signature (97).

S'il nous paraît excessif d'assimiler les copies modernes à l'original, le recours au commencement de preuve par écrit est sans doute un palliatif inconfortable et insuffisant au manque de force probante de ces documents. La solution devrait probablement passer par une modification législative, qui pourrait s'inspirer du concept de « copie fidèle et durable » déjà développé et exploré par la jurisprudence française. Une telle réforme apparaît souhaitable, malgré les progrès de l'électronique sous toutes ses formes, car la disparition totale du papier n'est pas pour demain.

(97) E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, p. 665 ; D. GOBERT & E. MONTERO, *op. cit.*, « L'ouverture de la preuve littérale... », p. 127 ; B. VUYLSTEKE, « Het voorontwerp van wet over de herziening van het bewijsrecht », in *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, La Chartre, 1999, p. 51.

EDITIONS DE LA FORMATION PERMANENTE CUP

- Le surendettement civil, vol. I - 09.06.1995 (432 pages)
- Droit administratif et constitutionnel, vol. II - 12.05.95 (214 pages)
- Droit du contentieux, vol. IV - 13.10.1995 (223 pages)
- Droit des biens, vol. V - 10.11.1995 (263 pages)
- Droit de la famille, vol. VI - 12.01.1996 (163 pages)
- Droit pénal, vol. VII - 08.03.1996 (315 pages)
- Droit social, vol. VIII - 26.04.1996 (300 pages)
- Droit de la faillite et du concordat, vol. IX - 14.06.1996 (306 pages)
- Droit de la responsabilité, vol. X - 13.09.1996 (352 pages)
- Droit et médecine, vol. XI - 11.10.1996 (348 pages)
- Droit de la construction, vol. XII - 08.11.1996 (230 pages)
- Droit des assurances, vol. XIII - janvier 1997 (268 pages)
- Droit fiscal, vol. XIV - février 1997 (176 pages)
- Vente et cession de créance, vol. XV - mars 1997 (174 pages)
- Pratiques du commerce, vol. XVI - avril 1997 (320 pages)
- Droit de l'urbanisme et de l'environnement, vol. XVII - mai 1997 (470 pages)
- Droit de l'exécution, vol. XVIII - septembre 1997 (318 pages)
- Droit de la preuve, vol. XIX - octobre 1997 (212 pages)
- Droit des sûretés, vol. XX - novembre 1997 (126 pages)
- Questions d'actualité, vol. XXI - janvier 1998 (250 pages)
- Divorce par consentement mutuel, vol. XXII - mars 1998 (230 pages)
- La prescription, vol. XXIII - avril 1998 (158 pages)
- Droits bancaire, cambiaire et financier, vol. XXIV - mai 1998 (144 pages)
- Les procédures en référé, vol. XXV - septembre 1998 (192 pages)
- Le droit de l'enseignement, vol. XXVI - octobre 1998 (218 pages)
- La théorie générale des obligations, vol. XXVII - décembre 1998 (318 pages)
- Le bail - questions diverses, vol. XXVIII - janvier 1999 (204 pages)
- Multimédia, le cyberavocat, vol. XXIX - février 1999 (440 pages)
- La nouvelle procédure fiscale, vol. XXX t. I (348 pages) et t. II (130 pages) - mars 1999
- Libéralités, successions légales, partages et droits de succession, vol. XXXI - mai 1999 (308 pages)
- Actualités de droit social, vol. XXXII - septembre 1999 (314 pages)