

La conclusion du contrat de travail par voie électronique

Hervé JACQUEMIN

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences au Centre de Recherche Information,

Droit et Société (CRIDS) – F.U.N.D.P.

Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain (centre de droit privé)

Introduction

1. La conclusion du contrat de travail est soumise à de nombreuses règles de fond ou de forme, imposées par des législations particulières applicables à cette convention (la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ou la loi de 1987 sur le travail intérimaire, par exemple) ou tirées de la théorie générale des contrats (les art. 1108 et s. du C. civ. relatifs aux conditions de validité des conventions, par exemple).

Dans le cadre de la présente contribution, l'analyse se limitera aux règles pour l'application desquelles le recours aux technologies de l'information et de la communication suscite des questions spécifiques au moment de la conclusion du contrat.

2. Dans un premier temps, nous examinerons de quelle manière les formalités requises à cette étape du processus contractuel (écrit, signature, mentions, etc.) peuvent être valablement accomplies par voie électronique (chapitre 1). Dans l'environnement que l'on peut qualifier de traditionnel, l'«écrit» désigne le papier sur lequel figurent diverses mentions; quant à la signature, elle se matérialise par la marque manuscrite et personnelle directement apposée par le signataire sur ce papier, au moyen d'un stylo, par exemple. On sait par ailleurs qu'avec l'avènement de la société de l'information, l'internet (les sites web ou le courrier électronique) est désormais utilisé dans tous les secteurs de la société. C'est le cas notamment dans les rapports avec l'administration, dans le domaine de la santé, en matière contractuelle, etc. Les relations de travail n'échappent pas au phénomène. On peut parler d'e-HR – *electronic Human Resources* – à

ce propos. Or, on conçoit sans peine que le procédé utilisé pour accomplir les formalités de l'écrit ou de la signature ne peut être appliqué comme tel dans l'environnement numérique, lorsque le contrat est conclu par voie électronique.

Dans un second temps, nous étudierons les règles actuellement en vigueur ou qu'il serait bon de prévoir pour protéger les parties, eu égard au mode de conclusion particulier du contrat que nous envisageons – par voie électronique¹ (chapitre 2). Ces règles tiennent à la liberté des parties de conclure, ou de refuser de conclure, le contrat par ce biais et à la faiblesse spécifique dont peut souffrir l'un des cocontractants (ou les deux), compte tenu de l'utilisation des nouveaux médias. Dans la mesure où, en principe, les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre lorsque des relations contractuelles se nouent par le biais des réseaux, la question du lieu et du moment de conclusion du contrat peut également se poser. Elle ne fera toutefois pas l'objet de développements dans le cadre de cette contribution dans la mesure où les solutions en vigueur conformément à la théorie générale des obligations, quel que soit le contrat envisagé, peuvent être transposées à l'hypothèse qui nous occupe².

3. Nous ne traiterons pas de la question de savoir s'il peut être opportun, pour un employeur ou pour un travailleur, de conclure un contrat de travail par voie électronique. Dans certaines hypothèses particulières, lorsque les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, on peut imaginer que le recours aux technologies de l'information présente quelque intérêt. Il nous semble néanmoins que, à court ou moyen terme en tous cas, la majorité des contrats de travail continueront à être conclus de manière traditionnelle, par la signature d'un *instrumentum* papier.

À ce stade, il faut reconnaître qu'à de nombreux égards, les réflexions demeurent très théoriques (ne serait-ce qu'en raison des lacunes observées dans le cadre normatif). En pratique, nous n'avons pas connaissance de contrats de travail qui auraient été conclus sur le fondement des dispositions adoptées en 2007³. L'analyse présente toutefois un intérêt certain dans la mesure où, s'agissant de questions parfois complexes sur le plan juridique ou technique, il

¹ Il s'agit principalement des règles de fond. L'analyse ne sera toutefois pas exhaustive dans la mesure où, pour l'essentiel, l'application des règles de fond à observer au moment de la conclusion du contrat n'est pas directement affectée par l'utilisation des technologies de l'information. Ainsi, l'existence d'un lien de subordination ou la manifestation d'un consentement exempt de vice sont requis, quel que soit le mode de conclusion du contrat choisi en l'espèce (par voie électronique ou de manière traditionnelle).

² Sur cette question, voy. not. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 231 et s., n^{os} 175 et s. ; M. VAN HUFFEL, « Le droit communautaire », B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (Eds), *Le consentement électronique*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, pp. 31 et s.

³ Cf. Loi du 3 juin 2007 portant des dispositions relatives au travail qui introduit des règles spécifiques à la conclusion du contrat de travail dans l'environnement numérique.

importe de cerner correctement les enjeux en présence, tout en examinant les textes adoptés sous un angle critique. De cette manière, moyennant l'une ou l'autre correction, la sécurité juridique sera garantie lorsque le moment sera venu de les mettre en œuvre.

4. S'agissant de l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique et, à titre certes plus accessoire, de certaines règles de fond, il convient d'analyser les règles prescrites par la loi du 3 juin 2007 portant des dispositions diverses relatives au travail⁴.

Pour ce qui est de la conclusion du contrat par voie électronique, cette loi introduit des dispositions particulières dans la loi sur le contrat de travail⁵, la loi du 1^{er} avril 1936 sur les contrats d'engagement pour le service des bâtiments de navigation intérieure⁶, la loi du 24 février 1978 relative au contrat de travail du sportif rémunéré⁷, la loi du 24 février 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs⁸, la loi du 7 avril 1999 relative au contrat de travail ALE⁹, la loi du 24 décembre 1999 en vue de la promotion de l'emploi¹⁰, la loi-programme du 2 août 2002 (pour ce qui est de la convention d'immersion professionnelle)¹¹ et la loi du 3 mai 2003 portant réglementation du contrat d'engagement maritime pour la pêche maritime et améliorant le statut social du marin pêcheur¹².

Dès lors que, sur le point qui nous intéresse, les dispositions introduites dans ces divers textes légaux sont rigoureusement identiques, seul le nouvel article 3*bis* de la loi sur le contrat de travail sera mentionné.

Chapitre 1

Comment accomplir valablement les formes prescrites dans l'environnement numérique ?

5. Après avoir brossé un panorama des exigences de forme requises au moment de la conclusion du contrat de travail (section 1), nous analysons les solutions mises en œuvre par le législateur belge pour lever les obstacles

⁴ M.B., 23 juillet 2007.

⁵ Un art. 3*bis* est introduit dans cette loi par l'art. 5 de la loi du 3 juin 2007.

⁶ Un § 2 est ajouté à l'art. 5 de cette loi par l'art. 6 de la loi du 3 juin 2007.

⁷ Un art. 3*bis* est introduit dans cette loi par l'art. 7 de la loi du 3 juin 2007.

⁸ Un § 2 est ajouté aux art. 4 et 8 de cette loi par les art. 8 et 9 de la loi du 3 juin 2007.

⁹ Un § 2 est ajouté à l'art. 4 de cette loi par l'art. 10 de la loi du 3 juin 2007.

¹⁰ Des alinéas sont ajoutés à l'art. 32, § 1^{er}, de cette loi par l'art. 11 de la loi du 3 juin 2007.

¹¹ Un § 2 est ajouté à l'art. 105 de cette loi par l'art. 12 de la loi du 3 juin 2007.

¹² Des alinéas sont ajoutés à l'art. 9, § 1^{er}, de cette loi par l'art. 13 de la loi du 3 juin 2007.

rencontrés à cette occasion et permettre l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique (section 2).

Section 1

Panorama des exigences de forme requises au moment de la conclusion du contrat

6. Diverses exigences de forme doivent être accomplies au moment de la conclusion du contrat de travail. Les unes sont imposées par la loi sur le contrat de travail (A). D'autres doivent être observées par application de la théorie générale des contrats (B), principalement le droit commun de la preuve (art. 1316 et s. C. civ.).

Nous veillerons à établir si les exigences citées ressortissent au formalisme solennel ou au formalisme probatoire. Pour analyser de manière structurée et cohérente les règles de forme ou les contrats soumis à celles-ci, la doctrine a élaboré au fil du temps des typologies du formalisme contractuel, composées de diverses catégories dans lesquelles les formes peuvent trouver leur place¹³. Eu égard à l'objet de la présente section, seule la distinction entre les formes solennelles et les formes probatoires pourrait retenir notre attention¹⁴. S'il faut se garder d'exagérer l'intérêt pratique d'une telle division, nous aurons l'occasion de montrer qu'elle peut être utile, notamment à l'heure de déterminer comment accomplir valablement les formes prescrites dans l'environnement numérique (*infra*, n° 20). Il apparaît du reste que la typologie composée des formalismes solennel ou probatoire peut posséder une vertu pédagogique certaine, en ce qu'elle permet de distinguer les formes par référence à la sanction susceptible d'être prononcée en cas d'inobservation ou, dans une moindre mesure, compte tenu de leurs objectifs.

¹³ De manière générale, sans prétendre à l'exhaustivité, on distingue notamment les contrats réels, solennels ou consensuels et les formalismes solennel, probatoire, ou de publicité. Pour une analyse plus détaillée des diverses typologies du formalisme contractuel et des catégories qui les composent, voy. H. JACQUEMIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », *La nullité des contrats*, Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 91 et s., n°s 6 et s.

¹⁴ Sur la distinction entre les formes solennelles et les formes probatoires, spécialement en droit du travail, voy. F. KÉFER, « Le contrat de travail sans papier », *Le droit des affaires en évolution. Le contrat sans papier*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 58 et s., n°s 5 et s. (l'auteur envisage l'écrit comme mode de preuve et à titre de forme substantielle) ; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *La preuve : questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthemis, 2008, pp. 247-248, n°s 94-95.

A. Formalités prescrites par la loi sur le contrat de travail

7. Conformément à la loi sur le contrat de travail, un *écrit* est requis pour constater la conclusion du contrat de travail à durée déterminée ou pour un travail nettement défini¹⁵, du contrat de travail à temps partiel¹⁶, du contrat d'occupation de travailleur à domicile¹⁷ ou du contrat relatif à une occupation d'étudiant¹⁸.

Certaines dispositions imposent également que, si certaines clauses sont prévues, elles soient constatées par écrit : sont concernées la clause d'essai¹⁹, la clause de non-concurrence²⁰ ou la clause de ducroire²¹.

8. La loi peut également requérir que cet écrit soit revêtu de diverses *mentions*²². L'écrit établi pour constater le contrat de travail à temps partiel doit ainsi mentionner « le régime de travail à temps partiel et l'horaire convenus »²³. De même, en cas de contrat de remplacement, « le motif, l'identité du ou des travailleur(s) remplacé(s) et les conditions de cet engagement doivent être constatés par écrit pour chaque travailleur individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci »²⁴.

9. Les dispositions précitées de la loi sur le contrat de travail, qui exigent un écrit revêtu, le cas échéant, de diverses mentions, n'imposent pas expressément que l'*instrumentum* soit *signé*.

Cependant, il paraît difficilement contestable que cette formalité doit également être accomplie²⁵. À l'instar de toute autre convention, le contrat de travail (au sens de *negotium*) est la rencontre de volontés destinée à produire des effets de droits. Or, il est unanimement admis que la signature a pour fonction d'identifier le signataire (ou, plus précisément, d'authentifier son identité) et de marquer son adhésion au contenu de l'acte. À la lumière de cette dernière fonction, il est logique que l'*instrumentum* établi pour constater cet accord de volon-

¹⁵ Art. 9, al. 1^{er} de la loi sur le contrat de travail.

¹⁶ Art. 11bis, al. 1^{er} de la loi sur le contrat de travail.

¹⁷ Art. 119.4, § 1^{er} de la loi sur le contrat de travail.

¹⁸ Art. 123 de la loi sur le contrat de travail.

¹⁹ Art. 48, § 1^{er} pour le contrat de travail d'ouvrier et art. 67, § 1^{er}, pour le contrat de travail d'employé.

²⁰ Art. 65, § 1^{er}, al. 8 pour le contrat de travail d'ouvrier et art. 86, § 1^{er}, qui renvoie à l'art. 65, pour le contrat de travail d'employé, ou l'art. 104, al. 4 pour le contrat de travail de représentant de commerce.

²¹ Art. 107, al. 2 pour le contrat de travail de représentant de commerce.

²² Outre les exemples cités, voy. ég. l'art. 119.4, § 2 pour le contrat d'occupation de travailleur à domicile ou l'art. 124 pour le contrat relatif à une occupation d'étudiant.

²³ Art. 11bis, al. 2 de la loi sur le contrat de travail.

²⁴ Art. 11ter, § 1^{er}, al. 2 de la loi sur le contrat de travail.

²⁵ En jurisprudence, voy. not. Cass., 17 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1192; Trib. trav. Bruxelles, 14 janvier 1993, *Chron. D.S.*, 1993, p. 323; Cass., 20 septembre 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 4.

tés soit revêtu d'une formalité visant expressément à extérioriser la volonté de s'engager de chacune des parties. En outre, l'introduction de l'article 3*bis*, qui détermine à quelles conditions un contrat de travail signé au moyen d'une signature électronique peut être assimilé à un contrat de travail papier signé au moyen d'une signature manuscrite, confirme clairement que cette formalité doit être accomplie. En effet, cette disposition eût été sans intérêt s'il n'avait pas été requis que le contrat de travail soit revêtu de la signature des parties.

10. Deux mesures principales, établies par la loi sur le contrat de travail, peuvent sanctionner civilement l'inobservation des formalités requises.

D'une part, le contrat de travail, au sens de *negotium*, peut être converti. Sur le terrain de la sanction, la conversion légale consiste à modifier les obligations résultant de l'acte juridique litigieux (généralement un contrat), conformément aux dispositions légales impératives applicables en l'espèce²⁶. Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée ou un travail nettement défini est ainsi converti en contrat de travail à durée indéterminée (art. 9, al. 2). En matière de travail à temps partiel, à défaut d'écrit conforme au prescrit de l'article 11*bis* de la loi sur le contrat de travail, le travailleur «peut choisir le régime de travail et l'horaire à temps partiel qui lui sont le plus favorables [...]»²⁷. La sanction peut aussi consister à autoriser le travailleur à mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité²⁸.

D'autre part, lorsque la loi exige expressément que certaines clauses soient constatées par écrit, la formalité est généralement prescrite à peine de nullité²⁹.

²⁶ Cette conversion légale doit d'ailleurs être distinguée de la conversion judiciaire. À propos de la conversion, et principalement de la conversion judiciaire, voy. J. RONSE, «Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen», *T.P.R.*, 1965, pp. 199-224; S. STIJNS, «Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming», *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 251-254; I. CLAEYS, «Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging», *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 326-327, n° 82). On parle aussi de requalification (G. COU-
TURIER, «Les finalités et les sanctions du formalisme», *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 891-892). À propos de la disqualification en droit des sociétés et ses rapports avec la nullité, voy. M. COIPEL, «Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de société», *Rép. not.*, t. II, I. II, Bruxelles, Larcier, 1982, nos 94, 95, 113 et 162-1. Sur cette sanction de conversion, voy. aussi, de manière générale, H. JACQUEMIN, «La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel», *op. cit.*, pp. 160-161, n° 52.

²⁷ Il doit les choisir «parmi ceux qui : soit sont prévus par le règlement de travail ; soit, à défaut, découlent de tout autre document dont la tenue est imposée par l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux» (art. 11*bis*, al. 4, de la loi sur le contrat de travail).

²⁸ Voy. aussi l'art. 119.5 pour le contrat de travail à domicile ou l'art. 126 pour le contrat d'occupation d'étudiant.

²⁹ Art. 48, § 1^{er}, al. 1^{er}; art. 67, § 1^{er}; art. 65, § 1^{er}, al. 8; art. 104, al. 4. On note que, pour le contrat de travail de représentant de commerce, la forme écrite de la clause de du croire n'est pas prescrite à peine de nullité.

Que leur non-respect soit sanctionné de nullité ou de conversion de l'acte juridique, les formalités peuvent être classées au sein du formalisme solennel³⁰. De manière générale, les éléments appartenant à cette catégorie sont identifiés par référence à la sanction de nullité susceptible d'être prononcée lorsqu'elles sont méconnues³¹. À notre estime, les formes sanctionnées par la conversion de l'acte juridique, en cas de méconnaissance, peuvent également être qualifiées de solennelles³². Dans les deux hypothèses, la sanction se distingue clairement de celle qui est susceptible d'être prononcée en cas de méconnaissance des règles de preuve. Or, telle est la raison majeure qui justifie la division faite en doctrine entre les formes solennelles et les formes probatoires : mettre en évidence les éléments distinctifs de certaines règles de forme, par référence à leur sanction. De manière générale, la méconnaissance des formes probatoires a pour effet de rendre plus difficile la preuve des obligations, sans toutefois affecter la validité de l'acte juridique³³. Or, dans les exemples de conversion précités, la mesure porte directement sur l'acte juridique dont les obligations sont modifiées (ou converties) en faveur du travailleur ou qui est annulé.

³⁰ Qualifiant l'écrit requis dans ce cadre de formalité *ad validitatem*, voy. S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, p. 248, n° 95. En jurisprudence, qualifiant de forme substantielle l'écrit requis en matière de contrat de travail à durée déterminée, voy. Trib. trav. Bruxelles, 14 janvier 1993, *Chron. D.S.*, 1993, p. 323.

³¹ Ainsi, J. Ghestin, par exemple, considère qu'« un contrat est solennel dès l'instant que l'expression du consentement doit être, à peine de nullité, et sans équivalent possible, extériorisée selon la forme impérativement déterminée par la loi » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 391, n° 431). Voy. aussi A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULIOT DE LA MORANDIERE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 317, n° 577; J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 178, n° 90; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 534, n° 14; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 142; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 262, n° 76.

³² Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 193.

³³ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 109, n° 205 (les formes probatoires « ne peuvent consister qu'en éléments de manifestation extérieure, au défaut desquels le fait juridique décisif, dans tel cas donné, n'est pas établi ou ne peut l'être qu'avec une efficacité restreinte »); L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 2^e éd., Paris, Sirey, 1933, p. 80, n° 151 (« l'écrit est exigé *ad probationem* et non *ad solemnitatem*; en tant que *mode de preuve* normal et en méfiance de la preuve testimoniale, non en tant que *condition de validité* de l'opération, laquelle est parfaite par le seul consentement des parties »); H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 42, n° 30 (« la sanction ne frappe pas l'acte mais sa preuve. L'acte subsiste, mais, en cas de contestation, il est défendu d'en administrer la preuve sans écrit [...] »); M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 143 (le « formalisme probatoire se distingue du formalisme de validité, d'un point de vue théorique, en ce qu'il ne conditionne nullement l'existence ou la validité de l'acte juridique. En cas de non-respect des formalités requises *ad probationem*, l'acte est valable mais ne peut être prouvé s'il est contesté »).

Cette sanction se comprend sans peine à l'aune des objectifs poursuivis par le législateur. L'écrit requis dans ces hypothèses n'a pas seulement pour but d'offrir à toutes les parties un moyen de preuve efficace, de manière à garantir la sécurité des relations contractuelles (à l'instar des règles de preuve établies aux art. 1316 et s. du C. civ.) : l'objectif est de protéger le travailleur, considéré comme étant en position de faiblesse³⁴. Si le contrat à durée indéterminée est soumis au principe du consensualisme, d'autres formes contractuelles exigent au contraire l'établissement d'un écrit, comme condition de validité, dans la mesure où elles débouchent « sur un statut marginal ou une instabilité d'emploi plus grande que celle qu'admet le droit social commun »³⁵. L'écrit, revêtu de diverses mentions, permet notamment au travailleur d'être informé de ce statut marginal et des conséquences qui en résultent.

11. On note que des formalités doivent également être observées en cours d'exécution du contrat³⁶ ou pour y mettre fin³⁷. Nous renvoyons aux parties de l'ouvrage dans lesquelles ces règles sont examinées.

B. Formalités requises conformément au droit commun de la preuve

12. Pour les questions relatives à la conclusion du contrat qui ne sont pas spécifiquement réglées par des dispositions particulières (principalement la loi sur le contrat de travail), la théorie générale des contrats demeure pleinement applicable. Seul le droit commun de la preuve, qui impose l'accomplissement de règles de forme, retient notre attention.

³⁴ Sur cet objectif de protection, voy. P. HUMBLET, R. JANVIER, W. RAUWS et M. RIGAU (avec la participation de V. LAUVAUX), *Aperçu du droit du travail belge*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 59, n° 72 et p. 63, n° 84; CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL, Avis n° 1586 du 19 décembre 2006 relatif au cadre juridique pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques en droit du travail, p. 6.

³⁵ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, Liège, Éd. de la Faculté de droit de Liège, 1982, p. 333, n° 263.

³⁶ Un écrit sur lequel doivent figurer diverses mentions doit ainsi être établi « lorsque le travailleur « est amené à exercer son travail dans un pays étranger pour une durée qui excède un mois » (art. 20bis de la loi sur le contrat de travail). La clause d'écolage doit également être constatée par un écrit qui doit mentionner diverses informations (art. 22bis, §§ 2 et 3). On peut encore citer l'article 30ter, § 3, alinéas 1^{er} et 2, de la loi sur le contrat de travail, qui impose au travailleur souhaitant faire usage de son droit au congé d'adoption d'en avertir son employeur par écrit, par lettre recommandée ou par la remise d'un écrit dont le double est signé par l'employeur au titre de l'accusé de réception. Des mentions doivent figurer dans cet avertissement.

³⁷ Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, la notification du congé doit se faire par la remise d'un écrit, par lettre recommandée à la poste ou par exploit d'huissier (art. 37, § 1^{er}).

13. On peut ainsi se demander si l'article 1341 du Code civil, qui exige un écrit (acte sous seing privé ou acte authentique) pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 EUR (1^{re} règle) ou pour prouver contre ou outre un écrit (2^e règle), doit être observé.

Le contrat de travail à durée indéterminée doit être distingué des autres sortes de contrat de travail envisagées.

Aux termes de l'article 12 de la loi sur le contrat de travail, « la preuve testimoniale est admise, à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige ». Les témoignages, mais également les présomptions³⁸, sont ainsi recevables pour prouver le contrat de travail à durée indéterminée, ce qui constitue une dérogation à la *première règle de l'article 1341 du Code civil*³⁹⁻⁴⁰. En admettant la recevabilité d'autres moyens de preuve que l'écrit, le législateur favorise le travailleur dans la mesure où il lui est plus facile de démontrer que les règles propres à ce type de contrat (*a priori* conçues dans son intérêt, spécialement sur le plan de la stabilité de l'emploi) lui sont applicables. L'établissement d'un écrit demeure toutefois préférable dans la mesure où, contrairement aux témoignages ou aux présomptions, il possède une force probante élevée. La valeur probante de ces autres modes de preuve est quant à elle déterminée par le juge, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Par contre, au moment de prouver contre ou outre un écrit, l'article 12 de la loi sur le contrat de travail n'est pas applicable⁴¹. Le droit commun reprend son emprise et la *seconde règle de l'article 1341 du Code civil* (qui impose l'établissement d'un écrit pour prouver contre ou outre un autre écrit) doit être observée. Encore faut-il, évidemment, que les conditions d'application de cette disposition soient réunies en l'espèce. Tel n'est pas le cas si, dans le chef de la personne contre laquelle la preuve doit être apportée, l'acte est de nature commerciale⁴² (art. 1341, al. 2, C. civ. et art. 25 C. comm.). En matière commerciale, la preuve est libre.

³⁸ Voy. not. C. trav. Liège, 30 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 609; C. trav. Mons, 16 juin 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 318.

³⁹ Voy. not. F. KÉFER, *op. cit.*, pp. 58-59, n° 7; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, p. 249, n° 97.

⁴⁰ Celle-ci doit être écartée par application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

⁴¹ Voy. not. F. KÉFER, *op. cit.*, p. 60, n° 8; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, p. 249, n° 98. Voy. aussi le rapport fait au nom de la Commission de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale par M. Vannieuwenhuyze, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1977-1978, n° 258/2, p. 59.

⁴² Pour une application, voy. C. trav. Liège, 2 mai 1996, *J.T.T.*, 1998, p. 107. Voy. toutefois Trib. trav. Nivelles, 12 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 65, qui décide que « l'article 25 du Code de commerce, qui admet la preuve par témoins, même pour prouver contre et outre le contenu des actes ("sauf les exceptions établies pour les cas particuliers") ne peut être invoqué en droit du travail, dès lors qu'il ne concerne que les engagements commerciaux, et que l'article 12 de la loi sur les contrats de travail précité lui est largement postérieur » (la Cour se fonde sur C. trav. Liège, 19 janvier 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 434). Ce dernier argument

S'agissant du contrat de travail à durée déterminée ou pour un travail nettement défini, du contrat de travail à temps partiel, du contrat d'occupation de travailleur à domicile et du contrat relatif à une occupation d'étudiant, ni l'article 12 de la loi sur le contrat de travail, ni la première règle de l'article 1341 du Code civil ne doivent être observées. Pour ces contrats, un écrit doit en effet être établi conformément à la loi sur le contrat de travail (*supra*, n° 7).

14. L'application au contrat de travail de la formalité du « double », prescrite par l'article 1325 du Code civil, est discutée⁴³.

À notre estime, il convient à nouveau de distinguer le contrat de travail à durée indéterminée des autres sortes de contrat de travail.

Dans la mesure où l'article 12 de la loi autorise la preuve du contrat de travail à durée indéterminée par témoignages ou par présomptions, on comprendrait difficilement que, dans cette hypothèse, il soit également requis d'établir l'*instrumentum* en autant d'exemplaires qu'il y a de parties au contrat⁴⁴. *Quid* lorsqu'un écrit est établi⁴⁵ ? Aucune disposition de la loi sur le contrat de travail n'impose de formalité comparable à celle de l'article 1325 du Code civil. Par ailleurs, dans leurs *manifestations*, les formes prescrites par cette même loi (écrit, mentions, etc.) ne paraissent pas incompatibles avec cette formalité.

ne nous convainc pas. L'adage *lex posterior priori derogat* sur lequel la Cour se fonde visiblement ne doit à notre sens pas être appliqué puisqu'aucune difficulté d'articulation des normes n'est rencontrée. Dès lors que l'art. 12 de la loi sur le contrat de travail ne doit pas être observé pour déterminer quels sont les modes de preuve recevables pour prouver contre ou outre un écrit, la seconde règle de l'art. 1341 C. civ. redevient applicable, avec les exceptions qui l'assortissent (en l'espèce l'art. 25 C. comm.).

⁴³ Sur cette controverse, voy. S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, pp. 255-256, n° 108 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail 2008-2009*, t. 1, Bruxelles, Kluwer, 2008, pp. 592-593, n° 1156. De manière générale, voy. Cass., 17 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1192, où la Cour ne se prononce pas expressément sur l'application de l'art. 1325 C. civ. mais relève, sans le contester, que « les moyens se bornent à soutenir que, s'il est exact que les formalités prescrites par l'article 1325 du Code civil ne sont pas applicables lorsqu'il s'agit d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail, que ce contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, l'accord des volontés ne peut néanmoins pas être prouvé par un écrit produit et ne portant pas la signature de l'une des parties ». Voy. aussi les références citées *infra*, notes 43-44.

⁴⁴ En ce sens, voy. N. VEHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 248, n° 523, qui estime que l'art. 1325 C. civ. ne doit pas être observé en matière sociale lorsque le régime de la preuve libre est d'application. En jurisprudence, voy. C. trav. Anvers, 20 novembre 1992, *R.W.*, 1993-1994, p. 55 : la Cour décide que l'art. 1325 C. civ. ne s'applique pas au contrat de travail mais que, en l'occurrence, il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée (on peut toutefois se demander si l'affirmation relative à l'art. 1325 est générale ou s'applique uniquement au cas d'espèce. La seconde hypothèse a notre préférence).

⁴⁵ Dans une affaire soumise à la Cour du travail de Bruxelles (24 février 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 406), une convention de rupture est constatée par écrit mais la formalité du double n'est pas observée. L'appelant demande dès lors la nullité de la convention. La Cour décide toutefois, à juste titre, que seul l'*instrumentum* est affecté par l'inobservation de la formalité. Elle estime également que la sanction peut être couverte par l'exécution de la convention. La Cour semble donc admettre que l'article 1325 devait être observé dans le cas d'espèce.

Aussi pourrait-on considérer que l'article 1325 du Code civil doit être observé lorsque le contrat de travail est constaté par écrit. On peut toutefois s'interroger sur la sanction susceptible d'être prononcée si cette exigence est méconnue. Imaginons que le contrat soit conclu à durée indéterminée et que l'écrit ait été rédigé en un seul exemplaire, détenu par l'employeur. En général, on considère que, lorsque l'article 1325 du Code civil n'a pas été respecté, l'*instrumentum* est nul. À nos yeux, il est préférable d'appliquer la sanction de conversion, pour décider que l'*instrumentum* litigieux est converti en simple présomption⁴⁶. Revenons à l'hypothèse du contrat de travail : il résulte de l'article 12 de la loi sur le contrat de travail que les présomptions et les témoignages sont recevables pour prouver le contrat de travail. Le non-respect de l'article 1325 du Code civil n'aurait dès lors aucune incidence.

Lorsque la formalité de l'écrit constitue une condition de validité du contrat (*supra*, n° 10), la formalité a pour objectif de protéger le travailleur, supposé en position d'infériorité par rapport à l'employeur. S'agissant par exemple du contrat de travail à durée déterminée ou pour un travail nettement défini, elle doit en effet lui permettre de consentir en pleine connaissance de cause, relativement au régime applicable à la relation contractuelle (régime qui est moins favorable que celui du contrat de travail à durée indéterminée). Pour garantir cette bonne information et éviter les fraudes ou les abus de son cocontractant (qui tenterait par exemple de modifier unilatéralement l'*instrumentum*), il peut sembler logique que le travailleur dispose d'un exemplaire original du contrat de travail. Aussi croyons-nous que lorsque l'écrit est une condition de validité du contrat, la formalité « du double » requise conformément à l'article 1325 du Code civil doit être observée⁴⁷. Il faut cependant reconnaître que la sanction du non-respect de cette exigence – la conversion de l'*instrumentum* litigieux en simple présomption, voire en commencement de preuve par écrit – est peu compatible avec la sanction applicable en cas d'inobservation de la formalité de l'écrit – la conversion de l'acte juridique en contrat à durée indéterminée ou son annulation. *De lege ferenda*, la loi sur le contrat de travail devrait à nos yeux être modifiée de sorte que la formalité des originaux

⁴⁶ Cette sanction a du sens, conformément au droit commun de la preuve, dans la mesure où les présomptions sont irrecevables dans les conditions de l'article 1341 du Code civil.

⁴⁷ En ce sens, visiblement, voy. P. HUMBLET, R. JANVIER, W. RAUWS et M. RIGAUX (avec la participation de V. LAUVAUX), *op. cit.*, p. 64, n° 85, qui estiment que « tout contrat de travail écrit doit être constaté en deux exemplaires au minimum et doit être signé au plus tard au moment de l'entrée en service du travailleur ». En jurisprudence, voy. toutefois, dans l'hypothèse d'une clause d'essai, Gand, 9 mai 1994, *J.T.T.*, p. 344, qui décide que l'art. 1325 C. civ. ne doit pas être observé ou Trib. trav. Bruxelles, 14 janvier 1993, *Chron. D.S.*, 1993, p. 323, se prononçant dans le même sens en matière de contrat de travail à durée déterminée ou pour un travail nettement défini.

multiples soit expressément imposée par la loi et que sa méconnaissance soit sanctionnée de la même manière que l'absence d'écrit.

Section 2

Analyse des solutions législatives visant à lever les obstacles formels

15. L'analyse des solutions mises en œuvres par le législateur belge pour permettre l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique nous conduit à présenter la théorie des équivalents fonctionnels (A), avant d'expliquer pour quelles raisons les textes normatifs qui consacrent cette théorie de manière générale posent problème au moment d'être appliqués à la relation de travail (B) et, enfin, d'examiner l'article 3*bis* de la loi sur le contrat de travail (C).

A. Consécration de la théorie des équivalents fonctionnels

16. Sans se limiter à la relation de travail, deux types de difficultés, d'ordre juridique⁴⁸, peuvent être rencontrés au moment d'accomplir valablement les formes prescrites par voie électronique⁴⁹.

D'une part, on constate que certains termes utilisés par le législateur désignent une formalité qui ne peut être accomplie que dans l'environnement

⁴⁸ On dénombre également des obstacles d'ordre *pratique* mais ils ne retiennent pas notre attention. En ce sens, voy. le considérant n° 37 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000: « l'obligation faite aux États membres d'éliminer les obstacles à l'utilisation des contrats électroniques ne concerne que les obstacles résultant d'exigences juridiques et non pas les obstacles d'ordre pratique résultant d'une impossibilité d'utiliser les moyens électroniques dans certains cas ». Voy. aussi les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 42; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 159-160.

⁴⁹ À ce sujet, voy. les travaux préparatoires de la LSSI, qui distinguent les obstacles directs et indirects. Ils énoncent que « les obstacles directs résultent, par exemple, de l'exigence formelle d'un prospectus papier ou d'une écriture à la main. Les obstacles indirects résultent plutôt des exigences de forme, qui ne spécifient pas expressément le type de support mais qui créent une insécurité juridique dans la mesure où il n'est pas certain qu'elles puissent être appliquées au contrat électronique (les notions de formulaire, avenant, bon de commande, etc.) » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 42). Voy. aussi M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 157 et s.

traditionnel : les exigences d'un « support papier »⁵⁰, d'une mention « écrite de la main de... »⁵¹ ou figurant au « recto de la première page »⁵² illustrent cette hypothèse.

D'autre part, et tel est le cas de figure généralement observé, les termes utilisés désignent une formalité qui pourrait être accomplie dans l'environnement numérique mais au prix d'une grande insécurité juridique. Les formalités de l'« écrit », de la « signature » ou des « exemplaires multiples » renvoient, il est vrai, à un procédé déterminé dans l'environnement traditionnel (un support papier recouvert de signes exprimant un langage pour l'écrit ; un graphisme personnel tracé directement sur le support, pour la signature ; l'établissement de plusieurs supports dont le contenu est identique et qui sont revêtus de la signature de celui qui s'oblige, pour les exemplaires multiples). À la faveur d'une interprétation large, on pourrait estimer qu'un procédé électronique, accompli dans l'environnement numérique, puisse être qualifié de la sorte, sans forcément méconnaître la définition du terme⁵³. Une insécurité juridique pourrait cependant en résulter selon que le juge saisi de la question de savoir si la formalité est valablement accomplie, à la lumière du procédé mis en œuvre, accepte ou, au contraire, refuse une telle interprétation⁵⁴.

17. Dans le courant des années quatre-vingt, parallèlement aux progrès techniques, des auteurs ont rapidement cerné les enjeux juridiques posés par le

⁵⁰ Celui-ci est généralement présenté comme une alternative au support durable (voy. par ex. l'art. 52, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, ci-après LPMC). À l'art. 52, § 3, de la LPMC, il est indiqué qu'« à tout moment au cours de la relation contractuelle, le consommateur a le droit, s'il en fait la demande, de recevoir les conditions contractuelles sur un support papier ».

⁵¹ Voy. par ex. l'art. 2043quinquies, § 3, C. civ.

⁵² Voy. par ex. l'art. 60, al. 2, 6^e tiret, LPMC.

⁵³ On observe qu'à l'origine, lorsque s'est posée la question de savoir comment accomplir les formes en recourant aux technologies de l'information, les auteurs ont défini les concepts traditionnels par référence, notamment, à leurs fonctions, de sorte que les procédés accomplis dans l'environnement numérique puissent être visés (voy. not. M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 6-9 ; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 11 et s., n^{os} 13 et s.).

⁵⁴ On pourrait imaginer que le juge rejette toute interprétation large de la notion d'écrit ou de signature ou, tout en acceptant une telle interprétation, décide néanmoins que le procédé mis en œuvre ne peut être qualifié de la sorte (parce qu'il ne posséderait pas certaines qualités). Dans ces hypothèses, le recours aux technologies de l'information pour nouer les rapports contractuels soumis aux législations retenues serait gravement compromis : les prestataires pourraient en effet hésiter à profiter des opportunités offertes par l'internet, par crainte de voir leurs conventions contestées ou annulées. En outre, le risque existe également que le juge accepte de qualifier d'écrit ou de signature des procédés qui ne permettent pas d'atteindre les fonctions généralement reconnues aux procédés mis en œuvre pour accomplir ces formalités dans l'environnement papier.

développement de l'informatique et des technologies de l'information. Ils ont esquissé les premières solutions en la matière, essentiellement sous l'angle du droit de la preuve⁵⁵. Si d'autres solutions ont également été proposées⁵⁶, la théorie des équivalents fonctionnels a progressivement pris corps, avant d'être consacrée, au niveau international, par la CNUDCI, dans sa loi-type sur le commerce électronique⁵⁷ (1996). Les travaux de celle-ci ont inspiré les législateurs européen, puis belge.

Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposé directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans

⁵⁵ Voy. en ce sens les réflexions de B. AMORY et Y. POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique: approche de droit comparé », *D.I.T.*, 1985/5, pp. 11 et s. ; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 1 et s. ; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 8 et s. ; N. VERDEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 233-234, n^{os} 492-493 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39 et s. ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 660 et s. ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, pp. 671 et s.

⁵⁶ Plusieurs alternatives ont été proposées en doctrine pour résoudre les difficultés posées par l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique. Sur ces arguments, voy. B. AMORY et Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 16-17 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 16-20 ; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 8-9 ; Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 73 et s., n^{os} 95 et s. ; Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 42-44, n^o 5 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 672-673 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000, p. 18. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n^o 2141/001, pp. 13-15.

⁵⁷ Comme indiqué dans le Guide pour son incorporation, « la Loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation 'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel', qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New-York, Publ. des Nations Unies, 1999, p. 21, n^o 16). À ce propos, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382: « Dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, 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 ».

l'environnement numérique (un document au format .pdf enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

18. À la suite d'une directive européenne de 1999⁵⁸, le législateur belge a d'abord mis en œuvre cette théorie pour la formalité de la signature, en adoptant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification⁵⁹ (ci-après, la loi sur la signature électronique et les services de certification) et l'article 1322, alinéa 2 du Code civil.

La directive sur le commerce électronique (2000) impose aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » (art. 9, § 1^{er}). Le considérant n° 34 de la directive confirme que les exigences de forme sont clairement visées⁶⁰. L'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁶¹ (ci-après, LSSI) transpose cette exigence : plus précisément, une clause transversale générale énonce la théorie des équivalents fonctionnels (art. 16, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières l'appliquent aux formes les plus fréquentes – l'écrit, la signature et la mention manuscrite – en énonçant les qualités fonctionnelles que le procédé doit préserver dans l'environnement numérique (art. 16, § 2). Sous réserve des hypothèses exclues par l'article 17, des

⁵⁸ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000.

⁵⁹ *M.B.*, 29 septembre 2001.

⁶⁰ Aux termes de ce considérant, « chaque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat. Il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique [...] ». Des obstacles étrangers aux règles de forme pourraient également être rencontrés (à ce sujet, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 160-161 et les exemples cités). La délégation au Roi, prévue par l'article 16, § 3, de la LSSI et devenue caduque aujourd'hui, avait notamment pour objet de lever ces obstacles (*Ibid.*, pp. 190 et s.).

⁶¹ *M.B.*, 17 mars 2003.

nombreux obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique sont désormais levés.

B. Difficultés liées à l'application au contrat de travail des règles générales consacrant la théorie des équivalents fonctionnels

19. Avant d'examiner le régime établi à l'article 3*bis* de la loi sur le contrat de travail, il importe d'analyser les dispositions légales transversales adoptées par ailleurs, précédemment à cet article (et dont le domaine d'application ne se limite pas au droit du travail), pour déterminer si elles pouvaient s'appliquer aux formes requises lors de la formation d'un contrat de travail. Il est ainsi possible de mettre en lumière les raisons qui ont justifié l'adoption d'une disposition particulière (l'art. 3*bis* de la loi sur le contrat) et, par comparaison, la technique utilisée par le législateur dans ce cadre peut être envisagée sous un angle critique.

Nous nous penchons sur la législation sur la signature électronique (1) et sur les articles 16 et 17 de la LSSI (2).

1. Législations sur la signature électronique

20. La prudence recommande de limiter l'application de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, qui traite de la signature électronique, au droit de la preuve⁶², plus précisément à la signature des actes sous seing privé.

En matière de contrat de travail, cette disposition ne pourrait donc être invoquée que pour la signature requise uniquement dans une perspective probatoire. Est visée l'hypothèse selon laquelle, en cas de contrat de travail conclu à durée indéterminée, les parties optent volontairement pour l'établissement d'un écrit signé destiné à constater leur accord pour garantir la sécurité des

⁶² On peut se fonder sur la place qu'il occupe dans le Code civil (l'art. 1322 est en effet inséré dans le livre III, titre III, chapitre VI, intitulé « De la preuve des obligations et de celle du paiement ») et sur le contexte d'adoption de la loi (voy. spéc. l'avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999 (lég. 49), n° 2141/001, p. 27, et l'introduction de l'expression « pour l'application du présent article »). En ce sens, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 184 (la « réforme n'affecte pas, en principe, les situations où une signature manuscrite est requise pour la validité d'un acte juridique ou son opposabilité aux tiers »); P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 2001, p. 127, n° 116; J. DUMORTIER et S. VAN DEN EYNDE, « De juridische erkenning van de elektronische handtekening in België », *Computerr.*, 2001, p. 188; D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 190, n° 122-3. Pour une position plus nuancée: voy. F. KÉFER, *op. cit.*, p. 70. Sur l'existence d'une controverse à ce propos, voy. CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL, Avis n° 1586 du 19 décembre 2006 relatif au cadre juridique pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques en droit du travail, p. 8.

relations contractuelles. Lorsque l'écrit signé est une condition de validité du contrat (et ressortit au formalisme solennel), l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ne peut être invoqué comme tel, à moins de se fonder également sur l'article 16 de la LSSI (ce qui, comme on le verra, pose problème (*infra*, n° 25)).

21. La section 2, du chapitre II, de la loi sur la signature électronique et les services de certification, intitulée « champ d'application », est composée d'un article unique aux termes duquel il est précisé que « la présente loi fixe certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et définit le régime juridique applicable aux opérations effectuées par les prestataires de service de certification ainsi que les règles à respecter par ces derniers et les titulaires de certificats sans préjudice des dispositions légales concernant les règles de représentations des personnes morales. La présente loi instaure également un régime d'accréditation volontaire ».

A priori, la loi ne limite pas son application, *ratione materiae*, à certains rapports contractuels, ou, *ratione personae*, à certaines catégories de cocontractants. Il s'agit d'une législation générale. On note cependant que seule la signature électronique est visée.

On peut se demander si, à l'instar de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, la loi vise uniquement la signature requise dans une perspective probatoire. En analysant la loi de manière générale, la réponse est négative⁶³. La lettre des dispositions-clés de la loi, qui énoncent les principes d'assimilation (art. 4, § 4) et de non-discrimination (art. 4, § 5), pourrait cependant instiller le doute. Le principe d'assimilation est établi, aux termes de l'article 4, § 4, « sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil [...] », relatifs à la contestation de signature et d'écriture, en matière probatoire essentiellement. Quant à l'article 4, § 5, il dispose qu' « une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être *refusée comme preuve en justice* au seul motif [...] »⁶⁴. Si le doute existe, il n'emporte toutefois pas notre conviction. Rien n'empêche de contester une signature conformément aux règles des articles 1323 et suivants du Code civil lorsque celle-ci n'est pas requise uniquement dans une perspective probatoire. Quant au refus de la signature comme preuve en justice, il peut être considéré comme une application particulière de l'inefficacité juridique, qui recouvre également d'autres sanctions (la nullité de l'acte juridique pour défaut de signature, par exemple)⁶⁵.

⁶³ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 186. Voy. aussi D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 189, n° 122-3.

⁶⁴ Nous soulignons.

⁶⁵ Considérant que, nonobstant la formulation de la loi, l'irrecevabilité est une hypothèse, parmi d'autres, de l'inefficacité juridique, voy. P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 109-111; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 559.

On peut soutenir dès lors, que les principes d'assimilation (art. 4, § 4) et de non-discrimination (art. 4, § 5) consacrés par la loi sur la signature électronique et les services de certification s'appliquent à la relation de travail (sans qu'il soit requis de se fonder, par ailleurs, sur l'article 16 de la LSSI).

22. En pratique, avant l'adoption de l'article 3bis de la loi sur le contrat de travail, on pouvait donc considérer que la signature électronique « qualifiée » (autrement dit celle qui répond aux conditions établies à l'art. 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) ou qui satisfait aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, liée logiquement à l'*instrumentum* établissant le contrat de travail à durée indéterminée, était équivalente à la signature manuscrite apposée sur le contrat de travail papier⁶⁶.

Actuellement, c'est surtout la signature digitale, basée sur la cryptographie asymétrique, qui permet d'atteindre le plus adéquatement les critères⁶⁷⁻⁶⁸. Dans ce mécanisme, il y a deux clés : une clé privée, connue uniquement de son titulaire et une clé publique, connue de tous. Les deux clés sont liées et la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée. Cette technique permet de garantir l'identification du signataire, la confidentialité et l'intégrité du message. L'internet est un réseau ouvert, dans lequel les intervenants ne se connaissent généralement pas. Pour que chacun puisse avoir la certitude que telle clé publique appartient bien à la personne qui s'en prétend titulaire, l'intervention d'un tiers de confiance était nécessaire. C'est la raison pour laquelle l'activité des prestataires de service de certification est visée par la loi. Eu égard aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, un juge pourrait être amené à accepter d'autres formes de signature électronique, exerçant ainsi le pouvoir d'appréciation que la loi lui octroie⁶⁹. En cas de contestation, à défaut de signature électronique répondant aux conditions de l'article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification ou de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, le document signé électroniquement pourrait être

⁶⁶ Voy. F. KÉFER, *op. cit.*, p. 67, n° 15.

⁶⁷ En ce sens, voy. not. les travaux préparatoires de l'art. 1322, al. 2, C. civ. (rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30) ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 77 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 197, n° 122-3.

⁶⁸ Sur ce mécanisme, voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 174, n° 121-2 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, pp. 555-556 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, pp. 77-84 ; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1515-1516 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 172 et s., n° 121.2.

⁶⁹ Énumérant des procédés *a priori* concernés par l'art. 1322, al. 2, C. civ., voy. E. MONTERO, « Introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 196-197, n° 12 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, pp. 117-118.

considéré comme un commencement de preuve par écrit (si les conditions de l'art. 1347 C. civ. sont réunies), voire comme une simple présomption. On sait en effet que le contrat de travail à durée indéterminée est consensuel et que la loi autorise la preuve de son existence et de son contenu par toutes voies de droit (art. 12 de la loi sur le contrat de travail).

S'agissant par contre des autres catégories de contrats de travail, pour lesquels les formalités ne sont pas seulement requises *ad probationem*, mais constituent des conditions de validité de l'acte juridique, seule la loi sur la signature électronique et les services de certification peut être invoquée (à moins de se fonder également sur l'art. 16, § 2, 2^e tiret, de la LSSI, *infra*, n° 25).

2. Articles 16 et 17 de la loi sur les services de la société de l'information

23. L'examen des formalités requises au moment de la formation du contrat de travail a montré que les exigences imposées par la loi (*supra*, n° 7 et s.) et susceptibles de poser problème au moment d'être accomplies par voie électronique (*supra*, n° 16) ne se limitaient pas à la signature. L'« écrit » ou l'« établissement d'exemplaires multiples » peuvent également constituer des obstacles formels. En outre, s'agissant de la signature, le caractère limité du domaine d'application de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil empêche de se fonder sur cette disposition lorsque la signature constitue une condition de validité du contrat (*supra*, n° 22).

Pour lever ces obstacles, la solution pourrait consister à se fonder sur l'article 16 de la LSSI, qui consacre la théorie des équivalents fonctionnels. Plus précisément, pourraient être invoquées, pour l'écrit et la signature, les clauses transversales particulières relatives à ces formalités (art. 16, § 2, 1^{er} et 2^e tirets) et, pour l'établissement d'exemplaires multiples, la clause transversale générale (art. 16, § 1^{er}).

Encore faut-il s'assurer que cette disposition peut effectivement s'appliquer à la relation de travail. À l'analyse, la réponse est loin d'être certaine.

24. La lecture des travaux préparatoires de la loi-programme de 2007, qui introduit l'article 3*bis* dans la loi sur le contrat de travail, montre d'ailleurs que l'adoption de cette disposition s'explique par l'incertitude quant à l'application de l'article 16 de la LSSI au contrat de travail⁷⁰. Cette incertitude trouve principalement sa source dans le considérant n° 18 de la directive sur le commerce

⁷⁰ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 3067/001, pp. 23-24. Soulignant cette incertitude, voy. ég. CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL, Avis n° 1586 du 19 décembre 2006 relatif au cadre juridique pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques en droit du travail, p. 11.

électronique, aux termes duquel « la relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information ».

L'examen du domaine d'application de l'article 16 de la LSSI montre en effet que deux thèses pourraient être retenues. Il faut néanmoins reconnaître que l'existence même de cette double interprétation est source d'incertitude et justifie l'intervention du législateur, dans la loi sur le contrat de travail.

25. On constate que contrairement aux autres dispositions de la LSSI⁷¹, les notions de « service de la société de l'information », de « prestataire » ou de « destinataire de service », n'apparaissent pas à l'article 16. On peut dès lors se demander si cette circonstance a une incidence sur son champ d'application. Autrement dit, l'article 16 s'applique-t-il uniquement aux formes à accomplir lors de la prestation d'un « service de la société de l'information » ou peut-il être invoqué dans d'autres hypothèses ?

A priori, la première option pourrait s'imposer, si l'on s'en remet à l'article 3, alinéa 1^{er}, de la LSSI. Il dispose en effet que « la présente loi règle certains aspects juridiques des services de la société de l'information ». On pourrait donc conclure, de manière générale, que la notion de service de la société de l'information (et par conséquent les trois critères de l'article 2, 2^o) s'applique(nt) à toutes les dispositions de la loi, en ce compris les articles 16 et 17.

Mais on pourrait aussi arguer que le champ d'application de l'article 16 est différent, à la fois plus restreint et plus large. Il est plus large dès lors qu'il exige seulement que le contrat soit conclu *par voie électronique*. Les deux autres critères auxquels l'article 2, 2^o, de la LSSI fait référence pour définir le service de la société de l'information – service « presté normalement contre rémunération » et « à la demande individuelle d'un destinataire de service » – ne seraient pas requis. Mais le champ d'application de l'article 16 est également plus étroit puisqu'il ne concerne que les exigences de forme relatives au processus contractuel. Cette seconde interprétation a notre préférence. Les termes utilisés à l'article 16 laissent en effet penser que, sous réserve des exceptions prévues à l'article 17, toutes les exigences de forme susceptibles d'être requises au cours du processus contractuel, et qui posent problème au moment d'être accomplies par voie électronique, sont visées.

26. On peut admettre que, sans être strictement nécessaire, l'intervention du législateur présentait une certaine utilité, compte tenu des possibles discussions quant au champ d'application de l'article 16 de la LSSI.

⁷¹ Ces dispositions concernent l'information et la transparence sur les réseaux (art. 7 à 12), la publicité (art. 13 à 15) et la responsabilité des prestataires intermédiaires (art. 18 à 21).

C. Adoption d'une disposition légale particulière : l'article 3bis de la loi sur le contrat de travail

27. En admettant que le principe même d'une intervention législative en matière de relation de travail n'était pas dénuée de fondement, il reste à analyser de quelle manière le législateur a levé, dans l'article 3bis de la loi sur le contrat de travail⁷², les difficultés posées par les exigences de « signature » (1), d'« écrit » (2) et d'« exemplaires multiples » (3). Des considérations portent également sur l'archivage du contrat, dont traite l'article 3bis de la loi sur le contrat de travail (4).

1. Signature

28. Conformément à l'article 3bis, alinéa 1^{er}, de la loi sur le contrat de travail, « un contrat de travail signé au moyen de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique ou d'une signature électronique qui satisfait aux mêmes conditions de sécurité que celles présentées par la signature électronique créée par la carte d'identité électronique est assimilé à un contrat de travail papier signé au moyen d'une signature manuscrite ».

Sans faire référence aux fonctions de la signature, le législateur indique directement le procédé à mettre en œuvre dans l'environnement numérique pour que la signature électronique soit assimilée à la signature manuscrite. En l'occurrence, il faut recourir à la signature électronique créée par la carte d'identité électronique. La carte d'identité électronique contient en effet des informations à caractère personnel, lisibles de manière électronique, qui concernent « 1^o les clés d'identité et de signature ; 2^o les certificats d'identité et de signature ; 3^o le prestataire de service de certification accrédité ; 4^o l'information nécessaire à l'authentification de la carte et à la protection des données visibles de manière électronique figurant sur la carte et à l'utilisation des certificats qualifiés y afférents [...] »⁷³.

29. Une signature électronique qui ne serait pas créée par la carte d'identité électronique peut également être assimilée à une signature manuscrite si elle satisfait aux mêmes conditions de sécurité que la signature électronique créée par la carte d'identité électronique (art. 3bis, al. 1^{er}).

⁷² Sur cette disposition, voy. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail 2008-2009*, t. 1, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 593-594, n° 1161.

⁷³ Art. 6, § 2, al. 3 de la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 3 septembre 1991.

La loi sur le contrat de travail donne délégation au Roi⁷⁴ pour déterminer ces conditions de sécurité (art. 3bis, al. 2, de la loi sur le contrat de travail). À ce jour, aucun arrêté royal n'a été adopté. Par conséquent, se pose la question de savoir si, en l'absence de ce texte, un juge pourrait être amené à décider qu'une signature électronique qui ne serait pas créée par la carte d'identité électronique répond aux mêmes conditions de sécurité que celles présentées par une signature électronique créée par une carte d'identité électronique. À nos yeux, la réponse est affirmative. La loi sur le contrat de travail permet au Roi d'intervenir et l'assimilation d'une signature électronique qui ne serait pas créée par la carte d'identité électronique à une signature manuscrite (alinéa 1^{er} de l'art. 3bis) ne paraît pas subordonnée à l'adoption de l'arrêté royal (alinéa 2 de l'art. 3bis). Il s'agit seulement d'une possibilité laissée au Roi, qui permettrait de renforcer la sécurité juridique («[...] le Roi *peut* déterminer [...]»).

Il est intéressant de noter qu'un projet d'arrêté royal a été soumis au Conseil national du Travail, qui a rendu un avis globalement favorable⁷⁵. Les conditions de sécurité établies par le projet, en son article 2, correspondent aux conditions de la signature électronique avancée⁷⁶. La signature électronique doit par conséquent servir de méthode d'authentification et satisfaire aux exigences suivantes : (a) être liée uniquement au signataire ; (b) permettre l'identification du signataire ; (c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; (d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée».

La loi ajoute qu'une attestation peut être délivrée par le Comité de gestion de la Banque-carrefour de la Sécurité sociale aux personnes qui offrent un système pour l'utilisation de la signature électronique qui satisfait aux conditions de l'arrêté royal⁷⁷ (art. 3bis, al. 3).

⁷⁴ Plus précisément, la loi exige l'avis du Conseil national du Travail et un arrêté délibéré en Conseil des ministres.

⁷⁵ CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL, Avis n° 1613 du 31 mai 2007 relatif au projet d'arrêté royal en exécution des articles 5 et 14 de la loi du ... portant des dispositions diverses relatives au travail – l'utilisation de la signature électronique pour la conclusion des contrats de travail et l'envoi et l'archivage de certains documents dans le cadre de la relation individuelle de travail.

⁷⁶ Telle que définie à l'art. 2, al. 2, 2° de la loi sur la signature électronique et les services de certification.

⁷⁷ Il est également précisé qu'« une liste des personnes qui offrent un système pour l'utilisation de la signature électronique qui se sont déclarées volontairement afin d'être mentionnées sur cette liste et dont la déclaration a été approuvée est dressée par le Comité de Gestion de la Banque-carrefour de la Sécurité Sociale et transmise pour validation au ministre qui a l'Emploi dans ses compétences. Si le ministre qui a l'Emploi dans ses compétences ne formule pas de remarques dans un délai de quinze jours à partir de la date d'envoi de la liste, elle sera considérée comme validée. La liste est publiée sur le site internet de la Banque Carrefour de la Sécurité Sociale ». La « personne qui offre un système pour l'utilisation de la signature électronique » et le « système pour l'utilisation de la signature électronique » sont définis légalement (art. 3bis, al. 4).

30. On constate que, pour consacrer la théorie des équivalents fonctionnels et la traduire en termes législatifs, trois méthodes principales ont été suivies en droit belge⁷⁸. Elles peuvent se cumuler.

La première méthode consiste à énoncer la théorie des équivalents fonctionnels, au moyen d'une disposition légale, sans l'appliquer à une formalité particulière (voy. la clause transversale générale énoncée à l'art. 16, § 1^{er}, de la LSSI).

La seconde approche est plus aboutie. En adoptant celle-ci, le législateur applique la théorie des équivalents fonctionnels à une formalité donnée: il identifie lui-même, dans une disposition légale, les fonctions que le procédé choisi pour l'accomplir dans l'environnement numérique doit nécessairement préserver⁷⁹.

La troisième méthode se situe dans le prolongement des deux méthodes précédentes. Suivant celle-ci, le législateur ne se borne pas à énoncer la théorie, ni même à identifier les fonctions d'une formalité donnée, il désigne expressément un procédé particulier, qui doit être mis en œuvre dans l'environnement numérique pour que la formalité requise soit valablement accomplie. Cette dernière méthode est une application de la théorie des équivalents fonctionnels: avant de désigner un procédé donné, on peut supposer que le législateur a recherché les fonctions poursuivies par la formalité.

L'article 3bis de la loi sur le contrat de travail combine les deux dernières options. En son alinéa 1^{er}, il applique la troisième méthode en faisant référence à la signature électronique créée au moyen de la carte d'identité électronique. L'assimilation de la signature électronique qui ne serait pas créée par la carte d'identité électronique à la signature manuscrite se fonde sur la seconde approche dans la mesure où le projet d'arrêté royal reprend la définition de la signature avancée (qui énonce les fonctions assignées au procédé de signature électronique).

⁷⁸ Une quatrième méthode peut également être mentionnée. Dès lors qu'elle n'a pas été reprise dans les législations applicables aux relations de travail, nous ne la mentionnons qu'à titre informatif. Dans la mesure où les difficultés rencontrées au moment d'accomplir certaines formes dans l'environnement numérique tiennent au fait que les termes utilisés désignent des procédés étroitement liés à l'environnement papier (le support papier, par exemple) ou, à tout le moins, créent de l'insécurité juridique à l'heure de savoir quels procédés peuvent être mis en œuvre dans l'environnement numérique (l'écrit, par exemple), le législateur introduit de nouveaux termes, qui n'engendrent pas de telles difficultés. Le concept de « support durable », qui figure dans certaines législations particulières, sous l'impulsion du législateur européen, peut s'expliquer de cette manière (voy. par ex. les art. 46, § 1^{er}, ou 52, § 1^{er}, de la LPMC; l'art. 1649septies, § 3, al. 1^{er}, C. civ.). Sur ces méthodes, voy., de manière plus détaillée, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., n^{os} 255 et s.

⁷⁹ Voy. par exemple l'art. 16, § 2, de la LSSI, qui énonce les qualités fonctionnelles respectives de l'écrit, de la signature et de la mention écrite de la main de celui qui s'oblige.

31. Plusieurs critiques peuvent être adressées à la méthode utilisée par le législateur dans la loi sur le contrat de travail.

Nous distinguons l'hypothèse de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique (*infra*, n° 32) et celle de la signature électronique qui n'est pas créée par la carte d'identité électronique (*infra*, n° 33).

32. La méthode consistant à désigner un procédé particulier – en l'espèce la signature électronique créée par la carte d'identité électronique – est contestable dans la mesure où elle méconnaît le principe de *neutralité technologique*. Ce principe est pourtant à la base de toutes les interventions normatives en matière de signature électronique⁸⁰. Suivant celui-ci, les dispositions normatives doivent rester neutres et ne pas désigner expressément une technologie déterminée : eu égard à la rapidité des progrès scientifiques et techniques, il est en effet hautement probable que cette technologie devienne à brève échéance totalement obsolète. Il faudrait dès lors modifier les textes normatifs continuellement, pour qu'ils correspondent aux standards techniques minimaux, de nature à maintenir le niveau de sécurité requis.

Pour répondre à cet argument, on peut certes avancer que, *sensu stricto*, le législateur ne désigne pas une technique particulière (la cryptographie asymétrique, par exemple) mais le support de celle-ci. On peut entendre l'objection ; cependant, en l'occurrence et par identité de motifs, il est encore plus contestable de pousser la précision au point de désigner ce support. En effet, on pourrait fort bien imaginer qu'en pratique, le procédé de signature électronique appelé à se développer soit totalement indépendant de la carte d'identité électronique (et soit liée, par exemple, à une autre carte ou à un support autre qu'une carte).

On peut d'ailleurs s'interroger sur les caractéristiques techniques de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique. Après avoir énoncé les fonctions attendues de la signature – de manière peu rigoureuse, d'ailleurs⁸¹ –, les travaux préparatoires indiquent qu'« étant donné ces fonc-

⁸⁰ Voy. le considérant n° 8 de la directive sur la signature électronique ou la loi type de la CNUDCI de 2001 sur les signatures électroniques et le Guide pour son incorporation, New York, Publ. des Nations Unies, 2002, p. 35, n° 82.

⁸¹ On peut lire dans les travaux préparatoires que « la signature remplit certaines fonctions importantes. Tout d'abord, elle permet de constater l'identité des parties contractantes. L'on est alors informé de l'identité des personnes liées par un contrat. Ensuite, la personne fait savoir, par le biais de sa signature, qu'elle accepte le contenu du contrat. Enfin, la signature garantit également l'intégrité du contrat. La signature permet d'éviter que des ajouts ou modifications unilatéraux puissent être apportés au contrat » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess ord. 2006-2007, n° 3067/001, p. 24). À notre estime, l'analyse fonctionnelle ainsi présentée manque de rigueur à deux égards. D'une part, la signature ne permet pas de constater l'identité d'une partie. La signature manuscrite n'énonce pas nécessairement l'identité du cocontractant. Elle établit un lien entre un signe manuscrit et une personne ; en ce sens, elle permet

tions importantes, la signature électronique doit présenter des garanties de sécurité élevées. La signature électronique créée par la carte d'identité électronique satisfait à cette exigence⁸². Il n'est donné aucune autre précision quant aux caractéristiques techniques de ce type de signature électronique, qui justifient qu'elle satisfasse effectivement aux exigences requises. Conformément à l'avis du Conseil national du Travail relatif à cette disposition et aux termes de la loi sur les cartes d'identité, il semble que la signature électronique créée par la carte d'identité électronique soit une signature électronique qualifiée⁸³. Dans la mesure où l'article 6, § 2, al. 3, 3°, de la loi sur les cartes d'identité⁸⁴ fait référence au prestataire de service de certification accrédité, l'option de la signature électronique qualifiée paraît confirmée. L'accréditation n'est en effet octroyée qu'à des prestataires qui délivrent des certificats présentant certaines caractéristiques (voy. l'art. 17, § 1^{er}, de la loi sur la signature électronique et les services de certification). Ces caractéristiques renvoient à la signature électronique qualifiée.

Des incertitudes demeurent néanmoins, d'autant que les conditions de sécurité établies par le système alternatif de signature électronique (celle qui ne serait pas créée par la carte d'identité électronique), énoncées par le projet d'arrêté royal, renvoient à la signature électronique avancée (dont les conditions de sécurité sont inférieures à celles de la signature électronique qualifiée). Or, aux termes de l'article 3bis, alinéa 1^{er}, ce système de signature électronique doit satisfaire «aux mêmes conditions de sécurité que celles présentées par la signature électronique créée au moyen de la carte d'identité électronique». Le risque existe dès lors qu'en l'absence de conditions clairement établies, soit assimilée à une signature manuscrite un procédé qui ne présente pas les mêmes qualités que la signature électronique qualifiée.

S'il souhaitait effectivement désigner la signature électronique qualifiée, se pose aussi la question de savoir pour quelle raison le législateur n'a pas fait référence expressément à la signature électronique visée à l'article 4, § 4, de

d'authentifier l'identité de cette partie. En outre, la signature ne garantit pas l'intégrité du contrat: si le futur employé signe un contrat de travail papier, dans lequel certains éléments restent à compléter, rien n'empêche que l'employeur introduise ceux-ci par la suite. Le contenu du contrat est ainsi modifié, nonobstant la signature.

⁸² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess ord. 2006-2007, n° 3067/001, p. 24.

⁸³ Au sens de l'art. 4, § 4 de la loi sur la signature électronique et les services de certification. Voy. CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL, Avis n° 1586 du 19 décembre 2006 relatif au cadre juridique pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques en droit du travail, p. 8: «Le Conseil a pris acte du fait que, selon le représentant du secrétaire d'État V. Van Quickenborne, la signature électronique apposée par le biais de la carte d'identité électronique satisfait aux exigences précitées d'une signature électronique qualifiée».

⁸⁴ Précité, note 71.

la loi sur la signature électronique et les services de certification? Les doutes auraient été immédiatement levés, sans la moindre ambiguïté.

Avec l'approche privilégiée à l'article 3bis, alinéa 1^{er}, on prend aussi le risque que cette nouvelle catégorie de signature électronique ne soit pas reconnue dans d'autres États membres de l'Union européenne. L'objectif de la directive sur la signature électronique, qui était précisément de garantir un niveau d'harmonisation minimal en la matière, est par conséquent méconnu. Techniquement, des difficultés pourraient être rencontrées par les travailleurs de nationalité étrangère, dont la carte d'identité, à supposer qu'elle soit électronique, pourrait ne pas être compatible avec l'infrastructure des employeurs.

Enfin, on complique inutilement le cadre normatif actuel en ajoutant une nouvelle catégorie de signature électronique. La loi du 9 juillet 2001 définit en effet la signature électronique (art. 2, 1^o), la signature électronique avancée (art. 2, 2^o) et assimile la signature électronique visée à l'art. 4, § 4 (et désignée par l'expression «signature électronique qualifiée») à la signature manuscrite. Il faut également tenir compte de la signature électronique visée à l'art. 1322, al. 2, du Code civil, qui peut être assimilée à la signature manuscrite lorsque les conditions établies par cette disposition sont réunies. À ces quatre catégories de signatures électroniques, il faudrait dès lors ajouter la signature électronique créée au moyen de la carte d'identité électronique.

33. Conformément à la loi sur le contrat de travail, peut également être assimilée à une signature manuscrite la signature électronique qui n'est pas créée par la carte d'identité électronique mais satisfait aux mêmes conditions de sécurité que celle créée par la carte d'identité électronique (art. 3bis, al. 1^{er}). Le Roi peut déterminer ces conditions de sécurité (art. 3bis, al. 2). Comme indiqué précédemment, le projet d'arrêté royal soumis au Conseil national du Travail énonce des conditions de sécurité qui correspondent à celles de la signature électronique avancée.

Plusieurs critiques peuvent être adressées au régime ainsi établi.

D'abord, le modèle de référence, sur lequel il convient de se fonder pour déterminer les conditions de sécurité auxquelles doit satisfaire la signature électronique, est celui de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique. Or, nous avons montré qu'il existait des incertitudes au moment d'identifier précisément les éléments caractéristiques de cette signature (*supra*, n^o 32).

Ensuite, on pourrait discuter sur l'acception à donner à l'expression «conditions de sécurité». En appliquant la théorie des équivalents fonctionnels à diverses exigences de forme, pour lever les obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique, le législateur a énoncé les fonctions de ces for-

malités (lisibilité, authenticité de l'information, intégrité de l'information, etc.). La « fonction » d'une exigence de forme désigne la finalité immédiate, le rôle qui lui est assigné. L'expression est par conséquent plus large que l'énumération de conditions de sécurité, qui semblent revêtir un aspect technique plus précis.

Enfin, on observe que le projet d'arrêté royal renvoie à la signature électronique avancée, dont les conditions sont établies à l'article 2, alinéa 2, 2°, de la loi sur la signature électronique et les services de certification. La signature électronique avancée est ainsi assimilée à une signature manuscrite, ce qui constitue une différence notable avec le régime établi dans la loi sur la signature électronique et les services de certification. En effet, si la signature électronique avancée bénéficie du principe de non-discrimination⁸⁵ (art. 4, § 5), aucune disposition de la loi n'établit à quelles conditions elle peut être assimilée à une signature manuscrite. Pour ce faire, il faut se référer aux conditions établies par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil⁸⁶. *De lege ferenda*, pour préserver la cohérence du cadre normatif, il eût été préférable, à notre estime, de faire référence aux conditions établies par cette dernière disposition, tout en laissant au juge un large pouvoir d'appréciation.

34. Les raisons qui ont motivé le législateur à intervenir en adoptant l'article 3*bis* de la loi sur le contrat de travail sont connues et tiennent à l'insécurité juridique quant à l'application de l'article 16 de la LSSI à la relation de travail. Sans cette insécurité, il aurait suffi de se fonder sur la clause transversale particulière relative à la signature (art. 16, § 2, 2^e tiret, de la LSSI), qui renvoie précisément à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et à l'article 4, § 4, de la

⁸⁵ Aux termes de cette disposition, « une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif :

- que la signature se présente sous forme électronique, ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou
- qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature ».

Cette affirmation du principe de non-discrimination peut se comprendre si on envisage la signature dans une perspective probatoire. On sait en effet que la méconnaissance des règles de preuve se traduit, sur le terrain de la sanction, en termes de recevabilité et de valeur (ou de force) probante. On peut concevoir qu'un moyen de preuve soit recevable (principe de non-discrimination) mais ne possède pas de force probante (inapplication en l'espèce du principe d'assimilation). Par contre, s'agissant des formalités qui ne sont pas requises (uniquement) dans une perspective probatoire, il n'y a pas de sanction intermédiaire. Par exemple, en l'absence de signature valable, l'acte juridique est nul ou converti. Le principe de non-discrimination n'a pas vraiment d'intérêt : ce qui importe, c'est de savoir si la signature électronique est assimilée à une signature manuscrite. À défaut, la sanction doit en principe être appliquée.

⁸⁶ Plus précisément, le procédé de signature électronique doit garantir l'imputabilité des données et maintenir l'intégrité du contenu de l'acte. La notion d'imputabilité couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite : l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte.

loi sur la signature électronique et les services de certification. Pour répondre à cette incertitude et préserver la sécurité juridique, il était toutefois inutile, et contestable, de créer une nouvelle catégorie de signature électronique.

La mesure la plus logique, et la plus simple, consiste à lever les incertitudes relatives au domaine d'application de l'article 16. En ce sens, la disposition suivante aurait pu être introduite dans la loi sur le contrat de travail : « les formalités requises pour la conclusion du contrat de travail sont réputées accomplies, dans l'environnement numérique, si les conditions établies à l'article 16 de la LSSI sont respectées ».

2. Écrit

35. L'article 3*bis* de la loi sur le contrat de travail indique à quelles conditions une signature électronique peut être assimilée à une signature manuscrite. En son alinéa 1^{er}, cette disposition traite également du « contrat de travail papier » et de son équivalent dans l'environnement numérique. Pour rappel, aux termes de celle-ci, « un *contrat de travail* signé au moyen de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique ou d'une signature électronique qui satisfait aux mêmes conditions de sécurité que celles présentées par la signature électronique créée par la carte d'identité électronique est assimilé à un *contrat de travail papier* signé au moyen d'une signature manuscrite »⁸⁷.

Dans cette disposition, l'expression « contrat de travail » désigne l'*instrumentum*, pas le *negotium*. Plus précisément, le terme « contrat » renvoie à la combinaison de deux formalités : l'écrit, d'une part, la signature, d'autre part. En l'occurrence, la loi sur le contrat de travail détermine les conditions à respecter pour que la signature électronique soit assimilée à une signature manuscrite. S'agissant de l'écrit, par contre, le législateur n'impose aucune condition particulière : tout au plus sait-on que l'écrit « électronique » peut être assimilé à l'écrit « papier ».

36. On ne peut considérer que le législateur a implicitement souhaité que l'on se réfère à la clause transversale particulière relative à l'écrit, et prescrite par l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Ce sont en effet les incertitudes liées à l'application de cette disposition au contrat de travail qui justifient l'introduction de dispositions spécifiques dans la loi sur le contrat de travail (*supra*, n° 25). Logiquement, à l'instar de la signature, le législateur aurait dès lors dû indiquer expressément les conditions à observer pour que l'écrit électronique soit assimilé à l'écrit papier. Puisque tel n'est pas le cas, on peut considérer, selon nous, que, dans l'environnement numérique, il suffit de respecter les conditions rela-

⁸⁷ Nous soulignons.

tives à la signature électronique pour que l'écrit électronique ainsi établi soit assimilé à un écrit papier revêtu d'une signature manuscrite.

En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de s'assurer que les qualités fonctionnelles de l'écrit papier sont préservées dans l'environnement numérique. Après avoir exposé succinctement les fonctions attribuées à l'écrit (*infra*, n° 37), nous montrons les conséquences qui peuvent en résulter, en matière de contrat de travail (*infra*, n° 38).

37. En procédant à une analyse fonctionnelle de l'écrit, on observe que trois fonctions peuvent lui être assignées.

À cet égard, on peut se référer, au moins partiellement, à la clause transversale particulière établie à l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI, qui applique la théorie des équivalents fonctionnels et énonce deux fonctions de l'écrit. Aux termes de cette disposition, « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

D'abord, le procédé doit garantir la lisibilité de l'information. L'exigence de signes *intelligibles* et *accessibles* pour être consultés ultérieurement le confirme. Pour identifier les caractéristiques matérielles de l'écrit, trois éléments, conçus de manière large⁸⁸, sont généralement recensés. Pour qu'il y ait un écrit, il faut nécessairement un *support*, sur lequel figurent des *signes* exprimant un *langage*⁸⁹. Si le langage utilisé, les signes choisis pour exprimer celui-ci ou le support sur lequel ces derniers sont fixés sont généralement conçus de manière large, il faut toutefois que la lisibilité – ou l'intelligibilité – de l'information soit garantie. L'expression du langage ne peut se matérialiser par n'importe quels signes : le destinataire de l'information doit pouvoir prendre connaissance de l'information, directement ou indirectement. L'information extériorisée par l'écrit doit *pouvoir*⁹⁰ être comprise⁹¹.

⁸⁸ On ne s'en étonne guère : comme indiqué, les commentaires doctrinaux consacrés à l'écrit visent à vérifier si les procédés issus de l'informatique ou des technologies de l'information et de la communication peuvent être qualifiés d'écrit. L'écrit ne se limite pas au support papier sur lequel figure un texte rédigé à la main.

⁸⁹ Reprenant ces trois éléments, voy. M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 11-15, n°s 11-23 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 53, n° 11. Des auteurs ne reprennent que les signes et le langage, sans mentionner le support : voy. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 70, n° 24 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 554 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 671, n° 39.

⁹⁰ Cela n'implique pas nécessairement que le destinataire de l'information comprenne effectivement la portée du message.

⁹¹ Le terme « lisible » peut en effet être défini comme ce qui est « compréhensible à la lecture » (*Petit Robert*, v° lisible).

Ensuite, le procédé doit préserver la pérennité de l'information. L'article 16, § 2, 1^{er} tiret, énonce que l'information ou les signes doivent être accessibles *pour être consultés ultérieurement*. Pour être consultables ultérieurement, ceux-ci doivent nécessairement résister au temps, pendant une période minimale.

À notre estime, l'écrit doit aussi préserver l'intégrité de l'information. Cette fonction signifie que l'écrit permet d'empêcher, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information, par les parties ou des tiers. Plus précisément, ces modifications sont empêchées dans la mesure où, eu égard aux caractéristiques de l'écrit, elles pourront être détectées; les parties ou les tiers sont ainsi dissuadés de les commettre. Cette fonction ne figure pas expressément dans la définition fonctionnelle de l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Ni les travaux préparatoires⁹², ni le texte de cette disposition, ne permettent cependant de considérer que le législateur a souhaité exclure cette fonction. Au contraire, dans la mesure où l'information (ou les signes) doit être accessible *pour être consultée ultérieurement*, cela suppose nécessairement qu'avec une efficacité minimale, l'intégrité de l'information ait été préservée. À défaut, la fonction de pérennité perdrait tout effet utile. De même, on peut lire dans l'exposé des motifs de la LSSI que l'écrit « doit [...] présenter une stabilité suffisante, le rendant accessible pour une consultation ultérieure »⁹³. À nos yeux, il faut comprendre l'exigence de stabilité comme visant non seulement la pérennité mais également l'intégrité.

Dans l'environnement numérique, il existe divers procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits. Comme le précise l'article 16, § 2, 1^{er} tiret de la LSSI, dès lors que le procédé préserve les fonctions de l'écrit, peu importe le support ou le mode de transmission de l'information. On peut songer à un document au format Word ou pdf, reprenant le texte d'un contrat et enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, sur un CD-ROM ou une clé USB⁹⁴. Un courrier

⁹² On constate en effet que les travaux préparatoires ne traitent pas de cette fonction (et, *a fortiori*, ne l'écartent pas non plus) : voy. l'exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 44. Comp. avec le projet de loi portant sur l'introduction du second alinéa de l'article 1322 du Code civil, qui reprend la fonction d'inaltérabilité (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 26). À nos yeux, ce terme est cependant mal choisi, en ce qu'il ne permet pas de traduire le caractère relatif de la fonction.

⁹³ Exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 44.

⁹⁴ Voy. ég. les travaux préparatoires de la LSSI, qui citent la disquette, le CD-R, le CD-RW, le DVD, la carte à puce ou la fibre optique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 44).

électronique, enregistré dans la messagerie du destinataire et, le cas échéant, de l'expéditeur, pourrait également être vu comme un écrit.

38. Compte tenu des conditions applicables au procédé de signature électronique conformément à la loi sur le contrat de travail (qu'elle soit ou non créée par une carte d'identité électronique), l'intégrité de l'information doit être préservée⁹⁵. *A priori*, l'absence de référence expresse aux fonctions de l'écrit ne constitue donc une difficulté que pour les fonctions de lisibilité et de pérennité de l'information.

En se limitant à l'article 3*bis*, alinéa 1^{er}, la loi pourrait par conséquent être observée lorsque le travailleur est amené à signer électroniquement un contrat de travail proposé dans un format de fichier qu'il est dans l'impossibilité de lire (méconnaissance de la fonction de lisibilité) et auquel il lui serait impossible d'accéder dans le futur (méconnaissance de la fonction de pérennité). Le procédé utilisé devrait toutefois permettre de déceler les modifications susceptibles d'être apportées au contenu (respect de la fonction d'intégrité).

A priori, cette critique devrait toutefois rester sans conséquence pratique – en tout cas partiellement – dans la mesure où, conformément à l'article 3*bis*, alinéa 7, de la loi sur le contrat de travail, « un exemplaire du contrat de travail conclu au moyen d'une signature électronique est également archivé auprès d'un prestataire de service d'archivage électronique [...] » (à ce propos, voy. *infra*, n° 45). La pérennité de l'information est ainsi garantie. La lisibilité devrait l'être également puisque, suivant cette même disposition, « sur la demande du travailleur, le prestataire de service d'archivage électronique transmet ce document, sous une forme lisible et exploitable, à l'asbl SIGeDIS, [...] »⁹⁶⁻⁹⁷.

Il n'en reste pas moins que, *de lege ferenda*, la loi pourrait gagner en clarté et en cohérence en indiquant simplement que « les formalités requises pour la conclusion du contrat de travail sont réputées accomplies, dans l'environnement numérique, si les conditions établies à l'article 16 de la LSSI sont respectées ».

⁹⁵ Cette fonction doit en effet être respectée qu'il s'agisse d'une signature électronique qualifiée ou, *a fortiori*, d'une signature électronique avancée. On peut toutefois le critiquer dans la mesure où la fonction d'intégrité n'est pas une fonction de la signature manuscrite. L'équivalence fonctionnelle n'est, par conséquent, pas parfaitement respectée (à ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel*, *op. cit.*, n° 304). Il n'empêche que la loi ne souffre, à cet égard, d'aucune ambiguïté.

⁹⁶ Nous soulignons.

⁹⁷ Rien n'empêche toutefois au prestataire de soumettre au travailleur un contrat de travail sous forme électronique qu'il lui est impossible de lire et de rendre, par la suite, ce contrat lisible et exploitable au moment de le communiquer à l'asbl SIGeDIS.

3. Exemplaaires multiples

39. Si l'application de l'article 1325 du Code civil à la relation de travail est discutée, il nous semble que, dans diverses hypothèses, il est requis de l'observer (*supra*, n° 14). Aussi faut-il s'interroger sur la manière d'accomplir valablement la formalité du double dans l'environnement numérique.

Ce mode de transmission de l'information consistant à exiger l'établissement d'exemplaaires multiples constitue un obstacle à la conclusion d'un contrat par voie électronique dans la mesure où la formalité est étroitement liée à un procédé déterminé, dans l'environnement traditionnel. Il consiste en effet à établir autant de supports papiers qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Dans l'environnement numérique, cette formalité ne sera pas accomplie comme telle.

Il convient donc de rechercher les fonctions de la formalité, par application de la théorie des équivalents fonctionnels⁹⁸. Principalement, elle permet de garantir que chaque partie a reçu les informations relatives au contrat. En outre, elle renforce les fonctions de pérennité et d'intégrité de l'information.

40. Lorsque l'hypothèse dans laquelle la formalité doit être observée n'est pas liée à une relation de travail et que l'application de l'article 16 de la LSSI n'est pas exclue, on peut se fonder sur la clause transversale générale pour appliquer la théorie des équivalents fonctionnels et rechercher le procédé susceptible de reproduire, le plus fidèlement possible, les fonctions de l'exigence de forme. On sait toutefois que l'application de cette disposition au contrat de travail est incertaine (*supra*, n° 25).

Dans la mesure où la loi sur le contrat de travail exige qu'un exemplaire du contrat de travail conclu au moyen d'une signature électronique soit archivé auprès d'un prestataire de service d'archivage électronique (art. 3*bis*, al. 7 ; à ce propos, voy. *infra*, n° 41), on pourrait considérer que certaines fonctions assignées à l'établissement d'exemplaaires multiples sont remplies en l'espèce. Le renforcement des fonctions de pérennité et d'intégrité de l'information est assurément atteint. On peut cependant regretter que la loi n'impose pas à l'employeur de remettre un exemplaire du contrat au travailleur, ce qui aurait permis de garantir la bonne réception de l'information. L'article 3*bis*, alinéa 7, exige que « l'accès du travailleur à l'exemplaire archivé [soit] garanti à tout moment » mais une démarche active de la part de ce dernier est requise, pour prendre connaissance des informations constatées dans l'*instrumentum*. S'il avait

⁹⁸ À ce propos, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 173-174.

disposé d'un exemplaire du contrat, il en aurait été dispensé. La réception des informations aurait dès lors été assurée avec une plus grande efficacité.

Cette conclusion renforce la pertinence de notre proposition *de lege ferenda* consistant à remplacer plusieurs alinéas de l'article 3bis par l'article suivant: «les formalités requises pour la conclusion du contrat de travail sont réputées accomplies, dans l'environnement numérique, si les conditions établies à l'article 16 de la LSSI sont respectées». Pour accomplir valablement la formalité des originaux multiples par voie électronique, il suffisait en effet de se fonder sur la clause transversale générale.

En pratique, on peut imaginer que le contrat signé électroniquement soit enregistré, au format .pdf et gravé sur plusieurs CD-ROM, remis physiquement aux différentes parties contractantes ou qu'il soit transmis par courrier électronique. Dans les deux hypothèses, les parties n'ont plus aucune maîtrise sur l'exemplaire détenu par leur cocontractant, parce qu'il figure sur un CD-ROM qu'elles ne possèdent plus physiquement ou parce qu'il est enregistré dans la boîte de courrier électronique de ce dernier, à laquelle elles n'ont pas accès. Si les parties concluent le contrat par échange de courriers électroniques, signés électroniquement, on pourrait juger que la formalité est valablement accomplie lorsque chaque cocontractant a reçu un message, signé de l'autre partie, et exprimant sa volonté de s'engager. Il faudrait, cela va de soi, que la combinaison des courriers électroniques puisse corroborer l'existence d'un accord sur les éléments essentiels du contrat. La réception de l'information est garantie (le cas échéant, on pourrait d'ailleurs envoyer un recommandé électronique) ; les fonctions de pérennité et d'intégrité sont également renforcées puisque les courriers électroniques sont enregistrés dans la messagerie de chaque destinataire et que l'expéditeur (ou les tiers) n'y a pas accès⁹⁹.

4. Archivage

41. Il a déjà été signalé que l'article 3bis de la loi sur le contrat de travail établissait diverses règles applicables à l'archivage du contrat de travail signé électroniquement¹⁰⁰.

⁹⁹ Cette hypothèse est à rapprocher de la conclusion des contrats synallagmatiques par échange de lettres missives, qui échappe au prescrit de l'article 1325 du Code civil (sur les lettres missives, voy. J. FALLY, «Rôle des lettres missives comme instruments de preuve», note sous Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 76; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 295, n° 629; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 245, n° 181; J. SACE, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 266).

¹⁰⁰ De manière générale, sur l'archivage électronique, voy. M. DEMOULIN et D. GOBERT, «L'archivage dans le commerce électronique: comment raviver la mémoire?», *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 101-130.

Cette mission est confiée à un prestataire de service d'archivage électronique (art. 3bis, al. 7). Il est défini comme « toute personne physique ou morale qui, à la demande de l'employeur, offre un service de conservation des données électroniques, la conservation de ces données électroniques étant un élément essentiel du service offert » (art. 3bis, al. 9).

La loi sur le contrat de travail détermine plusieurs éléments du régime applicable au service d'archivage électronique (*infra*, n° 42), tout en exigeant du prestataire qu'il satisfasse aux conditions pertinentes établies par la loi sur 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance (*infra*, n° 43).

42. Conformément à la loi sur le contrat de travail (art. 3bis, al. 7), l'archivage du contrat de travail doit être gratuit dans le chef du travailleur. Cette obligation incombe à l'employeur, qui doit donc assumer l'intégralité des coûts qui en résultent. À tout moment, le travailleur doit avoir la possibilité d'accéder à l'exemplaire archivé, ce qui implique que l'identité du prestataire et la procédure à suivre pour accéder au contrat au format électronique lui ont été communiquées. On note que le règlement de travail doit contenir ces informations (art. 6, § 1^{er}, 17°, de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail¹⁰¹).

La durée de l'archivage est fixée à cinq ans, à compter de la fin du contrat de travail. La loi précise ensuite que « trois mois avant l'expiration de ce délai, le prestataire de service d'archivage électronique demande par envoi recommandé au travailleur quel est le sort à réserver à l'exemplaire archivé du contrat de travail conclu au moyen d'une signature électronique. Sur la demande du travailleur, le prestataire de service d'archivage électronique transmet ce document, sous une forme lisible et exploitable, à l'asbl SIGeDIS, créée conformément à l'article 12 de l'arrêté royal du 12 juin 2006 portant exécution du Titre III, Chapitre II, de la loi du 23 décembre 2005 relative au pacte de solidarité entre les générations, en vue de la reprise du service d'archivage électronique ».

43. La loi sur 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance¹⁰² doit être observée par les prestataires de service d'archivage électronique qui prennent en charge des contrats de travail signés électroniquement (art. 3bis, *in fine*, de la loi sur le contrat de travail).

Cette loi s'applique au prestataire de service d'archivage électronique, mais également aux prestataires de services d'horodatage électronique, de recommandé électronique et de blocage transitoire des sommes versées. Diverses obligations, assez générales, sont imposées à ces prestataires. Elles

¹⁰¹ M.B., 5 mai 1965.

¹⁰² M.B., 17 juillet 2007.

portent sur leur impartialité (art. 4), leur attitude vis-à-vis des données qui leur sont transmises (art. 5), les mesures de sécurité à mettre en œuvre (art. 6), les informations à communiquer aux destinataires de leurs services (art. 7), la compétence de leur personnel (art. 8), la confidentialité (art. 9) et leur capacité financière (art. 10).

Pour le surplus, la loi donne délégation au Roi pour déterminer, par arrêté délibéré en conseil des ministres, les obligations spécifiques auxquelles sont soumis chacun des prestataires qu'elle vise (art. 16, al. 1^{er}, 1^o). L'article 16 impose au Roi d'intervenir jusqu'au 1^{er} décembre 2007 au plus tard. Il apparaît cependant qu'il n'est pas intervenu. Il faut donc en conclure qu'en l'absence de régime spécifique applicable, notamment, aux prestataires de services d'archivage électronique, l'activité de ceux-ci n'est pas légalement encadrée.

Dans l'attente d'une modification législative de la loi du 15 mai 2007, il faut donc déconseiller toute conclusion d'un contrat de travail par voie électronique, compte tenu des incertitudes qui entourent l'archivage du contrat.

Chapitre 2

Regard critique sur la protection des parties à l'occasion de la conclusion du contrat de travail par voie électronique

44. Le recours aux technologies de l'information et de la communication pour conclure un contrat de travail peut également poser diverses difficultés indépendantes du formalisme traité précédemment.

Elles sont de deux ordres et tiennent à la liberté des parties de recourir (ou de refuser de recourir) aux technologies de l'information pour conclure le contrat, d'une part (section 1), à la protection des parties justifiée par le mode spécifique de contracter qui est utilisé, d'autre part (section 2). Plus précisément, nous verrons si des règles – de fond, principalement – ont été établies par la loi pour protéger les parties, en particulier le travailleur.

Section 1

Liberté des parties de recourir aux technologies de l'information pour conclure le contrat

45. Les dispositions relatives à la liberté laissée à chacune des parties de conclure ou non le contrat par voie électronique figurent au nombre des rares règles de fond adoptées pour encadrer la conclusion du contrat de travail par voie électronique.

Conformément à l'article 3bis, alinéa 5, de la loi sur le contrat de travail, «l'employeur ne peut être contraint d'introduire la possibilité de conclure des contrats de travail par voie électronique». L'alinéa suivant dispose, quant à lui, que «le travailleur ne peut être contraint de conclure un contrat de travail au moyen d'une signature électronique»¹⁰³.

Les travaux préparatoires de la loi-programme justifient logiquement cette exclusion par des considérations d'ordre matériel : les employeurs ou les travailleurs pourraient ne pas disposer des moyens techniques nécessaires (ordinateur, connexion internet, système informatique d'e-HR) leur permettant de conclure des contrats de travail par voie électronique¹⁰⁴. Si la fracture numérique tend à se résorber progressivement, il n'en demeure pas moins que de nombreuses personnes ne disposent pas des moyens techniques et des connaissances élémentaires pour utiliser ceux-ci. Il fallait évidemment éviter que ces inégalités se creusent davantage par un accès restreint au monde du travail.

46. On note que la loi sur la signature électronique et les services de certification prévoyait déjà, en son article 4, § 1^{er}, qu'«à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique». Il était toutefois utile que le législateur consacre expressément la liberté des parties de ne pas conclure le contrat par voie électronique dans la loi sur le contrat de travail. Les travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 2001 précisent en effet que l'article 4, § 1^{er}, ne concerne que les relations entre les particuliers et les autorités publiques¹⁰⁵.

Section 2

Absence de protection des parties liée au mode de conclusion du contrat

47. Lorsque la relation contractuelle est nouée par voie électronique, deux éléments caractéristiques peuvent être soulignés. D'une part, les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre lorsque le contrat est conclu (formation du contrat «à distance»). D'autre part, ce mode spécifique de contracter suppose le recours aux technologies de l'information et de la communication

¹⁰³ Sur le plan légistique, on peut regretter la différence de formulation entre les deux alinéas même si, sur le fond, elle est sans incidence pratique. La référence à la signature électronique, à l'alinéa 6 de l'article 3bis, nous paraît en effet superflue. Cette disposition aurait pu être rédigée comme suit : «le travailleur ne peut être contraint de conclure un contrat de travail par voie électronique».

¹⁰⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 3067/001, p. 25.

¹⁰⁵ Rapport fait au nom de la Commission des finances et des affaires économiques par M. Steverlyncq, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2000-2001, n° 2-662/4, p. 5.

(en particulier le web et le courrier électronique), que les parties (ou l'une d'elles) pourraient ne pas maîtriser parfaitement.

Il nous paraît intéressant de montrer que de nombreuses relations contractuelles nouées par le biais des réseaux sont soumises à des dispositions légales qui tiennent compte, précisément, de ces éléments caractéristiques (spécialement lorsque le contrat est conclu entre un consommateur et un professionnel). On songe aux dispositions de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹⁰⁶ (ci-après, LPMC), en matière de contrats à distance (art. 45 et s.), et à divers articles de la LSSI (art. 7 à 12). Nous verrons ensuite si elles s'appliquent à la relation de travail et formulerons des propositions *de lege ferenda* sur la manière d'amender, le cas échéant, le cadre normatif.

48. Lorsque, dans les conditions établies par la LPMC, un contrat à distance est conclu entre une entreprise et un consommateur, diverses techniques sont utilisées par le législateur en vue de protéger le consommateur, supposé en position de faiblesse. Parmi celles-ci figurent le renforcement des obligations d'information au profit du consommateur¹⁰⁷ (et relatives, notamment, à l'identification de l'entreprise, aux caractéristiques du bien ou au prix), la prescription de diverses exigences de forme (confirmation des informations par écrit ou sur un autre support durable¹⁰⁸) ou l'octroi d'un droit de rétractation¹⁰⁹. Le caractère impératif de ces dispositions¹¹⁰ et l'existence de sanctions civiles¹¹¹ ou pénales¹¹², en cas d'inobservation des règles, contribuent également à la protection du consommateur.

Pour garantir la transparence sur les réseaux, diverses obligations d'information sont également imposées par la LSSI. Elles visent à identifier précisément le prestataire d'un service de la société de l'information (art. 7, § 1^{er}) ou portent sur «les langues proposées pour la conclusion du contrat; 2° les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat; 3° les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée [...]» (art. 8, § 1^{er}). La loi exige aussi qu'«avant la passation de la commande, le prestataire met[te] à la disposi-

¹⁰⁶ M.B., 12 avril 2010.

¹⁰⁷ LPMC, art. 45 et 46 (pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers), 50 et 51 (pour les contrats à distance portant sur des services financiers).

¹⁰⁸ LPMC, art. 46, § 1^{er} (pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers) et 52 (pour les contrats à distance portant sur des services financiers).

¹⁰⁹ LPMC, art. 47 (pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers) et 53 (pour les contrats à distance portant sur des services financiers).

¹¹⁰ Art. 56, § 2, LPMC.

¹¹¹ Voy. les art. 46, § 1^{er}, 2°, 47, § 2, ou 55, § 2, LPMC.

¹¹² Art. 124, 8°, LPMC.

tion du destinataire du service les moyens techniques appropriés lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger» (art. 9). Enfin, le prestataire doit accuser réception de la commande par voie électronique et sans délai injustifié (art. 10, 1^o). Par ailleurs, ces dispositions sont au moins impératives lorsque le destinataire du service de la société de l'information est un consommateur¹¹³ et des peines d'amende sont susceptibles d'être appliquées en cas de méconnaissance¹¹⁴.

49. Il paraît difficilement contestable que les dispositions précitées de la LPMC consacrées aux contrats à distance ne s'appliquent pas à la relation de travail : le travailleur n'est pas un consommateur¹¹⁵. De même, comme exposé précédemment, des incertitudes existent au moment d'appliquer la LSSI aux relations de travail (*supra*, n^o 25).

Il en résulte que, contrairement aux consommateurs qui concluent des contrats par voie électronique, les travailleurs ne bénéficient pas des mesures de protection imposées par la loi. En outre, aucune disposition particulière de la loi sur le contrat de travail n'établit de telles règles.

Pourtant, on pourrait considérer que les raisons qui ont motivé l'intervention du législateur en matière de contrats conclus à distance et par voie électronique justifieraient également l'adoption de règles spécifiques dans le cadre de la relation de travail. En effet, ces dispositions ont été adoptées eu égard à la faiblesse dont souffre le consommateur. Celle-ci résulte d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du contrat et de la position respective des parties dans le contrat (le consommateur souffrant d'une vulnérabilité particulière)¹¹⁶. En l'occurrence, cette faiblesse s'explique notamment par le fait que le contrat n'est pas conclu en présence physique des parties (contrats conclus à distance¹¹⁷) et par le recours à un mode de contracter qui pourrait ne pas être suffisamment maîtrisé (contrats conclus par voie électronique¹¹⁸). En renforçant les obligations d'information, en particulier celles qui

¹¹³ Art. 11, al. 1^{er}. Voy. aussi l'art. 11, al. 2, aux termes duquel « les dispositions de l'article 7, § 1^{er}, 8^o, de l'article 8, § 1^{er}, de l'article 9 et de l'article 10, 1^o et 2^o, ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ».

¹¹⁴ Art. 26, § 2, LSSI.

¹¹⁵ Voy. la déf. de l'art. 2, 3^o, LPMC.

¹¹⁶ À ce sujet, voy., de manière générale, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 29 et s.

¹¹⁷ Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n^o 1420/20, p. 119. Voy. aussi le considérant n^o 13 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n^o L 144 du 4 juin 1997, aux termes duquel, en cas de vente à distance, le « consommateur n'a pas la possibilité *in concreto* de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat ».

¹¹⁸ Voy. en ce sens les travaux préparatoires de la LSSI, qui relèvent que « le devoir d'information imposé à l'article 9 s'attache à la spécificité des contrats conclus électroniquement. Eu égard à la facilité et à la

portent sur l'identification du prestataire ou les prestations convenues, le législateur cherche à rétablir l'équilibre contractuel. Les parties ne peuvent discuter entre elles des diverses questions qui les intéressent, comme elles le feraient lors de la conclusion d'un contrat dans l'environnement traditionnel; aussi le contenu du contrat est-il précisément déterminé par la loi sur ces différents points. De même, des dispositifs techniques doivent permettre de détecter les erreurs résultant de la mauvaise maîtrise de l'outil informatique.

Le travailleur est également en position de faiblesse dans la relation contractuelle qui l'unit à l'employeur¹¹⁹. Il souffre généralement d'un manque d'information sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel et n'est pas sur pied d'égalité avec son cocontractant (le lien de subordination le démontre clairement). *A priori*, le mode de conclusion du contrat (à distance et par voie électronique) explique également sa position de faiblesse. Le travailleur qui s'engage par voie électronique ne peut discuter avec l'employeur potentiel comme il le ferait au moment de la signature d'un contrat papier, pour éclaircir certains points. Et l'on ne peut exclure que de nombreux travailleurs, à l'instar des consommateurs, puissent commettre des erreurs par manque de maîtrise de l'outil technologique. Des travailleurs pourraient ainsi se croire engagés alors que tel n'est pas le cas (ou inversement). Il pourrait aussi apparaître que l'employeur n'est pas celui que le travailleur croyait être (difficulté liée à l'identification des parties).

50. Ces considérations nous conduisent à penser que, *de lege ferenda*, le cadre normatif applicable au contrat de travail conclu par voie électronique devrait être complété pour lutter contre la faiblesse dont souffre le travailleur, et qui résulte précisément de ce mode particulier de contracter.

À tout le moins, on pourrait exiger que certaines règles établies par la LSSI pour garantir l'information et la transparence sur les réseaux soient respectées dans le cadre des relations de travail. Nous avons toutefois vu que leur

rapidité avec lesquelles un contrat peut être conclu sur les réseaux, il convient d'éviter à tout prix que le destinataire du service ne soit prisonnier d'un engagement qu'il n'aurait pas voulu, suite à une bévue ou à une inadvertance. C'est pourquoi l'objectif des informations prévues à l'article 9 est de garantir la transparence du processus contractuel, en vue d'un consentement libre et éclairé» (Exposé des motifs de la loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 32). Voy. aussi E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 217-218, n° 165 et pp. 222 et s., n° 169; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *Act. Dr.*, 2002, pp. 174 et s., n° 10.

¹¹⁹ Sur la faiblesse du travailleur, voy. B. MAINGAIN, «Les relations entre employeurs et salariés en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 101-102, n°s 1-2; P. VAN OMMESLAGHE, «Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?», *op. cit.*, p. 511, n° 2; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 22, n° 29.

application au contrat de travail est incertaine (*supra*, n° 25). Par conséquent, une disposition spécifique pourrait être introduite dans la loi sur le contrat de travail pour exiger leur respect dans le cadre de la relation de travail.

Conclusion

51. Avec le développement des technologies de l'information et de la communication, il était naturel que la possibilité de conclure des contrats de travail par voie électronique soit envisagée. Plusieurs difficultés peuvent toutefois en résulter.

52. D'abord, il faut établir de quelle manière accomplir valablement les nombreuses formes prescrites par la loi sur le contrat de travail ou tirées de la théorie générale des contrats (en particulier le droit de la preuve).

Un cadre normatif général a été mis en place en Belgique (législation sur la signature électronique et art. 16 et 17 de la LSSI), suite à des directives européennes. Son application à la relation de travail était cependant incertaine à divers égards, ce qui a conduit le législateur à introduire des dispositions particulières dans la loi sur le contrat de travail (l'art. 3*bis*). Si l'objectif est légitime, la manière utilisée pour l'atteindre peut faire l'objet de nombreuses critiques. *De lege ferenda*, nous avons dès lors proposé une solution alternative, plus simple, et qui répond intégralement aux faiblesses constatées.

53. Ensuite, il est apparu que, sur le fond, l'adoption de règles justifiées par la conclusion des contrats de travail dans l'environnement numérique devait également être étudiée. On peut se réjouir que le législateur ait consacré la liberté des parties de conclure (ou non) le contrat au moyen des nouveaux médias. Dans diverses hypothèses, ils auraient en effet pu se révéler totalement inadaptes, voire à l'origine de graves fractures sociales. Il faut cependant regretter que la faiblesse du travailleur résultant de la conclusion du contrat « à distance », « par voie électronique », n'ait pas été prise en compte, comme elle l'a été dans la section de la LPMC consacrée aux contrats à distance ou dans la LSSI. Il reste à espérer que cette lacune sera rapidement comblée.