

# Chapitre 1

## La prééminence de la preuve écrite<sup>1</sup>

*par* Fabrice MOURLON BEERNAERT et Aude GAUDY

### Plan

- Section 1<sup>re</sup>. L'article 1341 du Code civil
  - § 1<sup>er</sup>. Exigence d'un écrit
    - I. Le concept de «choses»
    - II. Chose excédant la valeur ou la somme de 375 EUR
  - § 2. Interdiction de prouver par témoins outre ou contre le contenu d'un acte
- Section 2. Champ d'application – exceptions
  - § 1<sup>er</sup>. Limites d'application du principe de l'article 1341 du Code civil
    - I. L'aveu et le serment sont toujours possibles
    - II. L'article 1341 n'est pas d'ordre public
    - III. L'article 1341 du Code civil ne vaut pas à l'égard des tiers
  - § 2. Droit commercial
    - I. Article 25 du Code de commerce
    - II. Champ d'application de l'article 25 du Code de commerce
    - III. Problématique des actes mixtes
    - IV. Le silence en matière commerciale
  - § 3. Le commencement de preuve par écrit
    - I. L'existence d'un écrit
    - II. Émanant de celui à qui on l'oppose
    - III. Un écrit qui rend probable le fait allégué
  - § 4. Impossibilité de prouver par écrit
  - § 5. Impossibilité d'établir un écrit
    - I. Impossibilité matérielle
    - II. Impossibilité morale
    - III. Impossibilité découlant de l'usage
  - § 6. Perte d'écrit par force majeure

1. Les auteurs adressent leurs sincères remerciements à Me Benoît SAMYN.

## SECTION 1<sup>re</sup>. L'ARTICLE 1341 DU CODE CIVIL

- 1.1 La primauté de la preuve écrite est consacrée par l'article 1341 du Code civil qui prévoit les deux règles suivantes :
- il doit être passé acte notarié ou acte sous seing privé de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 375 EUR ;
  - la preuve par témoins n'est pas autorisée contre ou outre le contenu d'un acte.

L'article 1341 du Code civil s'explique par la fragilité des témoignages par opposition à la sécurité que procure l'écrit.

L'écrit est en effet établi *in tempore non suspecto* et constitue un support qui a pu être préparé de manière attentive afin de refléter la réelle intention des parties. Il survit tel quel à l'écoulement du temps et ne se prête pas facilement à l'altération ou à l'incertitude.

Il faut souligner que les principes mentionnés dans l'article 1341 du Code civil sont uniquement des règles de preuve et n'ont aucune influence par exemple sur la validité d'un contrat<sup>1</sup>.

Par ailleurs, ils n'empêchent pas l'interprétation de l'acte par le juge. Le juge part naturellement de l'écrit et ne peut en faire abstraction ou adopter une interprétation inconciliable avec ses termes, mais si l'acte est obscur ou faussement clair, le juge peut compléter son interprétation par des éléments extrinsèques<sup>2</sup>.

Il peut également rectifier des erreurs matérielles. Celles-ci peuvent toujours être prouvées par le biais de témoins ou de présomptions<sup>3</sup>. Elles s'apprécient cependant de manière restrictive afin d'éviter d'énervier le système de l'article 1341 du Code civil.

### § 1<sup>er</sup>. Exigence d'un écrit

- 1.2 L'article 1341 du Code civil exige un écrit pour prouver toutes choses (obligations) excédant la somme ou la valeur de 375 EUR.

#### I. LE CONCEPT DE «CHOSSES»

- 1.3 En utilisant le terme «choses», le législateur a choisi un concept vague.

---

1. Dans des cas exceptionnels, une disposition légale peut exiger un écrit comme condition de validité, à titre de solennité. Il ne s'agit alors plus de règles *ad probationem* (destinées à faire preuve en cas de litige).

2. Cass., 5 avril 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 957.

3. Cass., 18 décembre 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 553.

Il est cependant généralement admis que l'article 1341 du Code civil ne concerne que les actes juridiques<sup>1</sup>. La règle de la nécessité d'un écrit n'est dès lors pas applicable aux faits matériels ou aux faits juridiques<sup>2</sup>.

Ainsi, l'article 1341 du Code civil s'applique, entre autres, aux actes juridiques suivants: paiement d'une somme d'argent, simulation entre parties, dépôt volontaire, etc.

Sont au contraire considérés comme des faits autorisant la preuve par présomptions et témoins<sup>3</sup>: les faits indépendants de toute intervention humaine, les vices de consentement (dol, violence,...), la fraude, les délits et quasi-délits, etc.<sup>4</sup>.

## II. CHOSE EXCÉDANT LA VALEUR OU LA SOMME DE 375 EUR

- 1.4 Afin de déterminer si la valeur ou la somme de l'acte est supérieure au montant de 375 euros, il faut se référer au moment où l'acte fut créé. Un changement de la valeur de l'objet par la suite est inopérant. Ainsi, le fait qu'une demande en justice ultérieure porte sur une valeur supérieure ou inférieure à 375 EUR ne sera pas pris en considération<sup>5</sup>.
- 1.5 L'article 1342 du Code civil ajoute que l'article 1341 du Code civil s'applique si le capital auquel on doit ajouter les intérêts visés par la demande forment ensemble un montant supérieur à 375 EUR.

### § 2. *Interdiction de prouver par témoins outre ou contre le contenu d'un acte*

- 1.6 Dès qu'un acte est établi, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, et indépendamment de sa valeur, même si elle est inférieure à 375 EUR, la preuve par témoins *contre* (c'est-à-dire prouver que l'acte n'est pas exact) ou *outre* (c'est-à-dire ajouter quelque chose à l'acte) le contenu de cet acte est interdite.

L'interdiction de prouver par témoins vise par conséquent les inexactitudes, les omissions et les éventuelles modifications contenues dans l'acte lui-même.

Si, par exemple, l'acte mentionne que la somme sera payée à la signature (avec la mention classique «dont quittance»), il est impossible par la suite de prouver par témoins que cette somme n'a pas été payée.

---

1. Les actes juridiques sont toutes les manifestations de la volonté de l'homme visant à produire des effets juridiques (naissance, modification, extinction de droits ou d'obligations); D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», 3<sup>e</sup> éd., p. 111.

2. Les faits juridiques sont les faits émanant de l'homme sans vouloir y attacher d'effet juridique ou les faits indépendants de toute volonté de l'homme auxquels la loi attache des effets juridiques.

3. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruyant, 1967, n° 713.

4. Voir pour d'autres exemples D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 110.

5. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 173.

## SECTION 2. CHAMP D'APPLICATION – EXCEPTIONS

- 2.1 Le caractère (apparemment) monolithique du régime mis en place par l'article 1341 du Code civil doit être nuancé dans la mesure où tant l'article 1341 lui-même que les articles 1347 et 1348 du même code contiennent des limitations à l'application de ce système et des exceptions à la prééminence de la preuve écrite, qui permettent alors la preuve par témoignages et présomptions.

Ces exceptions qui sont examinées ci-après concernent le droit commercial, le commencement de preuve par écrit et l'impossibilité pour un créancier de se procurer une preuve écrite.

Par ailleurs, il faut noter qu'il existe dans le Code civil ou dans d'autres législations, certaines exceptions à l'article 1341.

Ainsi une transaction, une antichrèse ou une commande pour travaux supplémentaires en matière de contrat d'entreprise doivent, en principe, être constatées par écrit<sup>1</sup>.

### *§ 1<sup>er</sup>. Limites d'application du principe de l'article 1341 du Code civil*

#### I. L'AVEU ET LE SERMENT SONT TOUJOURS POSSIBLES

- 2.2 Bien que l'article 1341 du Code civil accorde une place centrale à l'écrit et interdise la preuve par témoins contre et outre le contenu d'un écrit, l'aveu et le serment sont toujours possibles, pour autant bien entendu qu'ils soient admissibles en vertu des règles qui leur sont propres<sup>2</sup>.

Il est en effet logique et raisonnable que les allégations d'une partie soient tenues pour établies si, en dépit de l'existence d'un écrit en sens contraire, la partie à laquelle elles font grief reconnaît leur légitimité ou exactitude.

#### II. L'ARTICLE 1341 N'EST PAS D'ORDRE PUBLIC

- 2.3 La jurisprudence et la doctrine considèrent que l'article 1341 du Code civil est une disposition supplétive<sup>3</sup>.

Les parties peuvent par conséquent toujours valablement convenir d'y déroger.

Une partie peut également y renoncer. La renonciation peut être expresse ou tacite, par exemple en participant sans réserve à une enquête<sup>4</sup>.

1. Art. 2044, 2085 et 1753 C. civ.

2. Cass., 19 décembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 14.

3. Cass., 27 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1131 ; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n<sup>o</sup> 737.

4. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 146.

Le juge ne peut également pas interdire d'office la preuve par témoins ou présomptions dans une procédure.

### III. L'ARTICLE 341 DU CODE CIVIL NE VAUT PAS À L'ÉGARD DES TIERS

- 2.4 Dans la mesure où les tiers sont dans l'impossibilité de se ménager la preuve écrite d'un acte auquel ils ne sont pas parties, l'article 1341 du Code civil n'est pas d'application à leur égard.

Les tiers peuvent prouver le contenu d'un acte par toutes voies de droit<sup>1</sup> et peuvent également prouver contre ou outre le contenu d'un acte par les mêmes voies, présomptions et témoignages compris.

- 2.5 Par «parties à l'acte», on entend les cocontractants, leurs représentants, leurs créanciers agissant par voie d'action oblique, leurs ayants cause universels ou à titre universel sauf lorsque ces ayants cause invoquent un droit propre<sup>2</sup>.

Sont par contre considérés comme tiers ceux qui peuvent invoquer un droit propre auquel il est porté atteinte<sup>3</sup>.

Par conséquent, la simulation peut être prouvée par les tiers par toutes voies de droit<sup>4</sup>, tandis que les parties doivent produire un écrit<sup>5</sup>, sauf en cas de fraude.

De même, un tiers, avec lequel le mandataire a contracté, peut prouver le mandat par toutes voies de droit<sup>6</sup> lorsque celui-ci est contesté par le prétendu mandant.

## § 2. *Droit commercial*

### I. ARTICLE 25 DU CODE DE COMMERCE

- 2.6 Le droit commercial est empreint d'un caractère non formaliste.

Celui-ci se traduit notamment dans l'article 25 du Code de commerce selon lequel les obligations commerciales peuvent également être prouvées par témoins dans tous les cas où le juge estime devoir l'autoriser, sauf les exceptions particulières.

La preuve par témoins étant assimilée à la preuve par présomptions<sup>7</sup>, l'article 1341 du Code civil ne s'applique par conséquent pas en droit commercial.

Aucun mode de preuve n'est exclu en cette matière, et cela quelle que soit la valeur de la chose. En outre, l'existence d'un écrit n'interdit pas le recours aux autres modes de preuve afin de prouver contre ou outre son contenu.

---

1. Cass., 3 décembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 352.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 146.

3. Cass., 21 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 193.

4. Cass., 21 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 193.

5. Cass., 14 mai 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 373.

6. Cass., 29 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 998.

7. Cass., 8 décembre 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 444; Mons, 14 octobre 1987, *Pas.* 1988, II, p. 37.

Le juge conserve néanmoins un pouvoir d'appréciation pour l'admissibilité des témoignages et présomptions<sup>1</sup>.

En pratique, les tribunaux restent prudents à l'égard de la preuve par témoins mais admettent plus facilement la preuve par présomptions.

Il existe cependant des exceptions au principe de la liberté de la preuve en droit commercial, à savoir des actes commerciaux pour lesquels un écrit est exigé à titre de preuve ou de solennité. Il s'agit par exemple des contrats d'assurance, de l'acte constitutif d'une société, des ventes et prêts à tempéraments, de la lettre de change<sup>2</sup> et du gage sur fond de commerce (loi du 25 octobre 1919).

## II. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 25 DU CODE DE COMMERCE

2.7 L'application du régime de la libre administration de la preuve est déterminée par la nature commerciale de l'acte qui doit être prouvé.

Certains actes sont commerciaux par nature indépendamment de la qualité des parties.

La qualité des parties joue cependant un rôle en vertu de l'article 2 du Code du commerce qui indique que toutes les obligations des commerçants doivent être considérées comme des actes de commerce sauf preuve contraire.

## III. PROBLÉMATIQUE DES ACTES MIXTES

2.8 Il s'agit d'actes considérés comme commerciaux dans le chef d'une partie et civils dans le chef de l'autre partie, par exemple la vente d'une machine par un commerçant à un non-commerçant.

Dans un tel cas, les obligations du commerçant sont de nature commerciale et celles du non-commerçant sont de nature civile.

Les deux principes d'administration de la preuve sont entièrement appliqués en fonction de la nature de l'obligation dans le chef de celui contre qui cette dernière doit être prouvée.

Les règles de droit civil seront d'application si le commerçant doit prouver contre le non-commerçant. Inversement, le non-commerçant pourra apporter la preuve par toutes voies de droit contre le commerçant<sup>3</sup>.

Bien que la théorie des actes mixtes soit admise de manière générale, elle est cependant critiquée en raison de la discrimination effectuée à l'égard des commerçants<sup>4</sup>.

1. Cass., 29 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 782.

2. Certaines mentions telles que le montant de la lettre de change, le nom du tiré, l'échéance de la lettre de change, l'identité bénéficiaire de la lettre de change, le lieu de création de la lettre de change et la signature du tireur sont des formes solennelles. Cf. Y. MOREAU et P. GEORTAY, «Les lettres des changes et les billets à ordres – Chronique de jurisprudence (1981-1998)», *R.D.C.*, 2001, pp. 10-13.

3. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1976, n° 41.

4. E. DAUBRESSE, «La preuve des engagements commerciaux.», *Novelles, Droit commercial*, Bruxelles, éd. Picard, 1931, n° 51; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1976, n° 41.

#### IV. LE SILENCE EN MATIÈRE COMMERCIALE

2.9 Généralement, le silence n'est admis, fût-ce au titre d'une présomption (de l'homme), que s'il est circonstancié. En matière commerciale, cependant, le silence est très fréquemment retenu comme une expression de la volonté et comme un mode de preuve. L'usage est, en effet, qu'on ne laisse pas ses relations d'affaires dans l'inconnu. Cependant, la pratique fait apparaître qu'en certains cas, les tribunaux permettent qu'un commerçant prouve que son silence ne peut (et ne pouvait) s'interpréter comme un accord.

2.10 Qu'en est-il en présence de conditions générales (d'achat, de vente ou de fourniture)?

Pour que ces conditions aient un effet obligatoire, il faut (i) que le client en ait eu connaissance au plus tard lors de la conclusion du contrat et (ii) qu'il les ait acceptées<sup>1</sup>.

A cet égard, un silence suffit à notre avis, sauf circonstance exceptionnelle. Il en est particulièrement ainsi lorsque les commerçants sont en relations d'affaires. Il faut évidemment que le client ait pu avoir connaissance de ces conditions; tel ne serait pas le cas notamment si elles sont affichées dans un magasin en petits caractères ou si elles sont disponibles seulement sur demande. Les conditions générales ne peuvent déroger à un contrat spécifique conclu entre les parties, bien qu'elles puissent, le cas échéant, le compléter.

#### § 3. *Le commencement de preuve par écrit*

2.11 L'article 1347 du Code civil dispose que les règles contenues à l'article 1341 du Code civil reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Cet article définit le commencement de preuve par écrit comme étant «*tout acte écrit émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qui le représente et rend vraisemblable le fait allégué*».

Ce commencement de preuve doit être complété par des éléments extérieurs<sup>2</sup>, tels que des témoignages, des présomptions<sup>3</sup>, d'autres écrits, de sorte que le juge puisse décider que les prétentions affirmées sont établies.

L'article 1347 du Code civil permet au juge lorsqu'il dispose d'indices suffisamment crédibles d'admettre les témoignages et présomptions pour «compléter» le commencement de preuve.

---

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», pp. 288 à 290, n° 244; R. DEMET, «De la force obligatoire des conditions générales en matière commerciale», *R.C.J.B.*, 1974, p. 192; G.L. BALLON et E. DIRIX, *La facture*, Bruxelles, Kluwer, 1996, n° 229; P.A. FORIERS, «Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980)», *R.D.C.*, 1983, pp. 11 et s.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 173.

3. Cass., 4 mai 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 581.

- 2.12 Pour l'application de l'article 1347 du Code civil, le commencement de preuve par écrit doit répondre à trois conditions cumulatives :
- il doit s'agir d'un écrit (I);
  - il faut qu'il émane de celui à qui on l'oppose (II);
  - il doit rendre vraisemblable le fait allégué (III).

### I. L'EXISTENCE D'UN ÉCRIT

- 2.13 La notion d'écrit n'est pas définie à l'article 1347 du Code civil. La jurisprudence estime qu'il s'agit de tout document écrit<sup>1</sup>. Il s'agit par exemple d'une lettre de change non datée, d'un reçu, d'un acte authentique affecté d'un vice et qui ne peut être considéré comme un acte sous seing privé, de tout texte manuscrit non signé émanant de celui à qui on l'oppose<sup>2</sup>, ...
- Ne sont pas considérés comme des commencements de preuve, des enregistrements sur bandes audio, ou le texte qui fut dactylographié sur cette base<sup>3</sup>.
- L'écrit doit naturellement être produit en justice, une simple allusion au commencement de preuve par écrit ne suffisant pas<sup>4</sup>.

### II. ÉMANANT DE CELUI À QUI ON L'OPPOSE

- 2.14 L'écrit doit provenir du débiteur à qui on l'oppose ou de son représentant légal ou conventionnel<sup>5</sup> et non pas de celui qui se fonde sur cet écrit.
- L'écrit peut également émaner d'un tiers si le débiteur se l'est approprié ou l'a approuvé<sup>6</sup>.
- Ceci implique que la totalité du contenu du document doit pouvoir être attribuée à une personne déterminée.

### III. UN ÉCRIT QUI REND PROBABLE LE FAIT ALLÉGUÉ

- 2.15 Il faut que l'écrit donne au fait allégué quelque apparence de vérité. Cette question est appréciée souverainement par le juge de fond.
- Il faut, à notre avis, interpréter largement le terme «vraisemblable», le commencement de preuve par écrit ayant pour but de permettre la preuve par témoins ou présomptions, et non de prouver le fait allégué.
- Il ne suffit cependant pas que le document produit rende les allégations possibles<sup>7</sup>.

1. Cass., 30 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 883.

2. Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 560.

3. Gand, 21 novembre 2002, *NjW*, 2003, p. 634. Comp. 7 novembre 2002, *NjW*, 2003, p. 563.

4. Cass., 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1078.

5. Cass., 14 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 206.

6. Cass., 10 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 37; Civ. Liège, 26 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 773.

7. Cass., 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1078.



- 2.16 Rappelons enfin que, pour certains contrats, la loi exige un écrit même s'il s'agit d'obligations commerciales ou de sommes inférieures à 375 EUR.
- S'il n'existe aucun écrit, la question se pose de savoir si un tel contrat peut être prouvé par des présomptions ou témoins en invoquant l'existence d'un commencement de preuve par écrit.
- S'il s'agit d'un acte solennel, l'article 1347 du Code civil ne peut s'appliquer. Pour les autres actes, la question est controversée<sup>1</sup>.

#### § 4. Impossibilité de prouver par écrit

- 2.17 Les règles de l'article 1341 du Code civil souffrent également une exception dans tous les cas où le créancier n'a pas pu se procurer une preuve par écrit de l'obligation qui fut contractée envers lui (art. 1348, al. 1<sup>er</sup> C. civ.).
- L'article 1348, alinéa 2, détermine que l'exception est applicable notamment :
- aux obligations qui naissent des quasi-contrats, des délits ou quasi-délits (art. 1348, al. 2, 1, C. civ.);
  - aux dépôts nécessaires<sup>2</sup> effectués en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans un hôtel, le tout selon la qualité des personnes et les circonstances du fait (art. 1348, al. 2, 2, C. civ.);
  - aux obligations contractées lors d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes écrits (art. 1348, al. 2, 3, C. civ.);
  - si le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (art. 1348, al. 2, 4, C. civ.).
- L'exception relative aux quasi-contrats, délits et quasi-délits est une application de l'article 1341 du Code civil dans la mesure où ceux-ci ne sont pas des actes juridiques<sup>3</sup>.
- L'énumération de l'article 1348, alinéa 2, fait une distinction entre l'impossibilité de se procurer un écrit d'une part et le cas où un écrit fut établi mais perdu par force majeure d'autre part. Ces deux exceptions sont examinées ci-après.
- Il faut naturellement que le créancier apporte la preuve préalable par toutes voies de droit, qu'il se trouvait dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite ou que celle-ci fut perdue par force majeure.

---

1. Voir à ce sujet D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 130.

2. Voir à ce propos les règles de l'article 1949 du Code civil et suivants.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 175.

§ 5. *Impossibilité d'établir un écrit*

- 2.18 L'existence d'une exception à l'article 1341 fondée sur l'impossibilité de se procurer un écrit est déduite de l'alinéa 1<sup>er</sup> et des alinéas 2, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article 1348 du Code civil.

La Cour de cassation a en effet estimé que l'énumération de l'article 1348 du Code civil n'est pas limitative<sup>1</sup>.

Le premier alinéa de l'article 1348 du Code civil vise en effet tous les cas où le créancier n'a pas pu se réserver une preuve écrite.

- 2.19 Il faut en outre que les circonstances invoquées par le créancier l'aient sans aucun doute privé de sa liberté<sup>2</sup>.

On opère généralement une distinction entre l'impossibilité matérielle, l'impossibilité morale et l'impossibilité résultant de l'usage de se procurer un écrit.

## I. IMPOSSIBILITÉ MATÉRIELLE

- 2.20 L'article 1348, alinéa 2, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, du Code civil vise les dépôts nécessaires lors de catastrophes, ceux des voyageurs et ceux effectués en cas d'accidents.

Il est communément admis que cet article vaut pour les dépôts et toutes les obligations conclues dans les mêmes circonstances<sup>3</sup>.

La doctrine et la jurisprudence admettent qu'il existe une impossibilité matérielle d'établir un écrit lorsque, eu égard aux circonstances d'espèce, le créancier n'a pas eu le temps ou les moyens de soumettre un écrit au débiteur<sup>4</sup>. Ces circonstances sont cependant rarement remplies.

## II. IMPOSSIBILITÉ MORALE

- 2.21 Il existe une impossibilité morale de se procurer un écrit lorsqu'en raison des circonstances ou des rapports entre parties, le créancier n'a pas pu moralement exiger un écrit<sup>5</sup>.

Le juge apprécie souverainement la notion d'impossibilité morale en fonction des circonstances<sup>6</sup>.

L'impossibilité morale est notamment admise en cas de relations familiales ou d'amitié très proches, de relations entre employeur et travailleur, etc.<sup>7</sup>.

1. Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 833.

2. Cass., 3 juin 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 270.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 177.

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruyant, 1967, n<sup>o</sup> 902; Gand, 9 juin 1956, *R.W.*, 1956-57, col. 1893; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 177.

5. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 133.

6. Cass., 17 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 478; Liège, 8 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 593.

7. Cass., 24 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 107.

L'on considère cependant que des motifs de politesse ou une confiance exagérée<sup>1</sup>, ou encore le lien entre des époux divorcés<sup>2</sup>, ne sont pas suffisants pour justifier l'absence d'un écrit.

### III. IMPOSSIBILITÉ DÉCOULANT DE L'USAGE

2.22 Actuellement, on admet également comme exception à l'article 1341 du Code civil l'impossibilité découlant d'un usage constant, certain et unanimement suivi<sup>3</sup>.

De tels usages valent par exemple dans une relation entre un avocat et son client<sup>4</sup> ou entre un médecin et son patient<sup>5</sup>, ainsi que pour les contrats conclus dans les foires et les marchés<sup>6</sup>.

#### § 6. Perte d'écrit par force majeure

2.23 Selon l'article 1348, alinéa 2, 4<sup>o</sup> du Code civil, le créancier peut également apporter la preuve par toutes voies de droit si l'écrit a été détruit en raison d'un cas de force majeure.

La force majeure est «*toute cause étrangère au créancier*»<sup>7</sup>.

Si la perte du titre est imputable au demandeur, en raison de sa volonté ou de son fait<sup>8</sup>, il ne peut se prévaloir de l'exception à l'article 1341 du Code civil.

Le créancier doit par conséquent prouver que la perte n'est pas fautive dans son chef<sup>9</sup>.

Lorsque la perte par force majeure de l'écrit est établie, le demandeur peut prouver par toutes voies de droit, y compris les témoignages et présomptions, l'existence de sa prétention. Le juge appréciera souverainement la force probante des preuves produites. Une photocopie peut par exemple être suffisante<sup>10</sup>.

Si la loi exige un écrit en tout état de cause, contrairement aux autres exceptions à l'article 1341 du Code civil, la preuve peut néanmoins être apportée par toutes voies de droit, l'écrit ayant existé mais ayant été perdu<sup>11</sup>.

L'on notera enfin que l'article 1348, alinéa 2, 4<sup>o</sup>, ne s'applique ni lorsque le titre perdu est un acte authentique dont le demandeur peut se procurer une copie qui répond aux conditions de l'article 1335 du Code civil ni lorsqu'il

---

1. Cass., 3 juin 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 270.

2. Liège, 6 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 749.

3. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 135.

4. Liège, 2 février 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 405.

5. Civ. Liège, 21 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 241.

6. Gand, 28 juillet 1904, *Pas.*, 1905, II, 344; Comm. Tournai, 23 février 1960, *Pas.*, 1961, III, p. 27.

7. Cass., 1 mars 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 680.

8. Cass., 4 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 299.

9. P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations – Examen de jurisprudence (1968-1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 716.

10. Cass., 8 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1111.

11. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n<sup>o</sup> 884; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 188.

#### VI.4. MOYENS DE PREUVE ET FORCE PROBANTE

---

s'agit de pertes de certains titres particuliers soumis à des règles propres (lettres de change, chèques, ...).

# Chapitre 2

## La preuve littérale

par FABRICE MOURLON BEERNAERT<sup>1</sup> et AUDE GAUDY<sup>2</sup>

Plan	
Section 1 <sup>re</sup> .	Généralités
§ 1 <sup>er</sup> .	Notion
	I. La preuve littérale
	II. Définition de l'écrit
§ 2.	Les actes et leur force probante
	I. Notion d'acte, force probante et exécutoire, différence de force probatoire et exécutoire à l'égard des parties et des tiers
	II. Valeur respective des actes primordiaux, récongnitifs et confirmatifs
	III. Originaux et copies
	IV. La date de l'acte
Section 2.	L'acte authentique
§ 1 <sup>er</sup> .	Notion
§ 2.	Conditions de validité et sanctions
	I. Conditions de validité
	II. Sanctions
§ 3.	Force probante
Section 3.	L'acte sous seing privé
§ 1 <sup>er</sup> .	Notion
§ 2.	Conditions générales de validité
	I. L'écrit
	II. Le caractère complet de l'acte
	III. Signature
§ 3.	Règles propres à certains types d'actes sous seing privé
	I. La règle des originaux multiples ou «du double» (art. 1325 C. civ.)
	II. La règle du «bon pour» ou «approuvé» (art. 1326 C. civ.)
§ 4.	Force probante
	I. Force probante entre parties
	II. Force probante à l'égard des tiers
Section 4.	Autres écrits

1. Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à l'Université de Bruxelles.

2. Avocate au Barreau de Bruxelles

- § 1<sup>er</sup>. Les lettres missives
  - I. Notion
  - II. Régularité de la production des lettres missives
  - III. Conditions de la force probante des lettres missives
  - IV. Force probante des lettres missives
- § 2. Les livres de commerce
  - I. Notion
  - II. Conditions d'admissibilité
  - III. Force probante des livres de commerce
  - IV. Production en justice des livres de commerce
- § 3. Les registres et papiers domestiques
  - I. Notion
  - II. Force probante
- § 4. Les écritures sur titres
- § 5. Les tailles
- § 6. La facture
  - I. Définition
  - II. Conditions de la force probante de la facture
  - III. La facture électronique

## SECTION 1<sup>re</sup>. GÉNÉRALITÉS

### § 1<sup>er</sup>. *Notion*<sup>1</sup>

#### I. LA PREUVE LITTÉRALE

- 1.1 La preuve littérale se divise traditionnellement en deux catégories: les écrits signés et les écrits non signés<sup>2</sup>.

Les écrits signés ou actes<sup>3</sup> instrumentaires, à savoir les écrits préconstitués rédigés et signés afin de servir de preuve, comprennent les actes authentiques, les actes sous seing privé, les lettres missives signées et les actes reconnaîtifs et confirmatifs.

Sont considérés comme écrits non signés les livres de commerce, les registres et papiers domestiques, les copies de titres, la facture acceptée en matière commerciale, les écritures mises par le créancier sur les titres et les tailles.

---

1. Les auteurs adressent leurs sincères remerciements à Me Benoît SAMYN.

2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n<sup>o</sup> 742.

3. Les actes sont les écrits préconstitués rédigés afin de servir de preuve (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 193).

Le procédé matériel d'écriture (dactylographié, manuscrit,...) et la langue utilisée ne sont des conditions essentielles que lorsqu'il s'agit d'actes authentiques.

## II. DÉFINITION DE L'ÉCRIT

### A. Définition générale et abstraite

1.2 La loi belge ne définit pas la notion d'écrit.

Cette absence de définition légale a fait surgir de nombreuses questions concernant les moyens de communication développés dans un passé récent.

Un fax, un e-mail (ou courriel), des banques de données, un code magnétique, un CD-ROM, un DVD peuvent-ils être considérés comme des écrits?

La doctrine a défini, ces dernières années, l'écrit de manière très large comme étant: «*la représentation lisible du langage ou de la pensée au moyen de graphismes*<sup>1</sup>». Cette définition implique que l'écrit soit directement lisible.

Etant donné les développements technologiques récents en raison desquels un dispositif particulier est nécessaire afin de lire l'écrit, certains auteurs ont choisi de supprimer toute référence expresse à l'aspect de lisibilité et de signes graphiques<sup>2</sup>.

L'écrit est, par conséquent, actuellement défini comme étant «*l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support*»<sup>3</sup> ou encore «*l'écrit est l'expression d'un langage qui est fixé sur un support relativement durable au moyen de signes compréhensibles ou traduisibles*»<sup>4</sup>. Ces définitions ont le mérite de concilier l'évolution technologique avec la conception traditionnelle de l'écrit.

La définition traditionnelle de l'écrit doit être combinée avec le nouvel article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information<sup>5</sup>.

### B. Définition par équivalents fonctionnels

1.3 La théorie des équivalents fonctionnels définit l'écrit en prenant en considération ses fonctions.

Tout document remplissant les fonctions de l'écrit traditionnel est considéré comme un écrit.

Trois qualités fonctionnelles caractérisent l'écrit au sens traditionnel du terme et justifient la valeur particulière qui lui est attribuée selon les travaux parlementaires de la loi relative à la signature électronique<sup>6</sup>:

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 139.

2. M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», in *La Preuve*, Colloque UCL, 1987, p. 5.

3. M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», in *La Preuve*, Colloque UCL, 1987, p. 5.

4. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 1988, p. 270.

5. Voir à ce sujet les développements du Chapitre 4.

6. Loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification du 9 juillet 2001; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-38/006, p. 6.

- *l’immuabilité*: aucune modification ultérieure du contenu du document par les parties ou par les tiers n’est possible, que ce soit volontairement ou involontairement;
- *la lisibilité*: l’information contenue dans le document doit pouvoir être comprise par un procédé adapté. Les documents papiers remplissent directement cette condition par le simple fait qu’ils sont établis en une langue (grammaire et vocabulaire) et dans une symbolique graphique (écrit) qui les rendent accessibles à la compréhension humaine;
- *la stabilité*: la stabilité du document papier est évidente dans la mesure où la volonté des parties est définitivement fixée et où le document peut être conservé.

1.4 En ce qui concerne les documents informatiques, la fonction de lisibilité est aisément remplie à condition, naturellement, qu’on utilise un moyen approprié permettant de lire les données enregistrées.

Les autres fonctions de l’écrit ne sont pas nécessairement assurées par les documents informatiques, mais peuvent être remplies si certaines mesures sont prises.

L’immuabilité n’est pas garantie, le fichier informatique pouvant être modifié sans trace, mais elle peut être assurée par le recours à un support à inscription irréversible (CD-ROM, DVD, microfilms, ...) ou par la cryptographie (méthode permettant de coder un message) ou des codes d’accès.

La stabilité est également difficile à garantir en matière informatique dans la mesure où les supports ne se conservent pas toujours longtemps. En outre, en raison de l’évolution rapide des techniques informatiques, un document ancien pourrait ne plus être lu en raison de l’impossibilité de retrouver les dispositifs de lecture adéquats, ceux-ci ayant été remplacés par des outils technologiquement plus élaborés. Il est néanmoins possible de déplacer le contenu de l’écrit d’un support à un autre, en maintenant son caractère original.

On ne peut, par conséquent, pas déduire de la nature du document informatique qu’il ne pourrait pas répondre aux exigences d’inaltérabilité et de durabilité. Lorsque des mesures de sécurité suffisantes sont prises afin d’assurer l’immuabilité et la stabilité d’un document informatique, ce document peut recevoir le statut d’écrit au sens du Code civil<sup>1</sup>.

---

1. Cass., 1<sup>er</sup> mars 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 680.



## § 2. Les actes et leur force probante

### I. NOTION D'ACTE, FORCE PROBANTE ET EXÉCUTOIRE, DIFFÉRENCE DE FORCE PROBATOIRE ET EXÉCUTOIRE À L'ÉGARD DES PARTIES ET DES TIERS

#### A. Notion

- 1.5 Les actes peuvent être définis comme les écrits dressés pour servir de preuve. Il en existe deux catégories: les actes authentiques, rédigés par un officier public selon certaines formes, et les actes sous seing privé, rédigés et signés par un particulier.

#### B. Force probante et force exécutoire

##### 1. FORCE PROBANTE

- 1.6 La formule classique de H. DE PAGE définit la force probante d'un acte comme étant «la *foi due à cet acte en tant qu'il est retenu comme preuve par la loi*»<sup>1</sup>. Il s'agit de la valeur qui s'attache à un fait retenu comme élément probatoire, et par conséquent, de la mesure dans laquelle la preuve contraire est admissible<sup>2</sup>.

Il convient de noter que les actes ne constituent jamais la preuve absolue de la réalité d'un fait, l'intention véritable des parties pouvant toujours être différente du contenu de l'acte.

- 1.7 La force probante présente plusieurs facettes:
- 1) Il s'agit tout d'abord de déterminer la vérité de l'acte: l'acte fait-il foi en raison de son origine? L'acte fut-il rédigé comme tel par les parties et/ou par l'officier public? A cet égard, l'acte authentique possède une force probante supérieure à celle de l'acte sous seing privé, en ce qui concerne l'origine de l'écriture et de la signature. En effet, elles ne font foi pour l'acte sous seing privé que dans les conditions de l'article 1322 du Code civil.
  - 2) Il faut ensuite examiner la vérité du contenu même de l'acte: le contenu est-il conforme à l'intention des parties? La force probante des actes authentiques et sous seing privé est similaire, mais la preuve contraire ne pourra être apportée contre certaines mentions de l'acte authentique que par la procédure d'inscription de faux<sup>3</sup>.
  - 3) Il faut enfin apprécier la vérité du fait établi dans l'acte: les parties ont-elles déclaré un fait sincère ou est-on en présence d'une simulation? A cet égard, la force probante des actes authentiques et sous seing privé est identique: la preuve contraire peut être administrée selon les principes de la preuve réglementée.

1. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 747.

2. N. VERHEYDEN-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 195.

3. Articles 895 à 914 du Code judiciaire.

## 2. FORCE EXÉCUTOIRE

- 1.8 La force exécutoire est définie comme la «possibilité de recourir à l'exécution forcée de cet acte, lorsqu'il a été revêtu de la formule exécutoire»<sup>1</sup>.

### C. Différence de force probante selon que l'on oppose l'acte aux parties ou aux tiers

- 1.9 L'acte ne fait foi qu'entre parties, en vertu des articles 1319 et suivants du Code civil.

Seule l'existence d'une convention peut être opposée aux tiers, mais non ses effets internes (art. 1165 du Code civil). Il faut cependant souligner que, dans certains cas, la loi a voulu protéger les tiers contre l'opposabilité d'un acte auquel ils sont étrangers, et impose certaines formalités protectrices des tiers (p. ex. la formalité de la transcription).

Hormis ces exceptions légales, la jurisprudence estime que les actes authentiques et sous seing privé ont la même force probante à l'égard des tiers et des parties, et en principe dans les mêmes conditions<sup>2</sup>. Cette règle est cependant atténuée par le fait que les tiers peuvent combattre la force probante dans les mêmes conditions que les parties.

Cependant, en ce qui concerne la sincérité de l'acte, les tiers peuvent apporter la preuve d'un acte par toutes voies de droit. Ils ne sont pas soumis à l'article 1341 du Code civil<sup>3</sup>.

En outre, on ne peut leur opposer ni les contre-lettres ni la date d'un acte sous seing privé qui ne serait pas certaine (art. 1321 et 1326 du Code civil).

## II. VALEUR RESPECTIVE DES ACTES PRIMORDIAUX, RÉCOGNITIFS ET CONFIRMATIFS

### A. Actes primordiaux

- 1.10 Les actes primordiaux sont dressés originairement pour constater un *negotium*.

### B. Actes récognitifs

- 1.11 Les actes récognitifs sont dressés et signés afin de constater l'existence d'un droit réel ou d'une obligation déjà constatée par un acte antérieur valable. Ils ne modifient pas l'acte primordial, mais sont établis en vue de remplacer l'acte primordial perdu ou qui risque d'être perdu<sup>4</sup>.

Leur force probante est soumise à l'article 1337 du Code civil:

- si le titre original est perdu et que cette perte est prouvée, l'acte récognitif a la même force probante que le titre perdu s'il en reproduit la teneur<sup>5</sup> (c'est-à-

---

1. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 196.

2. Cass., 23 février 1928, *Pas.*, 1928, I, 34; Cass., 24 novembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 19.

3. Voir le commentaire relatif à l'article 1341 du Code civil.

4. G. MERCADAL, «Reconnaître : reconnaissance et actes récognitifs», *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, n° 481.

5. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 838.

dire ses éléments substantiels). Le juge de fond apprécie souverainement la notion de reproduction des éléments substantiels<sup>1</sup>.

- si le titre récongnitif se contente de mentionner l'acte primordial, il n'a aucune force probante, mais peut servir de commencement de preuve par écrit<sup>2</sup>.
- s'il existe plusieurs actes récongnitifs conformes, dont l'un est plus ancien que le délai de la prescription et s'ils ne sont pas contestés, l'acte primordial ne doit pas être produit et la preuve de la perte ne doit pas être apportée.

Le créancier doit préalablement prouver la perte par toutes voies de droit<sup>3</sup>.

Il existe des exceptions à l'article 1337, comme par exemple en matière de servitudes (art. 695 du Code civil) et d'acquisition de droits réels<sup>4</sup>.

Cet article ne s'applique pas en matière commerciale.

### C. Actes confirmatifs

- 1.12 Il s'agit des actes dressés afin de constater la renonciation à se prévaloir de la nullité d'un acte antérieur. Il faut qu'il s'agisse d'une nullité qui puisse être couverte.

En vertu de l'article 1338 du Code civil, l'acte confirmatif doit, pour confirmer l'acte annulable, faire mention (i) de la substance de l'acte annulable, (ii) de la cause de la nullité et (iii) de l'intention de couvrir la nullité.

Les trois conditions de l'article 1338 du Code civil sont des conditions de fond. La confirmation peut, en effet, résulter de l'exécution de l'acte annulable ou d'autres faits prouvant l'intention de confirmer<sup>5</sup>.

## III. ORIGINAUX ET COPIES

- 1.13 La force probante dont il est question dans le Code civil concerne les originaux. Il convient, dès lors, d'examiner la foi qui peut être attribuée aux copies d'actes.

### A. Notion

- 1.14 La copie se définit comme la transcription littérale et non signée de manière originale d'un acte authentique ou sous seing privé, faite d'après l'original<sup>6</sup>.

La copie se distingue de l'original par la signature originale tracée sur le document même<sup>7</sup>.

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 239.

2. La Cour de cassation a récemment estimé que le comportement d'une partie peut être un acte récongnitif s'il constitue un aveu impliquant la volonté de reconnaître l'existence d'une servitude (Cass., 28 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 885, note J. HANSENNE; *Pas.*, 1999, I, p. 51).

3. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 839.

4. Cass., 21 janvier 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 527.

5. Cass., 25 février 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 72.

6. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 248.

7. Cass., 28 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1286; P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations – Examen de jurisprudence (1974-1982)», *R.C.J.B.*, 1988, p. 163.

Un document dont la signature a été effectuée par l'emploi d'un papier carbone n'est pas un original<sup>1</sup>. Il en est de même en cas de photocopie ou de scannage.

- 1.15 Le régime de la force probante des copies est réglé par les articles 1334 à 1336 du Code civil.

La doctrine traditionnelle considère que ces articles ne concernent que les copies d'actes authentiques<sup>2</sup>. Il est cependant admis, à présent, que l'article 1334 du Code civil s'applique également aux actes sous seing privé<sup>3</sup>.

### **B. Force probante des copies d'actes sous seing privé et d'actes authentiques**

- 1.16 En vertu de l'article 1334 du Code civil, la copie n'a aucune force probante en elle-même et ne fait foi que de ce qui est contenu au titre. La production de l'original peut toujours être requise s'il existe.

Si l'original est perdu, il faut distinguer les copies d'actes authentiques et les copies d'actes sous seing privé.

#### 1. COPIE D'ACTE AUTHENTIQUE

- 1.17 L'article 1335 du Code civil attache une force probante différente aux copies d'actes authentiques en fonction du type de copies, en cas de perte du titre original de l'acte (la minute)<sup>4</sup>.

Les copies font preuve complète dans quatre cas :

- 1) les grosses ou premières expéditions,
- 2) les copies tirées par l'autorité du juge en vertu d'un jugement, les parties étant présentes ou dûment appelées,
- 3) les copies tirées en présence des parties et avec leur accord, et
- 4) les copies ayant plus de trente ans, tirées par le dépositaire de la minute.

Les copies non tirées par le dépositaire de la minute ou anciennes de moins de trente ans et la transcription d'un acte sur les registres publics valent commencement de preuve par écrit.

Les copies de copies ne valent que comme simple renseignement en vertu de l'article 1335, alinéa 4, du Code civil.

En vertu de l'article 1336 du Code civil, la transcription d'un acte authentique ne peut servir que de commencement de preuve par écrit en cas de perte de l'original, et ce uniquement dans les conditions prévues par cet article.

---

1. Cass., 28 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1286; *R.C.J.B.*, 1985, p. 52 et note VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé ».

2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 833; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t., VII, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, Paris, L.G.D.J., 1931, n° 113.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 201; G. GOUBEUX et P. BIRH, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 1979, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, v° *Preuve* (mise à jour 1989), n° 1057.

4. M. RENARD-DECLAIRFAYT, « La force probante des acte notariés », *Rép. not.*, t. XI, éd. 1983, n° 160.

## 2. COPIE D'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

- 1.18 La copie d'un acte sous seing privé n'a pas de force probante en soi, mais il faut souligner qu'elle est cependant fréquemment utilisée en pratique, les parties contestant rarement la conformité de la copie à l'original<sup>1</sup>. En effet, les règles de preuve n'étant pas d'ordre public, la partie doit se prévaloir du défaut de production de l'original.

Si l'original a été perdu par cause étrangère, la copie peut être invoquée à titre de présomption dont le juge apprécie la force probante (art. 1348, 4<sup>o</sup>, C. civ.).

Il existe, en outre, des législations particulières accordant une force probante aux copies de certains organismes<sup>2</sup>.

## 3. LES COPIES CERTIFIÉES CONFORMES

- 1.19 La copie certifiée conforme à l'original par un officier public ou un fonctionnaire habilité à cet effet n'a aucune force probante particulière, sauf exceptions légales<sup>3</sup>. De nombreux auteurs avaient souhaité une intervention du législateur afin de lui attribuer une force probante identique à celle de l'original<sup>4</sup>.

Depuis la loi-programme du 22 décembre 2003, entrée en vigueur le 31 mars 2004, l'Etat fédéral ne demande plus de copie certifiée conforme de documents «originaux». En substance, une copie de bonne qualité aura, sauf cas exceptionnels, la même valeur que l'original. Il appartiendra au fonctionnaire qui a un doute quant à l'authenticité d'un document de vérifier l'original auprès de l'émetteur du document en question.

## 4. LES COPIES EN MATIÈRE COMMERCIALE

- 1.20 En matière commerciale, la preuve est administrée librement et la copie peut être admise à titre de présomption.

## 5. LES PHOTOCOPIES

- 1.21 Les photocopies sont une catégorie particulière de copie en ce sens qu'elles sont la reproduction parfaite de l'original.

Elles sont soumises en droit belge aux mêmes règles que les copies. Si leur caractère de reproduction parfaite n'est pas contesté, les photocopies ont la même force probante que l'original<sup>5</sup>. Si ce caractère est contesté, la partie qui le

1. M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, Colloque UCL, 1987, p. 17.

2. Voir à cet égard J.P. BUYLE, « Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents (loi des 17 juin 1991, 22 juillet 1991 et 28 juillet 1992) », *J.T.*, 1993, pp. 197-201.

3. Par exemple les copies d'actes d'état civil délivrées en vertu de l'article 45 du Code civil ou les copies délivrées conformément à l'article 7 du Code des droits d'enregistrement.

4. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 206; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 250.

5. Cass., 21 février 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 664; pour des développements plus détaillés sur le statut de la photocopie voir D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », pp. 245 et 250.

conteste peut exiger la production de l'original. Elles constituent des présomptions si ce mode de preuve est admissible<sup>1</sup>.

Par ailleurs, certains auteurs estiment que les photocopies peuvent être considérées comme commencement de preuve par écrit, pour autant que les conditions de l'article 1347 du Code civil soient respectées<sup>2</sup>.

## 6. LES MICROFILMS – DISQUES OPTONUMÉRIQUES– TÉLÉCOPIES

### a. Microfilms

- 1.22 Les microfilms sont des reproductions photographiques en format réduit de documents sur papier (microfilms classiques) ou des reproductions sous forme lisible et support photographique du contenu d'une bande magnétique d'ordinateur (microfilm C.O.M)<sup>3</sup>.

Ils peuvent valoir comme présomptions<sup>4</sup>.

### b. Disques

- 1.23 Les disques (optonumériques), par exemple les CD-ROM, DVD, ne sont que des supports et ne déterminent pas la force probante des documents qu'ils contiennent.

Il faut toutefois souligner l'irréversibilité des inscriptions de données que ces supports permettent dans certains cas (car ils sont parfois réenregistrables)<sup>5</sup>.

### c. Télécopies

- 1.24 Les télécopies sont des copies du document inséré dans le fax émetteur et sont, partant, soumises au même régime que les photocopies.

Elles ont la valeur d'une présomption si ce mode de preuve est admissible. La télécopie peut également valoir commencement de preuve par écrit, si l'identité de l'émetteur n'est pas contestée<sup>6</sup>.

D'aucuns estiment qu'elle peut être assimilée à l'original dans la mesure où elle en est une reproduction parfaite<sup>7</sup>.

Cette thèse est contestable: le fax reçu par le destinataire ne comporte aucune signature originale et constitue une simple copie.

Les téléfax peuvent également être des copies de copies. Dans ce cas, ils sont soumis aux régimes de l'article 1335, alinéa 4, du Code civil et ne valent que comme simple renseignement. Le juge en détermine la valeur si la matière n'est pas soumise à la preuve écrite.

---

1. Cass., 8 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 557; Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 272; Mons, 20 mars 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 173.

2. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», pp. 251-252.

3. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», pp. 252-253.

4. M. FONTAINE, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, p. 23.

5. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 254.

6. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 409.

7. M.-E. STORME, «De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505 et s.

Rien n'empêche cependant les parties de prévoir dans une convention que le fax reçu par le destinataire a la même force probante que l'original, sauf fraude ou erreur de l'émetteur.

#### IV. LA DATE DE L'ACTE

- 1.25 Le régime de la date de l'acte diffère selon qu'il s'agira d'un acte authentique ou sous seing privé.

##### **A. Date d'un acte authentique**

- 1.26 La date d'un acte authentique est une condition de validité de celui-ci.  
L'acte non daté est nul, sous réserve de la force probante réduite prévue par l'article 1318 du Code civil.  
La date fait foi jusqu'à ce que la preuve contraire soit apportée par l'inscription de faux.

##### **B. Date d'un acte sous seing privé**

- 1.27 La date d'un acte sous seing privé n'est pas une condition de validité de celui-ci, sauf si la loi le prévoit<sup>1</sup>.  
Entre parties, la date fait foi jusqu'à preuve contraire, en respectant l'article 1341 du Code civil.  
A l'égard des tiers, elle ne fait foi que si elle est certaine en vertu de l'article 1328 du Code civil<sup>2</sup>.

## SECTION 2. L'ACTE AUTHENTIQUE<sup>3</sup>

### *§ 1<sup>er</sup>. Notion*

- 2.1 L'article 1337 du Code civil définit l'acte authentique comme étant l'acte reçu par les officiers ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où cet acte est établi et avec les solennités requises.  
Il s'agit notamment des actes notariés, des actes d'état civil, des exploits d'huissier, etc.

---

1. La date est par exemple une condition de validité du testament olographe et du chèque.  
2. Voir les commentaires à propos de l'article 1328 du Code civil.  
3. Les auteurs adressent leurs sincères remerciements à Me Benoît SAMYN.

§ 2. *Conditions de validité et sanctions*

I. CONDITIONS DE VALIDITÉ

**A. Intervention d'un officier public**

- 2.2 L'acte authentique requiert l'intervention d'un officier public.  
Il peut s'agir d'un notaire, d'un huissier, d'un officier d'état civil, d'un juge, d'un greffier, d'un officier de police judiciaire, ...

**B. Intervention régulière**

- 2.3 L'intervention de cet officier public doit être régulière. Il faut que :
- a. *ratione materiae* : l'officier instrumente dans le cadre de ses attributions légales. Ainsi, un officier d'état civil n'est pas compétent pour conférer l'authenticité à une vente.
  - b. *ratione loci* : l'officier instrumente à l'intérieur de son ressort.
  - c. *ratione personae* : l'officier n'a pas été frappé de suspension ou destitution.

**C. Signature**

- 2.4 Chaque page doit être paraphée et l'acte sera signé à la fin.  
Les signatures doivent être effectuées de manière manuscrite et ne peuvent pas être remplacées par un cachet<sup>1</sup>.  
Si l'acte authentique constate un contrat, toutes les parties contractantes doivent le signer.

**D. Respect des formalités**

- 2.5 L'acte authentique doit satisfaire à des conditions de forme spécifiques relatives au contenu, à la rédaction, à l'intervention éventuelle de témoins et à la conservation de l'acte. Ces formalités diffèrent d'acte en acte et sont déterminées au cas par cas.

**E. Acte authentique électronique**

- 2.6 L'article 1317, alinéa 2, du Code civil précise que l'acte authentique peut être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres.  
Cependant, d'un point de vue pratique, cette reconnaissance des actes authentiques électroniques peut poser problème, notamment en raison de l'exigence de conservation dans le temps de tels actes qui n'est pas entièrement garantie par tous les supports électroniques. Les arrêtés royaux détermineront les conditions d'établissement et de conservation de ces actes authentiques dématérialisés.

---

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 152.



## II. SANCTIONS

- 2.7 Un acte qui ne satisfait pas aux conditions mentionnées ci-dessus, est nul en tant qu'acte authentique<sup>1</sup>.

Cependant, l'acte authentique qui n'est pas authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public ou par un défaut de forme, vaut comme un acte sous seing privé s'il est signé par les parties concernées (art. 1318 C. civ.). Cet acte aura la même force probante qu'un acte sous seing privé, mais ne sera pas soumis aux formalités des articles 1325 et 1326 du Code civil.

## § 3. Force probante

- 2.8 En vertu de l'article 1319, alinéa 1, du Code civil, l'acte authentique fait pleine foi entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause du contrat qui y est contenu.

Il faut cependant préciser que :

- l'acte authentique ne comprend pas que des conventions ;
- seules certaines mentions de l'acte authentique bénéficient de l'authenticité. Les mentions protégées par l'authenticité doivent répondre à deux conditions cumulatives. Il doit s'agir de mentions que l'officier public avait compétence pour porter dans l'acte en vertu de sa mission légale. Ces mentions doivent, en outre, concerner des points que l'officier public a pu personnellement et effectivement constater, certifier et acter («*ex propriis sensibus*»)<sup>2</sup>. Il s'agit notamment de l'écriture et de la signature, de la date et du lieu de l'acte, de la qualité et de l'identité des parties ;
- l'acte authentique ne fait jamais pleine foi. Les mentions couvertes par l'authenticité peuvent être critiquées par la procédure d'inscription de faux. La preuve contraire des autres mentions de l'acte authentique peut être apportée conformément au droit commun de la preuve<sup>3</sup> ;
- l'acte authentique fait également foi à l'égard des tiers. Il a, à leur égard, la même force probante qu'envers les parties, sauf pour l'application de l'article 1341 du Code civil. Les tiers peuvent combattre les mentions protégées par l'authenticité, par la procédure d'inscription de faux. La preuve contraire des autres mentions peut être apportée par les tiers, par témoignages et présomptions<sup>4</sup>.

1. Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 303 ; Voir à ce sujet pour plus de détails, D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 153.

2. Cass., 19 octobre 1939, *Pas.*, 1939, I, 427.

3. Bruxelles, 17 mai 1967, *Pas.*, 1967, II, 285 ; Anvers, 5 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 745 : la mention dans les statuts que le capital a été entièrement libéré ne jouit pas de la force probante particulière des actes authentiques, mais est simplement une déclaration des associés. La preuve de la non-libération peut être apportée par les comptes annuels.

4. Cass., 28 février 1956, *Pas.*, 1956, I, 675.

## SECTION 3. L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

### § 1<sup>er</sup>. *Notion*

- 3.1 L'acte sous seing privé est tout écrit dressé par des particuliers, sans intervention d'un officier public et portant la signature de ceux-ci.

Au contraire des actes authentiques, les actes sous seing privé sont laissés à l'entière discrétion des parties, sous réserve de quelques conditions tenant à leur essence même (l'écriture, la signature et le caractère complet de l'acte).

Les articles 1325 et 1326 du Code civil comprennent néanmoins des règles spécifiques à certains actes sous seing privé.

### § 2. *Conditions générales de validité*

#### I. L'ÉCRIT<sup>1</sup>

##### A. **Forme de l'écrit**

- 3.2 La manière dont l'acte sous seing privé est rédigé est sans incidence.

Il peut s'agir d'un document manuscrit, photocopie, photographié, ... Il peut notamment être écrit au crayon, au stylo bille ou être dactylographié, etc.

Sauf exception, la personne qui a rédigé l'écrit, ne joue aucun rôle en matière de preuve<sup>2</sup>.

##### B. **Indication du lieu**

- 3.3 L'indication du lieu n'est pas exigée, mais est conseillée sauf exceptions légales, comme la lettre de change.

##### C. **La langue**

- 3.4 La langue dans laquelle le document est établi, est laissée, en principe, à la liberté des parties.

Si la langue utilisée est inconnue du signataire de l'acte, l'acte conserve sa force probante<sup>3</sup>, la signature couvrant le texte à son propre risque sauf vices de consentement.

Il faut cependant émettre la plus grande réserve quant à la liberté du choix de la langue en Belgique.

---

1. Les auteurs adressent leurs sincères remerciements à Me Benoît SAMYN.

2. Par exemple le testament olographe.

3. Cass., 30 avril 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 103.

Il existe ainsi des règles relatives à la langue dans laquelle les documents des employeurs prescrits par la loi doivent être établis à peine de nullité<sup>1</sup>, ainsi que certaines règles en matière d'actes de sociétés ou dans les relations avec les administrations. Ces questions excèdent le cadre de notre étude<sup>2</sup>.

#### D. Renvois, ratures, surcharges et interlignes

- 3.5 Les renvois, ratures, surcharges et interlignes n'ont aucune conséquence sur la validité de l'écrit, même s'ils ne sont pas paraphés.  
Il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure il faut en tenir compte<sup>3</sup>.

#### E. La mention «lu et approuvé»

- 3.6 La loi n'exige aucunement que l'acte sous seing privé contienne la mention «*lu et approuvé*», à l'exception des cas prévus par l'article 1326 du Code civil (formalité du «bon pour») et de certaines législations particulières.

#### F. Enregistrement

- 3.7 La formalité de l'enregistrement est uniquement exigée dans des cas spécifiques, par exemple le contrat de bail. Le défaut d'enregistrement n'affecte cependant pas la force probante de l'acte.

### II. LE CARACTÈRE COMPLET DE L'ACTE

- 3.8 L'acte doit se suffire à lui-même en tant que preuve du fait juridique qu'il constate et contenir la totalité du *negotium*.

### III. SIGNATURE

- 3.9 Nous examinerons la signature manuscrite et la signature électronique.

#### A. Signature manuscrite<sup>4</sup>

##### 1. DÉFINITION – FONCTIONS

- 3.10 La signature constitue l'élément le plus important d'un acte sous seing privé. Elle a une double fonction: d'une part, l'identification de son auteur et d'autre part, l'adhésion du signataire quant au contenu de l'acte<sup>5</sup>. En signant l'acte, il se l'approprie.

1. Décret du Conseil culturel de la Communauté flamande du 19 juillet 1973 sur les relations sociales entre les travailleurs et employeurs et Décret de la Communauté française du 30 juin 1982.

2. Cons. p. ex. R. RENARD, *Talen in bestuurszaken, in de bedrijven en in de sociale betrekkingen*, A.P.R., Gand, 1983.

3. C. trav. Bruxelles, 2 février 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 29.

4. Les auteurs adressent leurs sincères remerciements à Me Benoît SAMYN.

5. Cass., 30 avril 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 103.

La loi ne donne aucune définition de la signature.

La signature doit-elle reproduire le nom patronymique du signataire, tel qu'il ressort de son état civil? Un surnom, par exemple utilisé dans le cercle familial<sup>1</sup>, peut-il être employé?

Il est actuellement admis que la signature ne doit pas reproduire le nom patronymique du signataire. Il suffit qu'elle permette une identification certaine de son auteur et traduise sa volonté d'adhérer à l'acte<sup>2</sup>.

A cet égard, la Cour de cassation exigeait que «*la signature soit la marque manuscrite qui révèle habituellement la personnalité de son auteur aux tiers*»<sup>3</sup>. Elle a, dans des arrêts ultérieurs, assoupli son point de vue en reconnaissant qu'un signe manuscrit différent de celui qui est habituellement utilisé, peut cependant être considéré comme une signature<sup>4</sup>.

## 2. FORMES

- 3.11 La signature doit être manuscrite et autographe, et ne peut être une reproduction au moyen par exemple d'un cachet, d'un timbre humide ou d'un sceau<sup>5</sup>. Une croix accompagnée de la signature de deux témoins n'a aucune valeur<sup>6</sup>.

De simples initiales, des signes de fantaisie, une signature par papier carbone<sup>7</sup> ne sont généralement pas considérés comme une signature.

Aucune règle ne détermine l'emplacement de la signature. Il suffit qu'elle couvre l'ensemble du texte. Il est néanmoins logique qu'elle soit apposée à la fin de l'acte afin de le couvrir entièrement, mais le juge peut accepter une signature marginale.

En droit commercial, la preuve étant libre, le juge peut apprécier la valeur probante de signatures par timbre nominatif, cachet, par papier carbone, griffe ou photocopie<sup>8</sup>.

## 3. LES ÉCRITS NON SIGNÉS

- 3.12 A défaut de signature, l'écrit n'est pas un acte sous seing privé.

La loi reconnaît cependant exceptionnellement une valeur probante à des documents non signés, comme les factures en droit commercial ou les registres et papiers domestiques.

Si l'écrit ne peut pas être utilisé en tant qu'acte sous seing privé, il peut valoir commencement de preuve par écrit pour autant qu'il provienne de celui à qui on l'oppose.

---

1. Par exemple des «surnoms» comme maman, oncle, tante.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 237; Civ. Liège, 18 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 642.

3. Cass., 7 janvier 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456.

4. Cass., 10 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 309; Cass., 13 juin 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1269.

5. Cass., 26 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 156.

6. Cass., 14 novembre 1901, *Pas.*, 1902, I, p. 37; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 780.

7. Cass., 28 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1286.

8. M. VAN QUICKENBORNE, «Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé», *R.C.J.B.*, 1985, p. 98.

## B. Signature électronique

### 1. CONTEXTE

- 3.13 La loi du 20 octobre 2000 sur l'introduction de moyens de communication et de la signature électronique dans les procédures judiciaires et extrajudiciaires et la loi du 9 juillet 2001 sur la signature électronique et les autorités de certification ont transposé en droit belge la directive européenne du 13 décembre 1999 sur la signature électronique.

Cette directive fournit un cadre pour la réglementation de la signature électronique et définit les principes directeurs relatifs à l'activité de prestataire de services de certification.

Deux niveaux de signature y sont identifiés :

a) la signature électronique «en général», à savoir donnée sous forme électronique jointe, ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification.

- b) la signature électronique «avancée» qui satisfait aux exigences suivantes :
- être liée uniquement au signataire,
  - permettre d'identifier le signataire,
  - être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif,
  - être liée aux données auxquelles elle se rapporte, de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

L'apport de la directive du 13 décembre 1999 en la matière est double<sup>1</sup> :

a) les juges ne peuvent plus refuser effet aux signatures électroniques par le simple fait qu'elles ne sont pas manuscrites (principe de non-discrimination);

b) les signatures qui présentent des garanties particulières de sécurité, doivent bénéficier d'une présomption les assimilant à la signature manuscrite (principe de l'assimilation).

### 2. NOTION – DÉFINITION EN DROIT BELGE

- 3.14 La signature électronique désigne tous les mécanismes dans lesquels une forme de signature est créée et conservée par un procédé électronique.

La signature électronique repose sur une conception fonctionnelle de la signature. Les fonctions de la signature dans l'environnement papier sont identifiées pour vérifier si elles sont remplies et transposables dans l'environnement électronique. Pour rappel, les fonctions de la signature sont l'identification de l'auteur de la signature avec un degré raisonnable de certitude et la manifestation de son adhésion au contenu du document (la manifestation de la volonté du signataire existe dès lors que l'acte de signer est volontaire et non automatisé, quel que soit le procédé utilisé).

La signature électronique peut conférer au document le statut d'original.

Elle est définie en droit belge, en vertu des lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 comme étant «une donnée ou un ensemble de données sous forme

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», pp. 187-188.

*électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, imputable au signataire du texte et qui établit le maintien de l'intégrité du texte»<sup>1</sup>.*

### 3. LE NOUVEL ALINÉA 2 DE L'ARTICLE 1322 DU CODE CIVIL

- 3.15 L'article 1322 nouveau du Code civil, tel que modifié par la loi du 20 octobre 2000, ajoute un second alinéa à l'article 1322 du Code civil: «*Peut satisfaire à l'exigence d'une signature pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques qui peut être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte*».

Cet article introduit le principe de non-discrimination dans notre droit<sup>2</sup>.

L'approche fonctionnelle y fut adoptée dans la mesure où la signature électronique doit répondre aux conditions relatives à l'identification du signataire et à l'appropriation du contenu de l'acte ainsi qu'à l'intégrité.

- 3.16 Le juge reste libre d'apprécier la mesure dans laquelle les fonctions de la signature sont remplies et peut, partant, apprécier librement l'assimilation à la signature manuscrite, mais il ne dispose toutefois pas d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut désigner un expert afin de l'assister dans cette tâche.

La charge de la preuve de ce que les fonctions de la signature manuscrite sont remplies, incombe à celui qui invoque la signature électronique.

Il faut remarquer que la signature électronique est admise uniquement pour l'application de l'article 1322 du Code civil, qui règle la force probante de l'acte sous seing privé. Les actes authentiques sont exclus.

### 4. LES TECHNIQUES DE SIGNATURE DIGITALE

- 3.17 Il existe diverses techniques afin de créer une signature électronique. La technique la plus importante est la signature digitale.

Il s'agit de la transformation du message par une technique de cryptographie, qui aboutit à remplir les fonctions de la signature.

La fonction mathématique de cryptage est appelée algorithme.

Il existe deux genres de cryptographie, qui se différencient par le degré de fiabilité du procédé:

– *la cryptographie à clef secrète:*

L'algorithme est connu du public, mais ne fonctionne que si l'on introduit dans le calcul une suite de chiffres ou de lettres appelée «clef».

L'avantage de ce premier type de cryptographie est sa grande rapidité mais elle ne remplit pas de fonction de signature: elle ne permet pas d'identifier de manière certaine un des partenaires de la communication.

– *la cryptographie «à clef publique» ou «à double clef»:*

Forme plus élaborée dans laquelle chacun des interlocuteurs dispose de deux clefs: une clef secrète et une clef publique.

La clef publique est une fonction irréversible de la clef privée: il est mathématiquement possible de calculer la clef publique à partir de la clef privée mais l'inverse n'est pas possible.

---

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 190.

2. Voir également les articles 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001.

Il existe la même garantie de confidentialité que dans le cas l'algorithme à simple clef puisque seul le destinataire peut comprendre le message.

Le lien mathématique entre les clefs garantit que le décryptage à l'aide de la clef publique d'une personne n'est possible que si le cryptage a été réalisé avec la clef secrète de cette même personne. La fonction de la signature est ainsi remplie.

Il est primordial, dans un réseau ouvert, dans lequel les partenaires ne se connaissent pas, que chaque utilisateur ait la certitude que la clef publique qui lui est fournie, concorde bien avec l'identité de son correspondant. Ainsi, apparaît la nécessité d'une certification des clefs qui doit être confiée à un tiers de confiance («*tiers certificateur*» ou «*autorité de certification*»).

- 3.18 La loi du 9 juillet 2001 définit le statut des prestataires de services de certification, établit un régime de libre accès à la profession de tiers certificateur et détermine les missions et la responsabilité du certificateur. L'examen détaillé de l'exercice de cette activité excède le cadre de la présente étude.

#### 5. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE AVANCÉE ET LA SIGNATURE QUALIFIÉE

- 3.19 La signature électronique avancée est «*une donnée, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification et satisfaisant aux exigences suivantes:*

- être liée uniquement au signataire,
- permettre l'identification du signataire,
- être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif,
- être liée aux données auxquelles elle se rapporte, de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée» (art. 2 de la loi du 9 juillet 2001).

- 3.20 En vertu de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001, la signature électronique avancée, lorsqu'elle est réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit effectuée par une personne morale ou physique. Les notions de certificat qualifié et de dispositif sécurisé de création sont définies par la loi.

Certains auteurs qualifient la signature électronique avancée répondant aux conditions de l'article 4, § 4, de «signature électronique qualifiée»<sup>1</sup>.

Ce type de signature jouit d'une présomption *iuris tantum* d'assimilation à la signature manuscrite. Si la présomption est renversée, le juge retrouve son pouvoir afin de déterminer si le mécanisme proposé est une signature valable.

Dans l'état actuel de la technique, seule la signature digitale répond à toutes les exigences.

1. M.-E. STORME, «De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen», *R.W.*, 2000-2001, p. 1505; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 196.

6. RECEVABILITÉ ET FORCE PROBANTE

- 3.21 Les signatures électroniques étant recevables dans notre système juridique, le juge ne peut les rejeter au seul motif qu'elles sont électroniques, mais il n'est pas tenu pour autant de les admettre.

La force probante d'une signature est la mesure dans laquelle le juge et les parties sont liés quant à la sincérité de la signature.

Les signatures électroniques qualifiées bénéficient d'une force probante élevée, et le juge doit les assimiler à des signatures manuscrites, sauf si la présomption est renversée.

Les autres types de signature électronique ont une force probante moins importante, et le juge apprécie librement leur valeur probante (le cas échéant, après expertise). Il peut les assimiler à des signatures manuscrites et dans ce cas, elles feront foi, sauf dénégation du signataire (art. 1323 C. civ.).

Le mécanisme technologique qui ne remplit pas les conditions de la signature qualifiée et dont le juge refuse l'assimilation à une signature manuscrite, ne constitue pas réellement une signature, et l'acte sur lequel il est apposé, ne peut être considéré comme un acte sous seing privé.

7. CONVENTIONS SUR LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

- 3.22 Les règles relatives à la preuve ne sont ni d'ordre public ni impératives.

Des contrats d'échange de données informatiques (EDI), par lesquels deux ou plusieurs parties fixent le cadre dans lequel leurs ordinateurs vont s'échanger des données afin de produire des effets juridiques, sont donc possibles et peuvent contenir des clauses assimilant des messages échangés à des écrits et leur conférant un caractère juridiquement contraignant.

Les seules limites se trouvent dans la loi du 14 juillet 1991 sur la protection et l'information des consommateurs, laquelle tend à empêcher tout déséquilibre à ce sujet.

7. EN DROIT COMMERCIAL

- 3.23 Entre commerçants ou à l'égard de la partie commerçante s'il s'agit d'un acte mixte, la preuve est administrée librement. Le juge peut, partant, apprécier librement la valeur probante de la signature électronique.

*§ 3. Règles propres à certains types d'actes sous seing privé*

- 3.24 Il existe deux hypothèses, prévues par les articles 1325 et 1326 du Code civil, dans lesquelles les actes sous seing privé sont soumis à des règles de forme particulières, la règle du double et celle du bon pour.



## I. LA RÈGLE DES ORIGINAUX MULTIPLES OU «DU DOUBLE» (ART. 1325 DU CODE CIVIL)

### A. Principes

3.25 En vertu de l'article 1325 du Code civil, les actes sous seing privé qui contiennent des contrats synallagmatiques, sont valables pour autant qu'ils soient établis en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les parties ayant le même intérêt. Chaque original doit indiquer combien d'originaux ont été rédigés.

Cette règle s'explique par le risque de fraude ou de destruction encouru par une partie à un contrat synallagmatique, s'il n'existe qu'un seul exemplaire du contrat.

### B. Champ d'application

3.26 L'article 1325 du Code civil concerne tous les actes sous seing privé contenant une convention synallagmatique parfaite, qui est la source d'obligations réciproques devant encore être exécutées au moment où la convention est établie.

Il ne s'applique notamment pas aux contrats synallagmatiques imparfaits, aux engagements unilatéraux tels qu'une donation, à l'aveu extrajudiciaire, au cautionnement, aux actes confirmatifs et de ratification<sup>1</sup>, aux contrats synallagmatiques dans lesquels les obligations d'une partie sont déjà entièrement exécutées au moment de la rédaction du contrat<sup>2</sup>.

### C. Exceptions

3.27 La règle contenue à l'article 1325 du Code civil ne s'applique pas aux contrats commerciaux<sup>3</sup>. S'il s'agit d'un acte mixte, l'article 1325 ne s'applique pas à la partie commerçante, qui ne pourra pas l'invoquer contre le non-commerçant.

Elle ne s'applique également pas aux actes authentiques nuls en la forme en vertu de l'article 1318 du Code civil, dans la mesure où les parties ne pouvaient pas imaginer en participant à l'acte notarié que celui-ci ne vaudrait que comme acte sous seing privé par la suite et, par conséquent, serait soumis à l'article 1325 du Code civil.

Il est, en outre, contraire à la nature des lettres missives d'exiger l'application de l'article 1325 du Code civil pour les contrats conclus par échange de correspondance.

On notera, enfin, que l'article 1325 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger.

### D. Formalités exigées par la loi

3.28 L'article 1325 du Code civil exige le respect de trois formalités.

1. Cass., 20 février 1941, *Pas.*, I, 1941, p. 54.

2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 804.

3. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 209.

a) Tout d'abord l'acte doit être dressé en autant d'exemplaires que de parties ayant un intérêt distinct. L'intérêt distinct, apprécié au moment de la conclusion du contrat, détermine le nombre d'exemplaires. Si plusieurs parties ont le même intérêt, par exemple des copropriétaires qui achètent une maison, un seul exemplaire suffit.

b) L'original doit indiquer le nombre d'originaux établis. Un nombre explicite est exigé<sup>1</sup>.

c) Chaque exemplaire doit constituer un original et donc comporter la signature originale de toutes les parties. Cependant, chaque partie peut s'abstenir de signer son propre exemplaire dans la mesure où on ne prouve jamais contre soi-même<sup>2</sup>.

Le fait que tous les exemplaires soient des exemplaires originaux implique que chaque exemplaire a la même valeur et qu'ils devraient tous être identiques. S'ils ne sont pas identiques, la validité du contrat n'est pas affectée, mais un problème d'interprétation se pose. Le juge doit, dans ce cas, rechercher l'intention réelle des parties (art. 1156 du Code civil); à défaut, il faudra admettre que chaque partie n'est tenue que dans la mesure de son exemplaire<sup>3</sup>.

### E. Sanction en cas de non-respect

3.29 Chacune des trois règles de l'article 1325 du Code civil doit être respectée, à peine de nullité relative.

Cette nullité entache uniquement l'acte en tant qu'instrument de preuve (*instrumentum*) et non pas l'acte lui-même en tant que *negotium* qui pourra, partant, toujours être prouvé par d'autres modes de preuve, comme l'aveu ou le serment. L'acte nul peut toujours, moyennant le respect de l'article 1347 du Code civil, servir de commencement de preuve par écrit, et être complété par des témoignages et présomptions.

La nullité relative ne peut pas être soulevée d'office par le juge. Elle ne concerne que les parties et ne peut être opposée que par elles et non par les tiers. Elle peut être couverte: elle ne peut pas être invoquée par celui qui a exécuté ou commencé à exécuter le contrat contenu dans l'acte frappé de nullité. Une telle exécution peut être partielle<sup>4</sup> et doit impliquer de manière certaine la reconnaissance de la convention intervenue<sup>5</sup>.

## II. LA RÈGLE DU «BON POUR» OU «APPROUVÉ» (ART. 1326 DU CODE CIVIL)

### A. Principes

3.30 En vertu de la règle contenue à l'article 1326 du Code civil, un billet ou une promesse sous seing privé, par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre

1. En pratique, cette formalité est remplie par la clause «Fait à..., en X exemplaires originaux dont chaque partie reconnaît avoir reçu le sien».

2. Cass., 17 juin 1981, *Pas.*, I, 1981, p. 1192.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253.

4. Cass., 1 février 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 528.

5. Cass., 12 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 763.

partie au paiement d'une somme d'argent ou d'une chose appréciable en argent, doivent être entièrement écrit de la main de celui qui le souscrit, ou du moins, il faut qu'outre la signature, il ait mentionné de sa main la mention «bon pour» ou «approuvé» portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Cet article prévient l'abus de blanc-seing, la fraude du créancier tentant d'obtenir une signature par surprise et les risques de falsification.

### B. Conditions d'application

- 3.31 Il doit s'agir d'un acte ou d'un contrat unilatéral d'une partie à l'égard d'une autre partie.

Il faut ensuite que l'écrit crée une nouvelle obligation unilatérale. L'article 1326 du Code civil n'est pas d'application aux quittances, acquiescements et renonciations<sup>1</sup>.

Ensuite, la partie doit s'être engagée à payer une somme d'argent ou une chose fongible, à savoir une chose dont la quantité peut s'exprimer par un chiffre. Les engagements unilatéraux portant sur des corps certains ne sont pas concernés par l'article 1326 du Code civil<sup>2</sup>.

### C. Exceptions

- 3.32 L'article 1326, alinéa 2, du Code civil dispense de la formalité du «bon pour» les artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de services. Cette exception, justifiée par l'analphabétisme de certaines catégories sociales, est archaïque. Cependant, la Cour de cassation a refusé de limiter l'application de la règle aux illettrés<sup>3</sup>.

Il dispense également de la formalité les marchands. Cette dispense est évidente pour ce qui concerne les actes commerciaux des commerçants, en raison du régime de la preuve libre en matière commerciale<sup>4</sup>. L'application de l'exception à l'article 1326 du Code civil aux engagements civils des commerçants est controversée<sup>5</sup>.

Un acte authentique nul répondant aux prescrits de l'article 1318 du Code civil ne doit pas répondre aux conditions de l'article 1326 du Code civil.

Les lettres missives, qui sont assimilées à des actes sous seing privé, tombent au contraire sous le champ de l'application de l'article 1326 du Code civil. L'obstacle pratique expliquant qu'elles échappent à l'article 1325 du Code civil, n'existe pas pour ce qui concerne la formalité du «bon pour».

### D. Formalités exigées par la loi

- 3.33 La loi prévoit deux formalités alternatives.

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 215.

2. Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 976.

3. Cass., 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1267.

4. Les commerçants doivent être entendus au sens de l'article 2 du Code de commerce.

5. D. MOUGENEOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 217.

Soit le débiteur dresse en entier l'acte de sa main, auquel cas aucune formalité supplémentaire n'est requise.

Soit si le texte n'a pas entièrement été écrit à la main par le débiteur, il doit indiquer la mention «bon pour» ou «approuvé» en plus de la signature suivie de la mention en toutes lettres de la somme ou la quantité de choses.

Les mentions «bon pour» ou «approuvé» seront habituellement écrites dans le voisinage de la signature. Cependant, leur place n'a en principe aucune incidence<sup>1</sup>.

Des formules équipollentes aux termes «bon pour» ou «approuvé» sont admises pour autant que l'engagement soit approuvé et que la somme ou quantité soit écrite en toutes lettres<sup>2</sup>.

### E. Sanctions en cas de non-respect

- 3.34 La violation de l'article 1326 du Code civil entraîne la nullité relative de l'acte. Cette sanction est identique à la sanction de l'article 1325 du Code civil, et il convient de se reporter aux commentaires consacrés à ce sujet.
- 3.35 Si la somme indiquée dans le corps de l'acte même diffère de celle qui est indiquée à la suite de la mention «bon pour», l'obligation est présumée avoir été conclue pour la somme la plus basse, à moins qu'il ne puisse être prouvé où se trouve l'erreur. Cette règle, édictée par l'article 1327 du Code civil, contient une présomption *uris tantum* qui peut être renversée notamment par témoignages ou présomptions.

## § 4. Force probante

### I. FORCE PROBANTE ENTRE PARTIES

#### A. En ce qui concerne l'origine de l'acte (l'écriture et la signature)

- 3.36 L'article 1322 du Code civil dispose que «l'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu a, entre ceux qui l'ont souscrit ou entre leurs héritiers ou ayants cause, la même foi qu'un acte authentique».

La personne contre qui l'acte sous seing privé est invoqué, est obligée d'avouer ou de désavouer son écriture ou sa signature de manière formelle. Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 1323, al. 1, du Code civil).

Dans l'hypothèse d'un désaveu par la partie à l'acte à qui on l'oppose ou d'une déclaration négative par ses ayants cause, celui qui se prévaut de l'acte, doit déclencher la procédure de vérification d'écriture prévue par les articles 883 à 894 du Code judiciaire. L'acte sera légalement tenu pour reconnu, si la procédure aboutit à la conclusion que l'acte émane bien de la partie à qui on l'oppose.

1. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n<sup>o</sup> 812.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 267.

La reconnaissance ou le jugement positif de vérification qui entraîne une présomption de reconnaissance, a pour effet de conférer à l'acte sous seing privé la même force probante que l'acte authentique en ce qui concerne la signature et l'écriture. L'acte sous seing privé ne pourra plus être attaqué que par une procédure en inscription de faux sur ces deux points.

La reconnaissance ne doit cependant pas avoir lieu de manière explicite. Ainsi, la reconnaissance peut être déduite de l'absence de protestation de la personne concernée quand l'acte lui est opposé.

La reconnaissance peut naturellement être aussi la conséquence d'une vérification d'écriture qui s'est soldée par un résultat positif (l'écriture et la signature ont été reconnues pour authentiques) ou d'une procédure en inscription de faux (civile ou pénale) qui s'est soldée par un échec.

### **B. En ce qui concerne la réalité des faits relatés dans l'acte**

- 3.37 La force probante des actes sous seing privé et authentiques est identique dans les conditions de l'article 1322 du Code civil, mais la preuve contraire de la réalité des mentions contenues dans l'acte sera administrée plus facilement dans le cas d'actes sous seing privé, en respectant les principes généraux de la preuve et notamment l'article 1341 du Code civil, alors que pour les actes authentiques, les mentions qui y sont contenues ne peuvent être contredites que par l'inscription de faux.

### **C. En ce qui concerne la sincérité des faits relatés dans l'acte**

- 3.38 La preuve contraire est possible selon les principes généraux de la preuve, et notamment l'article 1341 du Code civil, pour les deux types d'actes.

## **II. FORCE PROBANTE À L'ÉGARD DES TIERS**

### **A. Principe**

- 3.39 Un acte sous seing privé ne peut créer aucune obligation pour des tiers, mais l'existence de l'acte peut être opposée aux tiers.

L'acte sous seing privé aura la même force probante à l'égard des tiers qu'entre parties, sous réserve de certaines nuances. Les tiers ne sont en effet pas soumis à l'article 1341 du Code civil et la date de l'acte sous seing privé n'est certaine qu'aux conditions de l'article 1328 du Code civil.

### **B. L'article 1328 du Code civil**

#### **1. PRINCIPE**

- 3.40 En vertu de l'article 1328 du Code civil, les actes sous seing privé n'ont date certaine à l'égard des tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de ceux qui les ont souscrits ou du jour où leur substance est constatée par un acte authentique.

La date d'un acte sous seing privé n'est donc pas opposable aux tiers, sauf si l'une des garanties de l'article 1328 est respectée.

### 2. CHAMP D'APPLICATION

3.41 L'article 1328 du Code civil ne s'applique pas en matière commerciale en raison du principe de la preuve libre<sup>1</sup> ni aux documents qui ne sont pas des actes (comme les registres des marchands, les registres et papiers domestiques<sup>2</sup>) ni aux quittances<sup>3</sup>.

Il ne s'applique également pas lorsque les tiers bénéficient d'une protection renforcée en vertu de la loi<sup>4</sup>.

Les tiers ne peuvent pas se prévaloir du défaut de date certaine, lorsqu'ils ont reconnu de manière expresse ou tacite que cette date était exacte ou lorsqu'ils ont renoncé à se prévaloir de l'article 1328 du Code civil, cette disposition n'étant pas d'ordre public<sup>5</sup>.

### 3. TIERS POUVANT SE PRÉVALOIR DE L'ARTICLE 1328 DU CODE CIVIL

3.42 Les tiers pouvant se prévaloir de l'article 1328 du Code civil sont toutes les personnes qui n'ont pas figuré à l'acte, directement ou par représentation, et qui invoquent contre l'auteur de l'acte un droit propre qu'elles tiennent soit d'un des signataires soit de la loi, droit qui serait anéanti, altéré ou modifié si la date de l'acte devait être tenue pour certaine à leur égard<sup>6</sup>.

Il s'agit notamment des créanciers chirographaires qui invoquent un droit propre, du curateur à la faillite qui agit au nom de la masse, des héritiers exerçant un droit propre.

Ne sont pas considérés comme tiers, les curateurs de faillite agissant en tant que représentants du failli, les ayants cause universels, etc.

### 4. PROCÉDÉS PRÉVUS PAR L'ARTICLE 1328 DU CODE CIVIL POUR QUE L'ACTE AIT DATE CERTAINE

3.43 Pour avoir date certaine à l'égard des tiers :

- l'acte doit avoir été enregistré, la date certaine à l'égard des tiers étant la date de l'enregistrement ;
- une des parties à l'acte doit être décédée. La date du décès fera foi à l'égard des tiers ;
- tous les éléments substantiels de l'acte sous seing privé ont été relatés dans un acte authentique<sup>7</sup>. La date certaine sera celle de l'acte authentique.

---

1. Cass., 29 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 619.

2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 792.

3. Mons, 3 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 724.

4. Par exemple, la formalité de transcription d'une transmission immobilière. A défaut de transcription, la transmission leur est inopposable et l'article 1328 du Code civil est inutile.

5. Cass., 10 novembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 140.

6. P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 119.

7. Cass., 17 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1326.

## SECTION 4. AUTRES ÉCRITS

### § 1<sup>er</sup>. Les lettres missives

#### I. NOTION

- 4.1 Les lettres missives sont les messages écrits, adressés par une personne à une autre en vue de lui faire une communication<sup>1</sup>.

Elles sont admises par la doctrine et la jurisprudence comme étant un des modes de preuve littérale, nonobstant le silence du Code civil en la matière<sup>2</sup>. Elles sont généralement assimilées à un acte sous seing privé.

Cependant, la lettre missive ne peut être retenue comme preuve que si les dispositions légales en matière de droit pénal (art. 460 du Code pénal), droit constitutionnel (art. 22 de la Constitution relatif au secret des lettres) et de droit civil (notamment la propriété de la lettre et les droits d'auteur) sont respectées.

- 4.2 Nous examinerons uniquement, dans le cadre de la présente section, la problématique des lettres missives en tant que mode de preuve.

Il faut souligner que cette problématique ne se pose pas en droit commercial, la preuve y étant, en principe, librement administrée.

#### II. RÉGULARITÉ DE LA PRODUCTION DES LETTRES MISSIVES

- 4.3 La régularité de la production est soumise à deux critères fondamentaux :
- celui qui produit la lettre missive doit être entré en possession de celle-ci de manière licite;
  - le destinataire est le seul propriétaire de la lettre qui peut cependant avoir un caractère confidentiel.
- Ces principes doivent être analysés dans le cadre de deux hypothèses.

#### **A. Première hypothèse: la lettre est invoquée par son destinataire contre l'auteur de la lettre ou un tiers**

##### 1. PREMIÈRE CONDITION

- 4.4 L'entrée en possession doit être licite: la lettre doit avoir été reçue suite à une tradition des mains de l'auteur (ou de son représentant) ou par l'intermédiaire de la Poste<sup>3</sup>.

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 240.

2. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n<sup>os</sup> 846 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 273; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. II, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n<sup>o</sup> 1249; Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1986, 66, note FALLY.

3. Civ. Namur, 3 juin 1969, *Jur. Liège*, 1969-1970, p. 30; Bruxelles, 28 juin 1958, *J.T.*, 1958, p. 513.

Si la lettre a été obtenue suite à une infraction, une fraude, un dol, des violences, une erreur ou même par hasard, elle ne peut être produite<sup>1</sup>. La personne qui souhaite produire la lettre missive doit prouver le caractère régulier de son obtention si celui-ci est contesté.

### 2. SECONDE CONDITION

- 4.5 La lettre ne peut pas avoir de caractère confidentiel. Le juge apprécie le caractère confidentiel en fonction de l'objet de la communication, de la nature de la correspondance (par exemple des lettres de diffamation fondant le litige ne sont pas confidentielles), de la qualité des parties (la correspondance entre avocats est confidentielle sous réserve de quelques exceptions) et des usages professionnels<sup>2</sup>.

L'accord de l'auteur est un des éléments d'appréciation, mais n'est pas déterminant. Le juge peut estimer que la lettre n'est pas confidentielle, même à défaut d'accord de l'auteur.

Le juge écartera notamment toute lettre violant le secret professionnel, le secret d'affaires ou le secret commercial.

Si la lettre confidentielle est invoquée contre un tiers, l'auteur peut s'opposer à sa production, mais certaines correspondances sont confidentielles en soi.

### **B. Deuxième hypothèse: la lettre est invoquée par un tiers contre son destinataire ou contre son auteur**

#### 1. PREMIÈRE CONDITION

- 4.6 La régularité de la possession pose dans ce cas souvent problème.

Certaines décisions avancent que l'irrégularité de la détention par le tiers doit être présumée<sup>3</sup>.

D'aucuns, dont nous partageons le point de vue, estiment qu'en vertu des règles de charge de la preuve, la partie qui souhaite faire écarter la correspondance des débats, doit prouver l'irrégularité de la possession.

Des procédés frauduleux, répréhensibles ou déloyaux suffisent pour faire écarter la correspondance produite par le tiers, sans qu'une infraction pénale ne soit nécessaire<sup>4</sup>.

#### 2. SECONDE CONDITION

- 4.7 Chacun des correspondants peut invoquer la confidentialité afin d'empêcher le tiers de produire la lettre. Cependant, seul le juge peut apprécier le caractère confidentiel<sup>5</sup>, et il faut remarquer que lorsque la lettre contient un engagement

---

1. Cass., 19 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 85.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 291.

3. Civ. Nivelles, 13 mai 1965, *R.D.S.*, 1965, p. 256; Bruxelles, 28 juin 1958, *J.T.*, 1958, p. 513; voir en ce sens également les conclusions de l'avocat général PHOLIEN précédant Cass., 27 février 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 125.

4. Civ. Namur, 3 juin 1969, *Jur. Liège*, 1969-1970, 30; P. VAN OMMESLAGHE, «Examens de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 724; Mons, 25 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 342-349; Cass., 27 février 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 123.

5. Cass., 11 mars 1960, *J.T.*, 1961, p. 60.



en faveur du tiers, la jurisprudence est très large dans l'acceptation de la production par celui-ci<sup>1</sup>, même en l'absence d'accord de l'auteur et/ou du destinataire.

### C. Troisième hypothèse: la lettre est invoquée par son auteur contre son destinataire ou contre un tiers

- 4.8 L'auteur peut être tenu de prouver l'envoi et la réception de la lettre ainsi que sa pertinence.

#### 1. L'AUTEUR DOIT PROUVER L'ENVOI ET LA RÉCEPTION DE LA LETTRE

- 4.9 La solution pratique est l'envoi par recommandé à la Poste. Il s'agit d'une question de fait qui peut être prouvée par toutes voies de droit.

#### 2. L'AUTEUR DOIT PROUVER LE CONTENU DE LA LETTRE

- 4.10 Il s'agit à nouveau d'une question de fait, dont la preuve pourra être rapportée par la production d'une copie.

Si la partie à laquelle la lettre est opposée, avance l'obscurité de celle-ci, le juge devra vérifier si elle est pertinente pour le litige et pourra l'écarter (voir ci-dessous).

### III. CONDITIONS DE LA FORCE PROBANTE DES LETTRES MISSIVES

- 4.11 La lettre missive est assimilée aux actes sous seing privé, si elle répond aux deux conditions de ceux-ci: l'écriture et la signature<sup>2</sup>.

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent néanmoins que l'article 1325 du Code civil ne peut être appliqué aux lettres missives contenant des contrats synallagmatiques, pour des raisons pratiques évidentes<sup>3</sup>.

Les lettres missives comprenant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou une quantité de choses fongibles doivent par contre respecter les conditions de l'article 1326 du Code civil. A défaut, elles vaudront comme commencement de preuve par écrit.

Elles sont également soumises à l'article 1328 du Code civil sauf en matière commerciale.

1. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 292.

2. Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. belge*, 1980, p. 266; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 847; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 723; Civ. Bruxelles, 28 juin 1989, *R.R.D.*, 1991, p. 137; Civ. Liège, 15 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1465.

3. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 847; J. FALLY, «Les lettres missives», note sous Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1978, 76; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», n° 181.

#### IV. FORCE PROBANTE DES LETTRES MISSIVES

- 4.12 Si la correspondance est invoquée par son auteur ou son destinataire et si elle est suffisamment claire, elle fera foi sur la base de l'article 1322 du Code civil ou sur la base de la force probante attachée à l'aveu.

Si la lettre n'est pas suffisamment claire ou pertinente, elle ne peut être assimilée à un acte sous seing privé. Elle sera écartée si elle est sans incidence sur le litige, et vaudra commencement de preuve par écrit si elle est utile, sans résoudre entièrement la question.

Si la lettre est invoquée par un tiers contre l'auteur de la lettre, elle ne peut être assimilée à un acte sous seing privé, le tiers n'étant pas le destinataire de la lettre. Elle peut alors valoir comme aveu extrajudiciaire<sup>1</sup>.

#### § 2. *Les livres de commerce*

##### I. NOTION

- 4.13 La comptabilité commerciale est soumise aux articles 1329 et 1330 du Code civil, aux articles 20 à 24 du Code de commerce et aux diverses dispositions légales et réglementaires relatives aux comptes annuels (notamment le Code des sociétés et son arrêté d'exécution).

##### II. CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ

- 4.14 La comptabilité des commerçants, si elle est régulièrement tenue, peut faire preuve entre commerçants pour faits de commerce (art. 20 du Code de commerce). Les livres qui ne sont pas tenus régulièrement, peuvent valoir comme présomptions.

Il faut souligner que le juge conserve un pouvoir discrétionnaire d'appréciation en ce qui concerne l'admissibilité de ce mode de preuve et sa force probante<sup>2</sup>.

Il faut distinguer la comptabilité du défendeur et du celle demandeur.

##### A. **Comptabilité du défendeur**

- 4.15 La comptabilité commerciale fait foi contre le commerçant et vaut aveu extrajudiciaire sans pouvoir être divisé par celui qui s'en prévaut<sup>3</sup> (art. 1330 C. civ.).

---

1. H. DE PAGE, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», n° 848.  
2. Cass., 20 octobre 1887, *Pas.*, 1887, I, p. 370; D. MOUGENEOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», n° 207.  
3. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1976, t. III, 2° éd., n° 70; Liège, 7 novembre 2002, *R.D.C.*, 2003, p. 769.

**B. Comptabilité du demandeur**

- 4.16 Il faut distinguer si le défendeur est un commerçant ou un non-commerçant.
- a. Si le défendeur est commerçant*
- 4.17 Le demandeur peut invoquer ses livres, si l'engagement litigieux est commercial dans le chef du défendeur et si ses livres sont régulièrement tenus.
- b. Si le défendeur est non-commerçant*
- 4.18 Conformément à l'article 1329 du Code civil, le commerçant ne peut produire ses livres comme preuve contre un non-commerçant<sup>1</sup>. Cet article n'étant pas d'ordre public, la production des livres est possible, si le défendeur ne s'y oppose pas.
- Cet article prévoit cependant une exception pour les fournitures faites au défendeur (c'est-à-dire lorsque l'obligation contestée concerne le paiement de marchandises livrées). Dans ce cas, les livres peuvent constituer un commencement de preuve par écrit permettant de déférer le serment supplétoire<sup>2</sup>.

**III. FORCE PROBANTE DES LIVRES DE COMMERCE**

- 4.19 La force probante des livres de commerce n'est jamais absolue, sauf lorsque le demandeur a accepté de donner foi aux livres du défendeur ou lorsque le juge a admis la preuve par comptabilité, auquel cas il ne peut plus en méconnaître l'existence<sup>3</sup>.

**IV. PRODUCTION EN JUSTICE DES LIVRES DE COMMERCE**

- 4.20 La production en justice de la comptabilité ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement qui ordonne :
- soit la représentation<sup>4</sup>, c'est-à-dire la production de la partie de la comptabilité qui intéresse le litige. Le juge détermine les parties pertinentes pour le différend;
  - soit la communication<sup>5</sup>, à savoir la production de toute la comptabilité.
- Le refus de production constitue un commencement de preuve prévu par l'article 1367 du Code civil et permet au juge de déférer le serment supplétoire.

1. Cass., 13 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 263.

2. Cass., 10 octobre 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 321.

3. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n<sup>o</sup> 70.

4. Art. 22 C. comm.

5. Art. 21 C. comm.

§ 3. *Les registres et papiers domestiques*

I. NOTION

- 4.21 Il s'agit de toutes les écritures réalisées par un non-commerçant: livres de comptes, cahiers, agendas, carnets divers, tenus régulièrement ou pas.

II. FORCE PROBANTE

- 4.22 L'article 1331 du Code civil dispose que «les registres et papiers domestiques ne font point titre pour celui qui les a écrits». Ils ne peuvent jamais être invoqués par leur auteur, mais peuvent être utilisés comme présomption<sup>1</sup> ou comme commencement de preuve par écrit si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies.

Cependant, en vertu de l'article 1331 du Code civil, s'ils énoncent formellement un paiement reçu ou s'ils mentionnent expressément que la note fut faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation, ils font foi contre leur auteur.

En cas de décès de l'auteur des registres et papiers domestiques, ils peuvent être invoqués par les héritiers pour établir un droit propre<sup>2</sup>.

§ 4. *Les écritures sur titres*

- 4.23 En vertu de l'article 1332 du Code civil, les écritures manuscrites portées par un créancier sur le titre, même non datées ou non signées, font foi contre le créancier lorsque:

- il a mentionné un paiement partiel ou total sur le titre qui est en sa possession;
- il a mentionné un paiement partiel ou total sur le double du titre (c'est-à-dire sur un second original) ou sur une quittance antérieure partielle qui est en la possession du débiteur.

Même si la question est controversée, il nous semble néanmoins que le créancier pourrait apporter la preuve contraire par toutes voies de droit<sup>3</sup>.

---

1. G. GOBEAUX et P. BIHR, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 1979, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, v<sup>o</sup> *Preuve* (mise à jour 1989), n<sup>o</sup> 1013.

2. Cass., 20 mars 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 644; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 726.

3. Voir à cet égard N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 303.

§ 5. *Les tailles*

- 4.24 Il s'agit de coches réalisées sur des morceaux de bois (art. 1333 du Code civil). Ce mode de preuve est tombé en désuétude<sup>1</sup>.

§ 6. *La facture*

## I. DÉFINITION

- 4.25 La facture est la confirmation écrite de l'existence d'une dette en argent qui découle d'un contrat de livraison de biens ou de prestation de services, que le créancier commerçant doit, en vertu de la loi ou des usages, délivrer à son cocontractant<sup>2</sup>. Elle contient le nom du client, l'affirmation de sa dette, le prix et l'espèce des marchandises ou des services. Elle est destinée à inviter le client à payer<sup>3</sup>. Elle contient souvent les conditions générales du créancier et ne doit pas être datée pour servir de preuve.

## II. CONDITIONS DE LA FORCE PROBANTE DE LA FACTURE

- 4.26 L'article 25, alinéa 2, du Code de commerce dispose que les achats et ventes peuvent se prouver par une facture acceptée par le client, sans préjudice des autres modes de preuve admis en matière commerciale.

**A. Acceptation de la facture**

- 4.27 Il peut s'agir d'une acceptation expresse ou tacite. Cette dernière sera appréciée par le juge du fond et résulte généralement de l'absence de contestation du client<sup>4</sup>. Le silence du client consiste en une présomption d'acceptation qui peut être renversée<sup>5</sup>.

**B. La facture ne fait preuve qu'entre commerçants**

- 4.28 La preuve par facture acceptée ne vise que les ventes entre commerçants<sup>6</sup>.

1. P. VAN OMMESLAGHE, «De la preuve des obligations et de celle de leur paiement, Livre III – Titre II – Chapitre V», *J.T.*, Bicentenaire du Code civil 1808 – 2004, 18 mars 2004, p. 2.

2. E. DIRIX et G.L. BALLON, *Factuur*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 2.

3. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. II, 2<sup>e</sup> éd., 1957, p. 252.

4. Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 834; E. DIRIX et G.L. BALLON, *Factuur*, Bruxelles, Kluwer, 1996, n° 199; Comm. Bruxelles, 10 mai 1993, *DAOR*, 1994, p. 101.

5. Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 834; X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 104; E. DIRIX et G.L. BALLON, *Factuur*, Bruxelles, Kluwer, 1996, n° 203.

6. Civ. Malines, 20 décembre 1994, *Pas.*, 1994, III, p. 152; X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 103.

L'acceptation de la facture fait preuve du contrat de vente et de ses conditions essentielles, à savoir son objet et son prix mentionnés dans la facture<sup>1</sup>.

Elle a une force probante absolue dans la mesure où la preuve contraire n'est pas acceptée<sup>2</sup>.

La question de savoir si la facture acceptée fait également preuve des conditions générales est controversée. La jurisprudence majoritaire admet que l'acceptation tacite de la facture emporte l'acceptation des conditions générales qui y figurent<sup>3</sup> (voir également les développements consacrés au silence en matière commerciale).

### C. Aucune force probante à l'égard des non-commerçants

- 4.29 Si la facture est opposée à un non-commerçant, le droit commun de la preuve s'applique.

La facture pourra dès lors valoir présomption<sup>4</sup>.

### D. Force probante à l'égard des vendeurs

- 4.30 Si la facture est invoquée contre le vendeur, elle vaut aveu extrajudiciaire ou présomption, voire acte sous seing privé si elle est signée<sup>5</sup>.

### E. Il doit s'agir de ventes commerciales

- 4.31 La règle de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce ne vaut que pour les ventes commerciales. Pour d'autres opérations commerciales, la facture peut être retenue au titre de présomption<sup>6</sup>.

## III. LA FACTURE ÉLECTRONIQUE

- 4.32 De plus en plus d'entreprises mettent en place un système électronique de facturation, afin de rationaliser leur facturation et de diminuer leurs coûts.

La directive du 20 décembre 2001<sup>7</sup> relative à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée a mis fin à l'insécurité juridique qui existait en la matière. Le but poursuivi par cette directive est l'uniformisation de la présentation des factures émises sur le territoire de l'Union européenne.

---

1. Cass., 29 janvier 1996, *Larcier Cass.*, 1996, p. 237; X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 103.  
2. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n° 63, P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 726.  
3. Anvers, 17 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, 957; K. TROCH, «Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)», *DAOR*, 2001, p. 102; Bruxelles, 25 février 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 563.  
4. G.L. BALLON et E. DIRIX, *Factuur*, Bruxelles, Kluwer, 1996, p. 135.  
5. A. CLOQUET, *La facture*, Bruxelles, Larcier, 1959, n° 415.  
6. Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 440; Cass., 29 janvier 1996, *Larcier Cass.*, 1996, p. 37.  
7. Directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/338/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée, *J.O.C.E.*, n° L 15 du 17 janvier 2002, p. 24.

La directive ne définit pas la facture électronique en tant que telle, mais la transmission et le stockage de celle-ci.

La directive européenne a posé le principe de la validité de la facturation électronique au même titre que la facture papier, dès lors que le destinataire de celle-ci a accepté de recevoir des factures sous cette forme.

En outre, elle précise que l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des factures électroniques doivent être garanties pendant toute leur durée de conservation.

Cette double condition a été précisée par la directive, elle suppose, au choix :

- soit le recours à une signature électronique «avancée», les Etats membres pouvant imposer que la signature soit basée sur un certificat qualifié et qu'elle soit créée par un dispositif sécurisé de signature,
- soit l'utilisation de la technique de l'Echange de Données Informatisées (EDI), tel que défini à l'article 2 de la recommandation 1994/820/CE du 19 octobre 1994 de la Commission européenne<sup>1</sup>.

Les factures électroniques doivent pouvoir également être obtenues dans un format lisible et dans des délais raisonnables.

- 4.33 La directive précise également que les Etats membres ne peuvent imposer aucune autre obligation ou formalité relative à l'utilisation d'un système de transmission de factures de manière électronique. Ils peuvent néanmoins, jusqu'au 31 décembre 2005, prévoir que l'utilisation du système de factures électroniques fait l'objet d'une notification préalable.

La directive fut transposée en droit belge par la loi du 28 janvier 2004 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée.

La loi du 28 janvier 2004 a modifié l'article 60, § 3, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée. Ce dernier dispose que :

*«Toutes les factures délivrées par les assujettis, soit par eux-mêmes, soit en leur nom et pour leur compte par leur cocontractant ou par un tiers, ainsi que toutes les factures qu'ils ont reçues, doivent être conservées sur le territoire belge. (...)*

*L'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des factures, ainsi que leur lisibilité, doivent être garanties durant toute la période de conservation.*

*Les factures doivent être conservées sous la forme originale, papier ou électronique, sous laquelle elles ont été reçues. Pour les factures qui sont conservées par voie électronique, les données garantissant l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu de chaque facture doivent également être conservées.*

*On entend par conservation d'une facture par voie électronique, une conservation effectuée au moyen d'équipements électroniques de conservation de données, y compris la compression numérique».*

La loi pose l'obligation de garantie de conservation des factures électroniques pendant une durée de 10 ans. De la même manière, outre la facture elle-même, les données qui garantissent l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu doivent également être conservées.

1. D. GOBERT, «La directive du 20 décembre 2001: vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique», *Cahiers du C.R.I.D.* n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 18.

En ce qui concerne le lieu de stockage des factures électroniques, la loi belge prévoit que les factures qui sont conservées par voie électronique garantissant en Belgique un accès complet et en ligne aux données concernées, peuvent toutefois être conservées dans un autre Etat membre de l'Union, pour autant que l'administration fiscale en soit informée au préalable et que ces factures puissent être accessibles par voie électronique (téléchargement).



# Chapitre 3

## La preuve testimoniale

par FABRICE MOURLON BEERNAERT<sup>1</sup>

### Plan

- Section 1<sup>re</sup>. Notions
- Section 2. Forme
- Section 3. Objet et admissibilité
- Section 4. Force probante

## SECTION 1<sup>re</sup>. NOTIONS<sup>2</sup>

- 1.1 La loi ne définit pas le «témoignage». Celui-ci est généralement défini en droit belge comme une déclaration d'un tiers officiellement recueillie par voie d'enquête, pour éclairer le juge sur les faits litigieux.

D'une manière plus générale, il s'agit d'une déclaration tendant de la part de son auteur à communiquer à autrui la connaissance personnelle qu'il a d'un événement passé dont il affirme ou atteste la véracité. Il faut cependant noter que comme l'a rappelé la Cour de cassation par un arrêt du 25 février 1980<sup>3</sup>, rien n'interdit en droit belge le «oui-dire», en sorte qu'un tiers «témoin» peut rapporter ce qu'il a appris, sur le fait à établir, d'une autre personne déterminée qui, elle, en a eu personnellement connaissance<sup>4</sup>. Du reste, l'on distingue traditionnellement en droit belge le «témoignage direct» qui porte sur ce que le témoin a personnellement vu ou entendu, du «témoignage indirect» qui porte sur ce que le témoin a entendu dire.

1. Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à l'Université libre de Bruxelles.

2. Cons. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2002, 3<sup>e</sup> éd., p. 870, v<sup>o</sup> *Témoignage*.

3. *Pas.*, 1980, I, p. 768.

4. Comp. D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3<sup>e</sup> éd., p. 272 et la note 4; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 852; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 397.

## SECTION 2. FORME

- 2.1 Le «témoignage», au sens du droit belge, ne s'entend que des déclarations d'une personne qui sont recueillies en justice dans le cadre d'une «enquête» telle que l'organise le Code judiciaire (art. 915 à 961). Ce mode de preuve doit donc être clairement distingué d'une attestation ou d'un constat ou d'un *affidavit* ou de toute autre forme de déclaration écrite faits par une personne hors le cadre strict de l'enquête. Ces déclarations ne sont pas dénuées de force probante en tant que telle mais elles ne sont reçues qu'au titre d'une *présomption* (de l'homme) dont la valeur sera appréciée librement par le juge du fond<sup>1</sup>.
- 2.2 Les principales caractéristiques de cette procédure judiciaire peuvent être résumées comme suit<sup>2</sup>:
- l'enquête est ordonnée par le juge;
  - elle peut être sollicitée par une partie ou ordonnée d'office par le juge;
  - les parties sont présentes ou convoquées;
  - les questions sont posées par le juge à la demande d'une partie ou d'office;
  - les témoins doivent prêter serment avant leur audition, dans les termes suivants: « *Je jure en honneur et conscience de dire toute la vérité, rien que la vérité* »;
  - certaines personnes ne peuvent être entendues comme témoins: les descendants dans les causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés, les mineurs de moins de 15 ans et les condamnés en vertu de l'article 31, 4<sup>o</sup>, du Code pénal;
  - conformément à l'article 931, alinéas 3 à 7, du Code judiciaire (introduits par la loi du 30 juin 1994), le mineur capable de discernement peut être entendu à sa demande ou sur décision du juge;
  - le juge peut ordonner des confrontations (ou de nouvelles auditions)<sup>3</sup>;
  - l'enquête est consignée par écrit.
- L'on notera que le juge d'appel peut ordonner une nouvelle enquête aux fins de prouver un fait au sujet duquel, par jugement d'avant dire droit, le premier juge avait déjà ordonné une enquête, bien que la partie qui a demandé la mesure d'instruction ait seulement interjeté appel du jugement définitif et non du jugement d'avant dire droit, et bien que cette même partie ait renoncé à l'audition de certains témoins au cours de l'enquête ordonnée par le premier juge<sup>4</sup>.
- 2.3 Par ailleurs, l'article 584, alinéa 4, 4<sup>o</sup>, du Code judiciaire prévoit que le juge des référés peut ordonner l'audition de témoins lorsqu'une partie justifie d'un intérêt apparent s'il est constant que tout retard doit faire craindre que le

---

1. Le lecteur voudra bien se reporter au chapitre consacré aux *présomptions*.

2. Pour une analyse détaillée des différentes dispositions applicables, cons. L. VERHAEGEN, *Commentaar Gerechtelijk Wetboek*, feuil. mob., sous articles 915 et suivants du Code judiciaire et P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen*, A.P.R., Gent, Story-Scientia, 2000. Sur la procédure de «*getuigenverhoor*», cons. également B. MAES, *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht*, Bruges, Die Keure, 1996, pp. 187 et s.

3. Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 289.

4. Cass., 25 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 117.

témoignage ne puisse être recueilli ultérieurement<sup>1</sup>. Il en est ainsi par exemple lorsque le témoin est très âgé ou fort malade ou va quitter le pays.

Bien que cette question soit controversée, il nous semble que, même sommairement comme usuellement en matière de référé, le juge devra apprécier si le fait à prouver est pertinent et précis<sup>2</sup>.

- 2.4 Il faut encore signaler les «actes de notoriété» qui sont généralement considérés comme une variante, imparfaite, du témoignage. Les juges de paix et les notaires sont compétents pour dresser de tels actes par lesquels plusieurs personnes attestent d'un fait précis dont ils ont personnellement connaissance; ces personnes ne prêtent cependant pas le serment de témoin. On les rencontre en matière de succession et dans d'autres matières relevant du statut personnel, notamment pour suppléer à un acte de naissance perdu ou inexistant. A défaut d'autres règles, ils sont dressés conformément à l'usage. La preuve contraire se fait par toutes voies de droit<sup>3</sup>.
- 2.5 Enfin, la «commune renommée» constitue également une forme de témoignage. Il s'agit d'une sorte de témoignage indirect portant sur une opinion répandue dans le public. Il se fait dans les formes d'une enquête ordinaire<sup>4</sup>, mais n'est admis que dans des cas exceptionnels lorsque la loi le prévoit<sup>5</sup>.

## SECTION 3. OBJET ET ADMISSIBILITÉ

- 3.1 La preuve testimoniale a pour objet premier des *faits* matériels ou juridiques. Cependant, ce mode de preuve est également admis pour des *actes* juridiques (i) en principe lorsqu'ils portent sur moins de 375 EUR, (ii) lorsqu'au-delà de ce montant, il existe un commencement de preuve par écrit, (iii) en cas d'impossibilité (légale) de rédiger un écrit et (iv) si l'écrit a été perdu par force majeure. Nous renvoyons ici à l'examen des articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil.
- En outre, la preuve testimoniale est en principe admise en matière commerciale, en vertu de l'article 25 du Code de commerce. Nous renvoyons à ce sujet à l'examen de cette disposition.
- Enfin, lorsqu'une action en justice devant le juge civil est fondée sur une infraction à la loi pénale, ce sont les règles de la preuve en matière répressive

1. P. MARCHAL, *Les référés*, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 96.

2. Cons. D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3<sup>e</sup> éd., p. 277 et les notes 3 et 4.

3. D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3<sup>e</sup> éd., pp. 279-280; G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), n° 1164.

4. Voir ci-après.

5. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), n° 1195 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 946.

qui sont applicables. En cette matière, la preuve du fait litigieux peut être établie par toutes voies de droit<sup>1</sup>.

- 3.2 Les faits à prouver doivent être pertinents, précis et permettre la preuve contraire.

Seuls peuvent faire l'objet d'un témoignage les faits utiles à la solution du litige. Le juge rejette donc la demande de prouver des faits qui ne sont pas susceptibles d'exercer une influence sur sa décision<sup>2</sup>.

Le juge peut ainsi refuser d'ordonner une enquête lorsqu'il s'estime suffisamment éclairé par les faits de la cause ou parce que les faits allégués sont contredits par les éléments de la cause déjà en sa possession<sup>3</sup> ou lorsqu'il estime que le contraire des faits dont la preuve est offerte est déjà établi par des présomptions<sup>4</sup>.

Mais il ne peut déclarer, sans autre motivation, un fait non établi alors qu'une partie offrirait d'en rapporter la preuve par témoins. De même, le juge ne peut écarter ce mode de preuve en déclarant non pertinent un fait qui, à le supposer établi, aurait pour conséquence de rendre la demande fondée aux termes de la loi<sup>5</sup>.

Par ailleurs, le principe de la contradiction des débats est à la base de l'article 921 du Code judiciaire qui prévoit que: «*La preuve contraire est de droit même dans le cas où l'enquête est ordonnée d'office*». Ceci suppose que les faits offerts à preuve soient suffisamment précis pour qu'en pratique, la partie adverse puisse rapporter la preuve contraire<sup>6</sup>. Cette enquête «contraire» se fait comme pour l'enquête elle-même sous l'appréciation souveraine du juge du fond.

En résumé, lorsque la loi n'interdit pas ce mode de preuve, le juge décide souverainement en fait si la preuve par témoin peut être apportée utilement, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit des parties d'apporter pareille preuve<sup>7</sup>.

- 3.3 Le juge ne peut rejeter une demande d'enquête pour le seul motif qu'elle est formée longtemps après les faits. Cependant, le juge peut écarter pareille demande en raison de sa tardiveté notamment parce que, à son appréciation, les témoins ne pourraient plus déposer avec toute la clarté et la précision requises et parce que la preuve contraire sera rendue beaucoup plus difficile voire impossible<sup>8</sup>.

1. Cass., 2 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 14, p. 587; Cass., 14 décembre 2001, R.G. C.98.0469.F et les conclusions de M. le Procureur général J. DU JARDIN.

2. P. ex. Cass., 17 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 190; P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen*, A.P.R., Gent, Story-Scientia, 2000, n° 28.

3. P. ex. Cass., 4 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 321; Cass. 20 juin 1997, *Pas.*, I, 1997, I, p. 715; Cass., 16 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 808.

4. Cass., 18 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 120; Cass., 18 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1075.

5. P. ex. Cass., 13 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, 1396; Cass., 16 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158.

6. Cass., 20 janvier 2003, *J.T.T.*, 2003, liv. 860, p. 265.

7. Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 468.

8. D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3<sup>e</sup> éd., p. 277; G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v<sup>o</sup> *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), n° 1190.

Le juge peut également rejeter une demande d'enquête en raison de l'inaction fautive du demandeur<sup>1</sup>.

## SECTION 4. FORCE PROBANTE

- 4.1 En cette matière, le juge dispose de larges pouvoirs. Il peut ordonner une enquête ou non, le faire d'office ou à la demande d'une partie, apprécier l'étendue et l'objet de l'enquête, de même que la pertinence des faits dont la preuve est offerte; il peut également poser aux témoins toutes questions qu'il estime utiles.

En outre, le juge du fond apprécie de manière souveraine la valeur probante des témoignages recueillis<sup>2</sup>. Le juge ne peut évidemment pas violer la foi due aux déclarations d'un témoin<sup>3</sup>.

Le juge peut à cet effet tenir compte d'un seul témoignage<sup>4</sup>. Il peut en préférer un à d'autres, si le premier lui paraît plus fiable ou crédible. Il peut même ne retenir qu'une partie d'un témoignage, l'indivisibilité n'existant pas ici.

- 4.2 Un arrêt du 13 novembre 2003 de la Cour de cassation<sup>5</sup> souligne que les vices qui entraînent la nullité des dépositions sont limitativement énoncés à l'article 961 du Code judiciaire. Il en résulte que même si l'enquête et l'enquête contraire sont irrégulières du fait qu'elles n'ont pas été tenues par les juges qui ont ordonné l'enquête ou par un juge qui aurait été désigné dans le jugement, les dépositions elles-mêmes ne sont pas nulles de ce fait, et contrairement à ce qu'avance le moyen, elles peuvent entrer en ligne de compte à titre de preuve.

1. Cass., 12 février 1999, *Arr. Cass.*, 1999, I, 191; cons. également Cass., 10 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 25; Cass., 24 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 581 et la note se référant à A. FETTWEIS, *Droit judiciaire privé*, 1976, t. I<sup>er</sup>, n° 254 (et la note 5) et comp. A. GARSONNET et CEZAR-BRU, t. III, n° 715, p. 439 (et la note 2).

2. Cass., 9 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 33; Cass., 1<sup>er</sup> février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643.

3. P. ex. Cass., 11 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 452.

4. L'adage *testis unus testis nullus* est sans valeur en droit positif.

5. Cass., 13 novembre 2003 (non encore publié – [www.cass.be](http://www.cass.be)).



# Chapitre 4

## La preuve par présomption

par FABRICE MOURLON BEERNAERT<sup>1</sup> et AUDE GAUDY<sup>2</sup>

Plan
Section 1 <sup>re</sup> . Notion
Section 2. Espèces
§ 1 <sup>er</sup> . Présomptions légales
§ 2. Présomptions de fait ou de l'homme
Section 3. Objet et conditions d'admissibilité
Section 4. Force probante
Section 5. Les moyens modernes de communication, Internet et autres outils modernes
§ 1 <sup>er</sup> . Enregistrements et copies
§ 2. Téléphone
§ 3. Moyens électroniques de paiement
§ 4. Internet et les problèmes de preuve
I. Introduction
II. Les messages électroniques – Principe et force probante
III. Le commerce électronique
IV. Les modes de paiement sur Internet

### SECTION 1<sup>re</sup>. NOTION

- 1.1 Aux termes de l'article 1349 du Code civil, les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.
- Ce mode de preuve suppose donc un raisonnement de nature inductive, dans lequel l'interprète part d'un fait connu pour déduire l'existence d'un fait inconnu. Ce raisonnement est l'œuvre du magistrat ou du législateur lui-même.

1. Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à l'Université libre de Bruxelles.

2. Avocat au Barreau de Bruxelles.

## SECTION 2. ESPÈCES

§ 1<sup>er</sup>. Présomptions légales<sup>1</sup>

- 2.1 Les présomptions légales ne sont traditionnellement pas considérées comme un mode de preuve. En réalité, elles règlent la charge de la preuve. Les présomptions légales peuvent être soit (i) irréfragables (*iuris et de iure*), en sorte qu'elles n'admettent pas la preuve contraire<sup>2</sup>, soit (ii) non irréfragables (*iuris tantum*), lesquelles mettent le fardeau de la preuve sur telle personne tout en lui laissant la possibilité de le renverser<sup>3-4</sup>.
- 2.2 La plus remarquable des présomptions légales est l'*autorité de la chose jugée* (art. 1350, 3<sup>o</sup>, C. civ.). Encore une fois, il ne s'agit pas à proprement parler d'un mode de preuve. Il s'agit d'une question de procédure qui fait, du reste, l'objet des articles 23 à 28 du Code judiciaire<sup>5</sup>.
- 2.3 Il faut remarquer que l'on rencontre en pratique des présomptions auxquelles la jurisprudence reconnaît les effets des présomptions légales, alors que ces présomptions ne sont pas instituées par une loi. Nous pensons à la présomption de connaissance des vices, dans le chef du vendeur professionnel<sup>6</sup>. Il convient également de mentionner la présomption de solidarité en matière commerciale, qui constituerait un usage du commerce.
- 2.4 L'article 1352 du Code civil dispose que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Ceci étant, la partie qui se prévaut d'une telle présomption doit néanmoins démontrer les éléments qui fondent cette présomption.

1. Cons. également le chapitre général concernant les effets des présomptions légales sous le titre III « Charge de la preuve ».

2. Cons. cependant les chapitres relatifs à l'aveu et au serment.

3. Voir p. ex. art. 1384, al. 2 et 4, 1731 ou 2268 C. civ.

4. Il s'est produit que le renversement d'une présomption soit néanmoins soumis à des conditions spéciales.

5. D. MOUGENOT (*Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 283, n<sup>o</sup> 234) relève que : « *Ce n'est pas, néanmoins, un non-sens de placer la chose jugée dans la matière des preuves. On peut distinguer deux aspects dans la chose jugée. Sous son aspect négatif, il s'agit d'une exception qui tend à éviter le renouvellement d'un procès déjà jugé. Sous son aspect positif, l'autorité de la chose jugée est appelée à fonder la solution de procès ultérieurs et joue dès lors un rôle probatoire (voir à ce sujet, J. Van Compernelle, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », R.C.J.B., 1984, pp. 253 et s.)* ».

6. B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel », *Ann. Dr. Louvain*, 1988, p. 177.



## § 2. *Présomptions de fait ou de l'homme*

- 2.5 Les présomptions de l'homme sont des conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1349 C. civ.).

Le juge ne peut se fonder sur un fait incertain. Il ne peut par ailleurs retenir que des éléments qui conduisent à la certitude du fait recherché.

## SECTION 3. OBJET ET CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ

- 3.1 Les présomptions légales doivent être examinées de manière spécifique en fonction du régime qui les institue.

- 3.2 Il ne peut être recouru aux présomptions de l'homme (ou de fait) que pour les choses qui n'excèdent pas 375 EUR, sauf s'il existe un commencement de preuve par écrit, s'il y a une impossibilité de produire un écrit ou s'il y a eu perte de l'écrit ou encore en matière commerciale.

Aux termes de l'article 1353 du Code civil, ces présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du juge, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes.

L'appréciation du juge est souveraine à cet égard, et il lui appartient de mesurer la portée des éléments qui lui sont soumis, et d'en tirer les déductions que, selon lui, ils autorisent<sup>1</sup>.

Si conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, il lui appartient de vérifier si le juge du fond n'a point méconnu la notion légale de présomption de l'homme en déduisant des faits, constatés par lui, des conséquences qui ne seraient susceptibles sur leur fondement d'aucune justification<sup>2-3</sup>, il ne relève pas de la compétence de la Cour de cassation de se substituer au juge du fond pour rechercher et décider si les conséquences que ce dernier a déduites des faits souverainement constatés, constituent ou non des présomptions graves, précises et concordantes.

A cet égard, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation des éléments qui lui sont soumis par les parties. Il peut ainsi déduire d'un *ensemble* d'éléments la

1. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1974-1982) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 173, n° 250; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 403 et s. spéc. n° 973; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 285; G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), n° 1213.

2. P. ex. Cass., 20 octobre 2003, S.03.0033.F (non publié – www.cass.be); Cass., 22 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 460; Cass., 11 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 452; Cass., 10 mars 1994, *Arr. Cass.*, 1994, I, 237; Cass., 14 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 846.

3. Il faut souligner que, par un arrêt du 18 mai 1981 et sur les conclusions de M. le Procureur général DUMON (*Pas.*, 1981, I, p. 1076), la Cour de cassation a rejeté la thèse selon laquelle il devrait exister entre ces éléments un lien logique nécessaire.

preuve d'un fait, même si à ses yeux chacun de ces éléments, pris isolément, n'est pas suffisamment précis et pertinent<sup>1</sup>.

H. DE PAGE relève à ce propos que le nombre de présomptions, de même que leur concordance et leur gravité, constituera une garantie complémentaire<sup>2</sup>.

- 3.3 D. MOUGENOT<sup>3</sup> fournit un catalogue d'éléments qui ont été retenus à titre de présomption de l'homme. L'on peut notamment citer :
- une expertise nulle ou réalisée dans une autre procédure,
  - un bon de commande,
  - un rapport de détective privé,
  - une attestation,
  - un constat d'huissier de justice,
  - le refus de se soumettre à une expertise sanguine ou génétique sans raison valable.

## SECTION 4. FORCE PROBANTE

- 4.1 La force probante des présomptions légales résulte de la loi; pour rappel, l'article 1352 du Code civil dispose que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.
- 4.2 Les présomptions de l'homme n'ont pas de force probante légale. Comme mentionné ci-avant, l'appréciation du juge du fond est souveraine.

## SECTION 5. LES MOYENS MODERNES DE COMMUNICATION, INTERNET ET AUTRES OUTILS MODERNES

### § 1<sup>er</sup>. *Enregistrements et copies*

- 5.1 Les photographies et les films, quel qu'en soit le support, peuvent être retenus, sous le contrôle et l'appréciation du juge, à titre de présomptions de l'homme. Leur force probante est également appréciée souverainement par le juge du fond, étant entendu cependant qu'il ne pourrait violer la foi due à ces éléments

---

1. Cass., 10 mars 1994, *Arr. Cass.*, 1994, I, p. 237; Cass., 11 mars 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 895; Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1106; Cass., 28 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 565; Cass., 12 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 59.  
2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n° 929.  
3. D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3<sup>e</sup> éd., p. 286.

de preuve<sup>1</sup>. Le juge veillera évidemment à écarter tout élément frauduleux, cette matière étant propice aux trucages de toutes sortes.

- 5.2 Le son, la voix humaine, les images (y compris la copie de document « papier ») et des fichiers informatiques de toutes sortes peuvent être enregistrés sur disque, sur fil, sur ruban et plus fondamentalement, de manière digitale/numérique, sur différents types de support en évolution constante.

Ces enregistrements constituent, en droit commun et sans préjudice de dispositions légales ou contractuelles particulières, des présomptions. En revanche, à notre avis, ils ne constituent pas un commencement de preuve par écrit. Par ailleurs, l'enregistrement pourrait servir à prouver un aveu verbal<sup>2</sup>.

- 5.3 Nous nous permettons pour le surplus de renvoyer le lecteur (i) au chapitre concernant la preuve littérale, dans lequel la question des copies (de différentes sortes) a déjà été examinée et (ii) aux considérations générales émises à propos de la validité des enregistrements et du caractère *loyal* de la preuve<sup>3</sup>.

## § 2. Téléphone

- 5.4 Le téléphone constitue, à l'évidence, un des moyens de communication qui sont le vecteur de la conclusion de convention. Encore, s'agit-il seulement d'un médium qui, en soi, ne fait pas preuve. C'est l'enregistrement de la conversation qui pourrait servir de base à une présomption (voir ci-avant); cette pratique est couramment employée par les banques et autres établissements financiers, et les conséquences en ce qui concerne les effets du procédé font presque toujours l'objet d'une convention, en tout cas entre la banque et ses clients.

Deux nuances doivent être apportées:

- le fait même de la communication, c'est-à-dire le moment auquel elle a eu lieu, sa durée et le numéro des lignes entre lesquelles elle a eu lieu, pourrait être démontré sur la base des relevés que tiennent les opérateurs de téléphone;
- le téléphone n'est plus seulement le vecteur de « voix », mais également de « données »; ainsi, il sert depuis un certain déjà à la transmission de télécopies, mais en recourant à un appareil de télécopie dont la ligne téléphonique sert à transmettre les informations; plus récemment, le téléphone fixe ou mobile (*via* « le réseau » fixe ou par ondes, GSM ou GPRS) permet également la transmission de messages dits SMS ou d'images et même de différents types de fichiers (Word, Excel, etc.); il est bien entendu concevable de mettre au point des systèmes de confirmation des envois, dont

1. Cass., 29 janvier 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 626.

2. Cons. et comp. L. CORNELIS et L. SIMONT, « Bewijsrecht en technologische evolutie – Enkele overwegingen », in *Recht en technologie*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 150 et s.

3. Sous le titre I « Introduction – Généralités ».

les conséquences sont réglées soit par le droit commun (les présomptions) soit par des conventions spécifiques.

### § 3. *Moyens électroniques de paiement*

5.5 La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds garantit une plus grande protection pour les titulaires de tels instruments de paiement.

Elle prévoit notamment des règles particulières en matière de preuve et un partage de responsabilité entre l'émetteur de l'instrument de transfert électronique de fonds et le titulaire de cet instrument.

La loi définit les termes d'instrument de transfert électronique de fonds et d'instrument rechargeable.

L'instrument de transfert électronique de fonds est défini à l'article 2 de la loi comme «*tout moyen permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, une ou plusieurs des opérations suivantes* :

- a) *des transferts de fonds* ;
- b) *des retraits et dépôts d'argent liquide* ;
- c) *l'accès à distance à un compte* ;
- d) *le chargement et le déchargement d'un instrument rechargeable* ».

L'article 2 précise que l'instrument rechargeable est «*tout instrument de transfert électronique de fonds sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement*».

Sont donc visées par la loi les opérations effectuées à partir de points de vente (POS), distributeurs automatiques (ATM) et les *phone banking, internet banking, self banking et home banking*<sup>1</sup>.

Les instruments de transfert électronique sont notamment les cartes de crédit, cartes de débit, cartes à puces, systèmes de banque à domicile, par internet ou téléphone.

La loi donne également une définition de la «carte». Il s'agit de tout instrument de transfert électronique de fonds dont les fonctions sont supportées par une carte. Cette définition fut critiquée dans la mesure où elle contient le terme défini<sup>2</sup>.

5.6 La loi précise également que l'émetteur doit :

1° garantir le secret du numéro d'identification personnel ou de tout autre code d'identification du titulaire ;

2° supporter les risques de tout envoi au titulaire d'un instrument de transfert électronique de fonds, ou de tout moyen qui en permet l'utilisation ;

3° s'abstenir de fournir un instrument de transfert électronique de fonds non sollicité, sauf pour remplacer un tel instrument ;

---

1. SALAÛN A., « Une nouvelle pierre à l'édifice de protection des consommateurs : la loi sur les instruments de transfert électronique de fonds », *J.T.*, 2003, p. 206.

2. SALAÛN A., « Une nouvelle pierre à l'édifice de protection des consommateurs : la loi sur les instruments de transfert électronique de fonds », *J.T.*, 2003, p. 207.

4° conserver un relevé interne des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, pendant une période d'au moins cinq ans à compter de l'exécution des opérations;

5° empêcher toute nouvelle utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds dès la notification d'un vol ou d'une perte, d'une erreur, d'une opération effectuée sans son accord par le titulaire;

6° en cas de contestation d'une opération effectuée à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, apporter la preuve que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance, à condition que la contestation lui soit notifiée moins de trois mois après la communication au titulaire des informations relatives à cette opération.

5.7 Sans préjudice des obligations et responsabilités du titulaire, l'émetteur est responsable<sup>1</sup>:

1° de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, à partir de dispositifs, terminaux ou au moyen d'équipements agréés par l'émetteur, que ceux-ci soient placés sous son contrôle ou non;

2° des opérations effectuées sans autorisation du titulaire et de toute erreur ou irrégularité commise dans la gestion de son compte et imputable à l'émetteur;

3° en cas de contrefaçon de l'instrument de transfert électronique de fonds par un tiers, de l'usage de l'instrument contrefait.

Le titulaire a quant à lui l'obligation d'utiliser son instrument de transfert électronique de fonds conformément aux conditions qui en régissent l'émission et l'utilisation.

5.8 Il doit par ailleurs notifier à l'émetteur ou à l'entité indiquée par celui-ci, dès qu'il en a connaissance:

1° la perte ou le vol de l'instrument de transfert électronique de fonds ou des moyens qui en permettent l'utilisation;

2° l'imputation sur son relevé ou sur ses extraits de compte de toute opération effectuée sans son accord;

3° toute erreur ou irrégularité constatée sur les relevés ou les extraits de compte.

Le titulaire a l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables pour assurer la sécurité de l'instrument de transfert électronique de fonds, et des moyens qui en permettent l'utilisation.

La loi dispose également que le titulaire ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de transfert électronique de fonds, à l'exception des instructions relatives à des opérations dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée.

1. Le système n'est pas à l'abri de fraude, et le simple usage de la carte, même avec son code secret, ne permet pas d'imputer en tous les cas cet usage au client. Ainsi, on a rapporté récemment une fraude qui consistait pour une bande organisée à soustraire des cartes bancaires entre leur production et leur remise au client, et tout à la fois, par diverses complicités, à se procurer les codes secrets de ces cartes.

La presse s'est également fait l'écho de diverses fraudes consistant à copier les données propres à une carte bancaire et, par un système de surveillance par caméra, à se procurer le code secret lié à cette carte.

Sont interdites et nulles de plein droit les clauses par laquelle le titulaire renonce même partiellement au bénéfice des droits prévus par la loi et les clauses par laquelle l'émetteur est exonéré même partiellement des obligations découlant de la loi (art. 12 de la loi).

Sont également interdites et nulles les clauses et conditions, ou les combinaisons de clauses et conditions dans le contrat relatif à la mise à disposition et à l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds qui auraient pour effet d'aggraver la charge de la preuve dans le chef du consommateur ou d'atténuer la charge de la preuve dans le chef de l'émetteur (art. 8 de la loi).

### § 4. Internet et les problèmes de preuve

#### I. INTRODUCTION

- 5.9 Internet est un réseau ouvert, c'est-à-dire un ensemble d'ordinateurs interconnectés qui peuvent communiquer entre eux sans contrôle (direct) d'une autorité légale ou administrative<sup>1</sup>.

La connexion se fait moyennant un abonnement auprès d'un fournisseur d'accès.

Internet permet notamment la communication de messages (e-mail ou courriel) entre particuliers via des boîtes aux lettres électroniques et la conclusion de contrats soit par l'intermédiaire de courriels soit sur le Web.

Ces deux fonctions d'Internet ainsi que les modes de paiement sur Internet, développés afin de répondre à la célérité des opérations par Internet, suscitent plusieurs questions en matière de preuve.

#### II. LES MESSAGES ÉLECTRONIQUES – PRINCIPE ET FORCE PROBANTE

- 5.10 Les internautes peuvent s'envoyer des messages par ordinateur. L'expéditeur rédige son message et l'envoie au destinataire après insertion de l'adresse e-mail de celui-ci. Le destinataire doit se connecter sur Internet et ouvrir sa boîte à messages électronique afin de savoir s'il a reçu des courriels.

Si le message ne parvient pas au destinataire, l'expéditeur en est normalement informé. Il est également possible, sur certains logiciels, de recevoir un accusé de réception et un accusé indiquant le moment où le message a été lu.

- 5.11 Le système du réseau présente des risques au niveau de l'identification de l'expéditeur et du destinataire (seul l'ordinateur est reconnu, mais pas son utilisateur), et du contenu du message (les messages peuvent être altérés ou interceptés).

Un e-mail qui ne porte pas de signature électronique reconnue, ne peut par conséquent pas, selon certains auteurs, être assimilé à un écrit, la fonction

---

1. E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, «La valeur probante des signatures électroniques», *R.D.C.*, 2002, p. 185, n° 18.

d'inaltérabilité de l'écrit n'étant pas remplie<sup>1</sup>. Il ne vaut donc que comme présomption. D'autres auteurs estiment, au contraire, qu'il s'agit d'un écrit non signé, la fonction d'inaltérabilité n'étant pas une fonction indispensable de l'écrit. Selon ces auteurs, si l'identification de l'auteur de l'e-mail est certaine, il peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit<sup>2</sup>, le commencement par écrit ne devant pas être manuscrit. A cet égard, on peut remarquer que la définition de l'article 16 de la loi du 11 mars 2003, examiné ci-dessous, semble confirmer que l'inaltérabilité n'est pas une qualité fonctionnelle minimale de l'écrit.

Les autres messages électroniques, tels les SMS, sont soumis aux mêmes règles.

### III. LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

#### A. Principes – Types de conclusion du contrat

- 5.12 Il s'agit de toutes les ventes de biens et services effectuées sur un réseau informatique, notamment et principalement sur Internet.

Une convention peut être conclue sur Internet de deux manières différentes :

1) la convention est conclue par l'échange de deux courriels distincts

L'offre de contracter et l'acceptation sont envoyées par courriels. Dans ce mécanisme, les modes de preuve créés sont des e-mails dont la force probante est celle des présomptions.

2) bon de commande sur Internet

Le consommateur remplit un formulaire sur un site d'offre de biens et de services en indiquant son identité, ses coordonnées et les biens et/ou services qu'il souhaite acheter ou se procurer. Il valide son acceptation en cliquant sur sa souris. Le vendeur reçoit ces informations et envoie à l'acheteur un accusé de réception.

#### B. Loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur – Contrat à distance

##### 1. CHAMP D'APPLICATION

- 5.13 La loi du 25 mai 1999 transpose en droit belge la directive relative à la protection des consommateurs en matière des contrats à distance<sup>3</sup>.

Le contrat à distance est défini comme étant tout contrat concernant des produits ou services conclu entre un vendeur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le vendeur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la

1. L. CORNELIS et P. GOETHALS, «Contractuele aspecten van e-commerce», in *Le droit des affaires en évolution. Le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1999, p. 1.

2. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV, «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 311, n° 259-2.

3. Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, *J.O.C.E.*, L. 4 juin 1997, p. 144.

conclusion du contrat elle-même. La technique de communication à distance est tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du vendeur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties (art. 77, § 1, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce).

Cette disposition concerne, par conséquent, les contrats à distance conclus par correspondance sous forme de papier classique, mais également les conventions conclues par Internet<sup>1</sup>.

- 5.14 La loi ne s'applique qu'aux systèmes organisés de contrats à distance. Les travaux préparatoires excluent les livraisons ponctuelles à domicile ou sur un lieu de travail, effectuées à titre accessoire par un commerçant établi. Ne sont par conséquent pas considérées comme étant des contrats à distance, les livraisons ponctuelles d'un boucher ou d'un boulanger<sup>2</sup>.

Seuls les contrats conclus entre un vendeur agissant à titre professionnel et un consommateur, à savoir toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise des produits mis sur le marché à des fins non professionnelles, sont visés.

- 5.15 Les contrats portant sur des services financiers sont exclus du champ d'application de la réglementation des contrats à distance, dans la mesure où ils font l'objet d'une directive spécifique qui doit être transposée en droit belge.
- 5.16 Notons que les contrats à distance conclus avec des titulaires de profession libérale sont soumis à la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

### 2. OBLIGATIONS DU VENDEUR ET CHARGE DE LA PREUVE

- 5.17 L'article 82, § 1, de la loi du 14 juillet 1991 dispose que:  
«*Dans le cas de contrats à distance, la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou sur support durable, du respect des délais et du consentement du consommateur, incombe au vendeur*».

Le vendeur peut apporter cette preuve par présomptions, conformément à l'article 1341 du Code civil (principalement pour toutes les opérations inférieures à 375 EUR).

- 5.18 Le vendeur commerçant a la charge de la preuve de différents éléments<sup>3</sup>:

#### *1. Information préalable du consommateur*

- 5.19 Cette preuve peut être difficile à rapporter dans la mesure où le site Web d'un vendeur est fréquemment modifié (nouvelles promotions, prix, produits,

---

1. Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Contrats par voie électronique et protection des consommateurs: articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce», Formation permanente CUP, Liège, 2003, p. 25.

2. Exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1 – 2051/1, p. 24.

3. A. SALAÛN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de la loi du 25 mai 1999», *J.T.*, 2000, p. 45.



services) et qu'il faut que le vendeur ait conservé une trace de la version du site en vigueur lors de la conclusion de la vente. Il est recommandé au vendeur de conserver un «historique» de son site Web.

### 2. Confirmation écrite de l'envoi sur un support durable

- 5.20 Cette confirmation permet également au consommateur de prouver l'existence du contrat.

La notion de support durable n'est pas définie et est critiquée parce qu'elle fait double emploi avec la notion d'écrit. Les travaux préparatoires de l'article 79 de la loi sur les pratiques du commerce qui contient l'obligation de confirmation, définissent la notion de support durable<sup>1</sup> en indiquant que le contenu du support doit être inaltérable et donnent comme exemple une disquette, une cassette audio ou vidéo ou un courrier électronique. Ce dernier support pose néanmoins problème parce que le courrier d'une boîte aux lettres électronique peut être automatiquement effacé. Le consommateur devrait alors conserver le courrier électronique sur son disque dur<sup>2</sup>.

### 3. Le respect des délais

- 5.21 Il s'agit de tous les délais mentionnés dans la section 9 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce relative aux contrats à distance, à savoir le délai pour faire parvenir au consommateur la confirmation des informations, le délai de renonciation du consommateur et le délai d'exécution de la commande.

### 4. Le consentement du consommateur

- 5.22 Il faut qu'une signature électronique conforme aux règles du Code civil existe, sauf pour les opérations de faible montant. Le consommateur peut uniquement se libérer du contrat à distance en prouvant l'erreur excusable.

Le consommateur doit accepter l'usage par le vendeur d'un système automatisé d'appel ou d'un fax (art. 82, § 2, de la loi du 14 juillet 1991).

Ces dispositions sont impératives dans le chef du consommateur (art. 82, § 3, du 14 juillet 1991).

1. Exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1 – 2051/1, pp. 27 et 28.

2. T. VERBIEST, «La nouvelle loi belge sur le commerce électronique», *Juriscom.net*, 2000, <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20000404.htm>. Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce», Formation permanente CUP, Liège, 2003, p. 81.

**C. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information<sup>1</sup>**

1. CHAMP D'APPLICATION

5.23 La transposition dans notre droit de la directive sur le commerce électronique<sup>2</sup> par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, ajoute d'autres obligations d'information et de transparence à charge du vendeur ou prestataire de services. Le législateur a également, par cette loi, souhaité permettre la conclusion de contrats de manière électronique.

Le «service de la société de l'information» est tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service.

Le prestataire de services doit agir dans le cadre de ses activités professionnelles alors que le destinataire de services peut être ou non un consommateur, contrairement à la loi sur les pratiques de commerce qui ne vise que les consommateurs.

Les obligations mises, par la loi du 11 mars 2003, à charge des prestataires de services s'appliquent indifféremment du fait que l'exécution du contrat ait lieu ou non en réseau<sup>3</sup>.

Les contrats conclus à l'aide d'un formulaire de commande disponible sur le site Web du prestataire de services sont soumis à la loi sur le commerce électronique, alors que les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ne sont pas soumis à toutes les dispositions de la loi<sup>4</sup>. Sont considérés comme courriers électroniques, les messages sous forme de texte, de son ou d'image envoyés par un réseau public de télécommunications qui peuvent être stockés dans le réseau ou dans le terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère (art. 2, 2<sup>o</sup>). Il s'agit notamment des e-mails, SMS et des messages laissés aux boîtes vocales des GSM.

2. OBLIGATIONS DU VENDEUR OU PRESTATAIRE DE SERVICES EN MATIÈRE D'INFORMATION ET DE TRANSPARENCE ET CHARGE DE LA PREUVE

5.24 Tout prestataire d'un service de la société de l'information assure un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins, à différentes informations (ses nom, adresse géographique, coordonnées, y compris son adresse e-mail, ...). Si les prix sont

---

1. *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12692. La loi est entrée en vigueur le 27 mars 2003, à défaut de disposition spécifique à ce sujet.

2. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n<sup>o</sup> L. 178, du 17 juillet 2000.

3. Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Contrats par voie électronique et protection des consommateurs: articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce», Formation permanente CUP, Liège, 2003, p. 19.

4. Les dispositions de l'article 7, § 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup>, de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de l'article 9 et de l'article 10, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques.

indiqués, ils doivent l'être de manière claire et non ambiguë (art. 7 de la loi du 11 mars 2003).

Outre les informations prévues par la loi sur les pratiques de commerce, le vendeur ou prestataire de services doit également communiquer diverses informations, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque, avant que le destinataire du service ne passe une commande par voie électronique (les langues proposées pour la conclusion du contrat, les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée, si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non) (art. 8 de la loi du 11 mars 2003).

Les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être communiquées au destinataire d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire (art. 8, al. 2 de la loi du 11 mars 2003).

Avant la passation de la commande, le prestataire ou vendeur met à la disposition 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).

Lorsque le destinataire du service passe une commande par voie électronique, le prestataire accuse réception de la commande du destinataire en récapitulant la commande sans délai injustifié et par voie électronique. La commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés, peuvent y avoir accès (art. 10).

A l'égard des consommateurs, la preuve du respect des exigences prévues aux articles 7 à 10 incombe au prestataire. Les travaux préparatoires justifient ce renversement de la charge de la preuve par le fait que le vendeur dispose d'une infrastructure technique lui permettant de conserver cette preuve. En outre, à défaut de ce renversement, le consommateur devrait fournir une preuve négative<sup>1</sup>.

Les travaux préparatoires indiquent également que cette preuve étant une question de fait, elle peut être apportée par toutes voies de droit, notamment par témoignages et présomptions.

### 3. CONTRATS ÉLECTRONIQUES

#### *a. Principe*

- 5.25 La directive sur le commerce électronique<sup>2</sup> impose aux Etats membres de veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique, et notamment à ce que le régime applicable en matière contractuelle 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 conclus par voie électronique.

1. Exposé des motifs de la loi du 11 mars 2003, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 2002-2003, n° 50-2100/1, p. 35.

2. 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, *J.O.C.E.*, n° L. 178, du 17 juillet 2000, p. 1.

Le législateur belge a introduit cette exigence par l'article 16 de la loi du 11 mars 2003.

En vertu de l'article 16 de la loi du 11 mars 2003: «§ 1<sup>er</sup>. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique, lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées. § 2. Pour l'application du § 1<sup>er</sup>, il y a lieu de considérer:

– que 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;

– que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification;

– que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige, peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier. § 3. En outre, le Roi peut, dans les dix-huit mois de l'entrée en vigueur de la présente loi, adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1<sup>er</sup> et 2».

- 5.26 Le législateur belge a, par conséquent, adopté une clause transversale générale (art. 16, § 1<sup>er</sup>), plusieurs clauses transversales particulières concernant les formalités les plus classiques (art. 16, § 2) et a effectué une délégation au Roi pour les éventuels obstacles subsistants (art. 16, § 3).

Le législateur a choisi de ne pas adapter, pour l'instant, à l'environnement électronique certaines règles de forme prévues pour certains contrats. L'article 16 n'est en effet pas applicable aux contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers à l'exception des droits de location, aux contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique, aux contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale et aux contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions<sup>1</sup>.

*b. L'article 16, § 1<sup>er</sup> – Clause transversale générale*

- 5.27 L'article 16, § 1<sup>er</sup> vise les formalités relatives au processus contractuel. Le processus contractuel ne se limite pas à la seule conclusion du contrat mais s'étend à toutes les étapes allant de la période précontractuelle à sa modifica-

1. Notons également que l'arrêté royal du 18 février 2004 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction d'accès à certains marchés et l'introduction de moyens électroniques, un certain nombre d'arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et services, intègre des règles permettant la passation des marchés par des moyens électroniques. Ces règles visent également la transmission par ces mêmes moyens, lesquels s'ajoutent à ceux admis jusqu'à présent, la lettre envoyée ou remise au pouvoir adjudicateur et, lorsque cela est autorisé, la télécopie et autre mode rapide de communication.

tion, son enregistrement, son dépôt, son exécution, son archivage ou son terme<sup>1</sup>.

Il faut également qu'il s'agisse d'exigences formelles et susceptibles de constituer un obstacle juridique à la conclusion du contrat par voie électronique.

Il faut ensuite rechercher les qualités fonctionnelles de la formalité retenue, puis vérifier si le contrat conclu par voie électronique permet de préserver ces qualités. Dans l'affirmative, le contrat conclu par voie électronique est réputé avoir respecté la formalité et ne peut être remis en cause à cet égard.

*c. L'article 16, § 2 – Clauses transversales particulières*

- 5.28 L'article 16, § 2, applique la clause transversale générale en dégageant les qualités fonctionnelles de trois formalités: l'écrit, la signature et les mentions manuscrites.

En ce qui concerne l'écrit, l'article 16, § 2, définit l'écrit comme «*une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*».

Un écrit peut, par conséquent, être fixé ou transmis sur tout support.

- 5.29 Il s'agit ici de l'écrit compris comme exigence minimale, à laquelle on peut ajouter une signature, l'intervention d'une personne déterminée, etc.

L'écrit en tant qu'exigence minimale a, selon la loi, deux fonctions: la lisibilité («*signes intelligibles*») et la stabilité («*consultés ultérieurement*»). Si l'écrit doit remplir des garanties supplémentaires (inaltérabilité, signature, support durable,...) en plus de ces deux qualités fonctionnelles minimales, le juge appréciera si ces garanties sont remplies par le contrat électronique.

Par exemple, le contrat de voyage doit comporter au moins les conditions d'assurance ou l'indication de la page de la brochure où ces informations figurent<sup>2</sup>. Un site Web remplit les deux qualités fonctionnelles de l'écrit (lisibilité et durabilité), mais doit également contenir cette garantie supplémentaire en reprenant dans le contrat de voyage les conditions d'assurance ou, à tout le moins, en indiquant sur la page relative au contrat de voyage un hyperlien vers la page du site qui contient les conditions d'assurance, et en invitant le client à imprimer ces informations. Dans un tel cas, le site Web remplira les qualités fonctionnelles de l'exigence de l'écrit.

En ce qui concerne la signature, le législateur a consacré à l'article 16, § 2, le principe selon lequel toute exigence de signature à une des étapes du processus contractuel et à toutes fins peut être remplie par la signature électronique, si elle répond aux conditions de l'article 1322 du Code civil ou à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001. Le législateur a voulu retenir une notion unique de la signature, sans distinguer qu'elle soit exigée *ad probationem* ou à d'autres fins.

L'article 16, § 2, troisième tiret, prévoit que l'exigence d'une mention manuscrite du débiteur peut être satisfaite par tout procédé garantissant que

1. M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», Cahiers du C.R.I.D. n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 153-154.

2. Art. 10, § 1, 14°, et art. 23, § 2, 14° de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages.

la mention émane de ce dernier. Un tel procédé peut être celui de la signature électronique, qui permet l'identification certaine du débiteur. En outre, dans la mesure où l'exigence de mention manuscrite est toujours accompagnée d'une exigence de signature, la signature électronique sera de toute façon apposée sur le document.

### IV. LES MODES DE PAIEMENT SUR INTERNET

#### A. Notion

- 5.30 Le paiement de biens et services offerts sur Internet peut être fait en dehors du réseau, mais ce procédé est difficilement compatible avec la rapidité du commerce électronique.

Différents modes de paiement sont dès lors utilisés pour obvier à cet inconvénient.

#### 1. LES CARTES DE CRÉDIT

- 5.31 L'acheteur communique au vendeur son numéro de carte de crédit et sa date d'expiration. Ce mécanisme permet de nombreuses fraudes par le vendeur ou par des tiers qui s'approprient ces informations.

Le protocole Secure Electronic Transaction permet un cryptage sophistiqué et sécurise le paiement. On peut également faire appel à un intermédiaire qui vérifie les données de la transaction, avant de les transmettre à la banque qui effectue le paiement.

#### 2. LES CHÈQUES VIRTUELS ET VIREMENTS ÉLECTRONIQUES

- 5.32 Le chèque virtuel et le virement électronique permettent, par l'utilisation d'une signature digitale ou le recours à un intermédiaire (pour certains chèques), d'éviter les fraudes.

#### 3. LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE OU VIRTUELLE «E-CASH OU E-MONEY»

- 5.33 La monnaie est électronique lorsque le support (carte à puce ou mémoire d'ordinateur) est chargé d'unités monétaires cessibles et réutilisables, qui ne circulent pas par un compte bancaire<sup>1</sup>.

Il s'agit notamment des cartes prépayées (unités monétaires stockées sur une carte à puce), du porte-monnaie virtuel (unités monétaires stockées sur la mémoire de l'ordinateur) et du portefeuille électronique (plate-forme permettant l'utilisation de divers modes de paiement électronique).

La loi du 22 mars 1993 relative au statut et contrôle des établissements de crédit, modifiée par la loi du 25 février 2003, définit la monnaie électronique comme étant :

---

1. X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namur, Presses Univ., 1996, n° 56 ; F. MOURLON BEERNAERT, « Les cartes à mémoires pré-payées (pre-paid cards) : un nouvel instrument de paiement ? », *J.T.*, 1997, pp. 377 et s.

« une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est stockée sur un support électronique, est émise contre la remise de fonds et est acceptée comme instrument de paiement par des personnes autres que l'émetteur » (art. 3 de la loi du 22 mars 1993).

La loi prévoit également que la monnaie électronique non encore utilisée est, pendant sa période de validité, remboursable par virement ou en monnaie fiduciaire par l'établissement émetteur, à la demande du porteur de la monnaie électronique.

Le contrat régissant l'émission de monnaie électronique doit préciser clairement les conditions de ce remboursement sans que celles-ci ne puissent prévoir d'autres frais que ceux strictement nécessaires à l'opération de remboursement. Le contrat peut prévoir pour le remboursement un montant minimal, qui ne peut être supérieur à 10 euros. Toute clause du contrat limitant le droit au remboursement est nulle (art. 5<sup>quater</sup>).

### **B. Incidence des règles de preuve particulières en ce qui concerne les instruments de transfert électronique de fonds**

5.34 L'article 8 de la loi du 17 juillet 2002 sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds<sup>1</sup> prévoit un mécanisme particulier de responsabilité et de charge de la preuve qui s'applique aux contrats à distance. Il prévoit que l'émetteur d'un instrument de transfert électronique de fonds est responsable de toutes les conséquences liées à la perte, au vol ou à l'utilisation frauduleuse de l'instrument de transfert électronique de fonds, après la notification par le consommateur. Jusqu'à la notification, le titulaire est responsable des conséquences liées à la perte ou au vol de l'instrument de transfert électronique de fonds à concurrence d'un montant de 150 EUR, sauf s'il a agi avec une négligence grave ou frauduleusement, auquel cas le plafond prévu n'est pas applicable. En outre, la responsabilité du consommateur n'est pas engagée si l'instrument de transfert électronique de fonds a été utilisé sans présentation physique ou identification électronique de l'instrument lui-même. La seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du consommateur<sup>2</sup>.

L'article 81, § 5, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce prévoit que le consommateur, en cas d'utilisation frauduleuse d'un instrument de transfert électronique de fonds, peut demander l'annulation du paiement effectué, sauf s'il a agi frauduleusement.

Le consommateur pourra, par conséquent, demander le remboursement du paiement effectué lorsque son consentement a été surpris.

L'émetteur devra prouver que l'instrument électronique n'a pas été frauduleusement utilisé et que le consommateur a bien consenti à l'achat. Cette preuve est comme telle difficile à rapporter pour l'émetteur qui n'était pas partie à

1. *M.B.*, 17 août 2002, p. 35.337.

2. M. GUSTIN, « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », Liège, Formation permanente CUP, 2003, p. 221 ; voir également quelques exemples de fraude mentionnés ci-avant.

#### VI.4. MOYENS DE PREUVE ET FORCE PROBANTE

---

l'achat. Il devra donc faire appel à ou se retourner contre le commerçant avec lequel l'opération s'est traitée.



# Chapitre 5

## L'aveu

par FABRICE MOURLON BEERNAERT<sup>1</sup>

Plan
Section 1 <sup>re</sup> . Notions
Section 2. Espèces
§ 1 <sup>er</sup> . Aveu judiciaire/extrajudiciaire
§ 2. Aveu simple/complex/plural
§ 3. Aveu écrit/oral, exprès/tacite
§ 4. Aveu en action
Section 3. Objet et conditions d'admissibilité
§ 1 <sup>er</sup> . Preuve d'un fait
§ 2. Auteur de l'aveu
§ 3. Limites
Section 4. Preuve de l'aveu
Section 5. Force probante

### SECTION 1<sup>re</sup>. NOTIONS

- 1.1 Selon la définition traditionnelle, «*l'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques*»<sup>2-3</sup>.
- 1.2 Comme le relève H. DE PAGE<sup>4</sup>, l'aveu n'est pas, à strictement parler, un mode de preuve. Il aboutit en réalité à dispenser une partie de la preuve qui lui incombe normalement. Ceci étant, le Code civil traite l'aveu comme un

1. Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à l'Université libre de Bruxelles.

2. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. XII, 6<sup>e</sup> éd. par P. ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1958, n<sup>o</sup> 751.

3. P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations. Examen de jurisprudence (1968-1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 730, n<sup>o</sup> 135; G. GOUBEUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v<sup>o</sup> *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), n<sup>o</sup> 1216; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 324; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 1007; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 307.

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 718.

véritable mode de preuve et, en pratique, même s'il est particulier, il joue le même rôle que les autres modes de preuve.

- 1.3 Conformément à l'article 1356 du Code civil, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre son auteur; il est indivisible et il est irrévocable (sauf erreur «de fait» à prouver par celui à qui l'on oppose l'aveu, et cela conformément au droit commun<sup>1</sup>). Bien que le Code civil mentionne l'aveu extrajudiciaire sans autre précision, il faut considérer qu'il a, pour l'essentiel et sauf ce qui sera vu ci-après, les mêmes effets que l'aveu judiciaire.
- 1.4 Il faut souligner que l'aveu n'est pas soumis comme tel, en raison de sa nature même, à la règle de l'article 1341 du Code civil. Il est admissible en toutes matières et la limite de 375 EUR ne lui est pas applicable<sup>2</sup>. La question de la preuve de l'aveu apporte cependant certaines nuances examinées ci-après.
- 1.5 L'aveu a un caractère *volontaire*. La Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises<sup>3</sup>. Nul ne peut être contraint à avouer.

Encore faut-il s'entendre sur ce que signifie exactement ce caractère. Selon la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, l'aveu suppose «*la volonté de faire au sujet d'une contestation [...] une déclaration destinée à servir de preuve à la partie adverse*». Dès lors, l'aveu se caractérise par l'intention de créer une preuve au profit de la partie adverse ou, plus généralement, d'un ou de plusieurs tiers.

P. VAN OMMESLAGHE a mis en lumière les faiblesses d'une certaine interprétation de la théorie traditionnelle de l'aveu et de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière. Celui-ci avance deux arguments principaux qui méritent de retenir l'attention :

- cette conception traditionnelle interdit de considérer comme aveu nombre de déclarations faites par les parties sans que celles-ci aient eu l'intention de procurer à leur adversaire un élément de preuve dans une contestation, alors que de telles déclarations sont de nature à établir la réalité des relations entre parties, spécialement si elles sont faites en dehors de toute contestation déjà née, *in tempore non suspecto*<sup>4</sup>;
- cette conception paraît difficilement conciliable avec la jurisprudence relative à l'*aveu en action*; ainsi qu'il est vu ci-après, l'aveu peut en effet être inféré de l'exécution donnée par les parties à une convention<sup>5</sup>.

---

1. Bien que le Code civil ne le prévoit pas expressément et malgré certaines opinions en sens contraire (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 1009, *littera A*), il n'existe pas de raison dirimante d'exclure comme cause de «rétractation» de l'aveu, le dol et la violence comme en toutes autres matières.

2. Cass., 23 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, 231.

3. Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, 755; Cass., 3 février 1967, *Pas.*, 1967, I, 681; Cass., 6 juillet 1950, *Pas.*, 1950, I, 812.

4. Ainsi, selon H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 1009, *littera B*, l'aveu ne perd pas son caractère par cela seul que son auteur n'a pas été conscient de la portée qui pourrait lui être donnée et de l'usage que l'on pourrait en faire.

5. Cass., 4 avril 1941, *Pas.*, I, p. 452 et les conclusions de M. le Procureur général CORNIL. Cons. également Cass., 23 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 230.

Cette thèse nous paraît devoir être suivie<sup>1-2</sup>.

Il est vrai cependant que les arrêts récents de la Cour de cassation de Belgique<sup>3</sup> sont difficiles à interpréter et, même si le sommaire de l'arrêt de la Cour du 2 mai 1988 semble rejoindre la thèse de P. VAN OMMESLAGHE, nous devons à la vérité de considérer que la Cour, à notre connaissance, ne s'est jusqu'à présent pas départie de sa jurisprudence antérieure. Mais il faut nuancer ce constat par la considération que la Cour de cassation laisse une part importante au juge du fond, ce qui pourrait en pratique permettre de concilier les différentes visions<sup>4</sup>. Il appartiendra ainsi au juge du fond d'apprécier si celui qui a fait une déclaration avait l'intention de faire une déclaration pouvant faire foi contre lui, étant précisé que la circonstance que la personne à qui la déclaration est opposée et contre qui celle-ci peut faire foi, a fait cette déclaration dans un acte qui, en soi, ne produit des effets qu'à l'égard d'un tiers, n'empêche pas qu'un aveu extrajudiciaire puisse en être déduit.

1.6 L'aveu est un acte *unilatéral*. Il est, à notre avis, en principe, *non réceptive* en ce sens que l'aveu peut être invoqué par quiconque y a intérêt, sans qu'il doive être adressé à une ou plusieurs personnes déterminées qui pourraient ensuite s'en prévaloir<sup>5</sup>.

Il a un caractère *relatif*. Ses effets sont limités à son auteur<sup>6</sup>.

1.7 L'aveu est un *acte de disposition* par la reconnaissance du droit qu'il implique. Ceci est important sous l'angle de la capacité à faire un aveu.

## SECTION 2. ESPÈCES

### § 1<sup>er</sup>. Aveu judiciaire/extrajudiciaire

2.1 L'aveu *judiciaire* est celui qui est fait devant un juge et au cours de l'instance relative à la prétention dont l'aveu fait l'objet. Tous les autres aveux sont *extrajudiciaires*.

De manière générale, la force probante de l'aveu extrajudiciaire est appréciée par le juge, alors que l'aveu judiciaire a une force probante immédiate.

1. Un argument supplémentaire est donné par l'enseignement selon lequel les mentions de la comptabilité (commerciale) constituent dans le chef de leur auteur un aveu extrajudiciaire indivisible (cons. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n<sup>o</sup> III, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 65).

2. Appelée à définir l'aveu, la Cour de cassation de France n'a pas relevé de condition particulière relative à l'intention de celui qui avoue (voir à cet égard G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v<sup>o</sup> *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), n<sup>o</sup> 1223).

3. Cass., 2 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1043; Cass., 7 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 192.

4. Cons. p. ex. Mons, 8 mars 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 744.

5. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 1009, *littera C* et *littera F*.

6. Ainsi qu'à ses ayants cause universels ou, en cas de faillite, au curateur en principe.

Notons encore que l'interrogatoire des parties a notamment pour but de provoquer des aveux judiciaires<sup>1</sup>.

### § 2. *Aveu simple/ complexe/ plural*

2.2 L'aveu est *simple* lorsqu'il porte purement et simplement sur un fait allégué, sans réserve, condition ou adjonction d'aucune sorte.

On parle d'aveux *pluraux* lorsque plusieurs faits, indépendants les uns des autres sont reconnus en même temps. Il y a donc en quelque sorte juxtaposition d'aveux simples, sans lien entre eux, en sorte qu'ils seront traités isolément. De même, le juge pourra en retenir un ou plusieurs sans retenir un ou plusieurs autres. En d'autres termes, ils ne sont pas *indivisibles*<sup>2</sup>.

En revanche, les aveux *complexes* sont indivisibles. Il s'agit en effet de la reconnaissance d'un fait, assorti de réserves qui, dans la pensée de leur auteur, le conditionnent ou le neutralisent. Ainsi, par exemple, en est-il de la reconnaissance d'une dette tout en précisant qu'elle est conditionnelle ou qu'elle est éteinte. Partant, celui qui se prévaut de cet aveu ne peut scinder celui-ci pour n'en retenir qu'une branche qui lui est favorable, en négligeant l'autre branche. En outre, une branche d'un tel aveu ne peut être qualifiée de commencement de preuve par écrit<sup>3</sup>.

Ceci étant, si une des branches d'un aveu complexe est fautive ou invraisemblable<sup>4</sup>, cette branche peut être écartée et l'autre branche subsistera<sup>5</sup>.

De même, une branche d'un aveu complexe peut être écartée si elle est en opposition avec une règle légale, comme l'autorité de la chose jugée ou une présomption légale.

### § 3. *Aveu écrit/oral, exprès/tacite*

2.3 L'aveu peut être *écrit* ou *oral*. L'aveu extrajudiciaire verbal est soumis à l'article 1341 du Code civil; c'est le seul intérêt de la distinction.

2.4 L'aveu *exprès* est celui qui est fait par l'avouant, en tant que tel. Il est *tacite* lorsqu'il se déduit de circonstances ou d'éléments qui qualifient le comportement d'une personne.

Le silence gardé par une des parties sur un fait allégué par l'autre pourrait constituer un aveu s'il est qualifié par des circonstances spéciales, ou si quelque

---

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 329.

2. Cass., 24 février 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 819.

3. Cass., 5 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 161 et *R.C.J.B.*, 1969, p. 38; Cass., 2 juin 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 418.

4. Cette solution nous paraît difficilement pouvoir être étendue à une contradiction affectant l'aveu, puisque cela reviendrait à vider de sa substance la qualification d'aveu complexe.

5. Cass., 3 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 985.

disposition légale particulière lui donne cette portée<sup>1</sup>; à défaut, le silence pourrait être retenu au titre d'une présomption de l'homme<sup>2</sup>.

Plus fondamentalement, constitue un aveu tacite l'exécution donnée par les parties à une convention<sup>3</sup>.

#### § 4. *Aveu en action*

- 2.5 Ainsi qu'il a été vu ci-avant, l'exécution – spontanée/volontaire – donnée par les parties à leur convention ou plus généralement par une personne à une obligation constitue la plus belle preuve de l'existence et de la portée de cette convention ou de cette obligation. Sans doute, pourrait-on ranger cette forme d'aveu parmi les aveux tacites, mais la plupart des auteurs et des décisions de jurisprudence en font une catégorie particulière<sup>4</sup>. Cette distinction est toutefois sans conséquence réelle. Cette forme d'aveu est d'une importance considérable en pratique, ce qui ne peut qu'être approuvé.

## SECTION 3. OBJET ET CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ

### § 1<sup>er</sup>. *Preuve d'un fait*

- 3.1 L'objet de l'aveu est un *fait*. Il ne peut porter « *sur la solution qui doit, en droit, être donnée à la contestation* »<sup>5</sup>. Seuls les cours et tribunaux ont à trancher les points de droit.

Par fait, il faut entendre, de manière large, les faits matériels, les faits juridiques et les actes juridiques, à l'exclusion de la règle de droit elle-même (et bien qu'elle trouve sa source dans un ordre juridique étranger le cas échéant).

Ainsi, ne constitue pas un aveu la reconnaissance de sa responsabilité ou de la qualification d'un contrat. En revanche, la reconnaissance qu'un acte constatant une convention n'exprime pas la volonté réelle des cocontractants,

1. Cass., 1<sup>er</sup> mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 612; cons. J-P. MASSON, « Les fourberies silencieuses », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 527-542.

2. Cass., 27 février 1998, *Arr. Cass.*, 1998, I, p. 248; Cass., 26 septembre 1991, *Pas.*, 1991, 2, p. 81.

3. Cass., 17 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 452; Cass., 23 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 230; Cass., 19 décembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 14; Cass., 4 avril 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 120.

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 1032; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 332; cons. Cass., 23 novembre 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, I, p. 1342.

5. Cass., 24 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 981; Cass., 7 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 192; Cass., 20 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 889.

est un aveu<sup>1</sup>; de même, la reconnaissance portant sur les effets d'une convention<sup>2</sup>.

### § 2. Auteur de l'aveu

- 3.2 L'aveu n'est opposable qu'à celui qui avoue, conformément à l'article 1356 du Code civil. Il ne peut être étendu à des codébiteurs, mêmes solidaires. En revanche, l'aveu du *de cuius* est opposable aux ayants cause universels. De même, l'aveu du failli est, en règle, opposable au curateur. L'aveu fait par un mandataire est également opposable au mandant, pour autant qu'il y ait eu mandat spécial pour ce faire; il en est ainsi en particulier pour les avocats<sup>3</sup>.
- 3.3 L'aveu étant un *acte de disposition*, par la reconnaissance qu'il implique d'un droit litigieux, suppose que son auteur ait la *capacité* pour le faire.

### § 3. Limites

- 3.4 L'aveu est en principe admissible en toutes matières<sup>4</sup>, compte tenu de sa nature propre. Il est admis pour prouver contre un écrit et même contre une présomption légale, non irréfragable et même irréfragable, pour autant toutefois que cette présomption ne soit pas fondée sur l'ordre public<sup>5</sup>.
- 3.5 L'aveu ne peut porter sur des droits indisponibles<sup>6</sup>. L'aveu ne peut pas se substituer à un acte solennel<sup>7</sup>.

## SECTION 4. PREUVE DE L'AVEU

- 4.1 L'aveu judiciaire résulte des pièces de la procédure (citations, requêtes, conclusions, ordonnances, jugements, procès-verbaux d'audience ou de comparution des parties, etc.). Il peut aussi être verbal, par exemple à l'occasion de l'interrogatoire d'une partie.

---

1. Cass., 26 février 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 648.

2. Cass., 23 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 230.

3. Cons. Cass., 18 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 485; Cass., 15 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1169; voir également les articles 850 et 1045 du Code judiciaire. Comp. avec un désistement signé par un avocat à la Cour de cassation (cons. S. SONCK et F. MOURLON BEERNAERT, *Le pourvoi en cassation en matière pénale*, Mys & Breesch, 2000, p. 69).

4. Même en matière de divorce et d'état des personnes (Cass., 4 décembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 341).

5. Sur cette notion, cons. F. MOURLON BEERNAERT, «La querelle des Anciens et des Modernes. A propos de l'affaire des Wagons-Lits», *D.A.O.R.*, 1994, liv. 32, pp. 59-71.

6. Par exemple en matière de réparation d'accident du travail ou d'allocations de chômage.

7. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 337, n° 281 et les références citées à la note 1.

- 4.2 La preuve de l'aveu extrajudiciaire peut résulter d'un écrit, étant entendu que cet écrit ne doit pas répondre aux règles propres aux écrits. Etant un acte unilatéral, il n'est pas soumis à la règle de l'article 1325 du Code civil ni à celle de l'article 1326 du même code.

La question est cependant plus délicate lorsque l'aveu extrajudiciaire est purement verbal. Ainsi, l'on considère généralement que l'on ne peut prouver un tel aveu par témoignages et présomptions si la matière est soumise à l'article 1341 du Code civil; en effet, l'on aboutirait alors à tourner la règle de la prééminence de la preuve écrite<sup>1</sup>. Cette restriction ne vaudrait cependant que pour autant bien entendu que l'article 1341 soit applicable. En d'autres termes, la preuve d'un tel aveu pourrait se faire au moyen de témoignages ou de présomptions si la valeur de la chose n'excède pas 375 EUR ou s'il existe un commencement de preuve par écrit ou s'il y a eu impossibilité de dresser un écrit ou en matière commerciale.

Ce raisonnement apparaît à vrai dire assez sinueux et est difficilement conciliable avec la notion même d'aveu en action. En effet, la même doctrine qui confine à l'exégèse de l'article 1341 du Code civil, admet cependant sans réserve qu'un aveu en action puisse être prouvé par toutes voies de droit. A vrai dire, il nous semble que rien ne justifie un régime probatoire différent et que tant l'aveu en action que l'aveu extrajudiciaire verbal (voire tacite) doivent pouvoir être prouvés par toutes voies de droit, à peine de vider de sa substance la reconnaissance de l'existence de tels aveux.

## SECTION 5. FORCE PROBANTE

- 5.1 L'aveu qui est la preuve «parfaite» ou la reine des preuves, lie le juge. Dès que l'aveu est établi et s'il est invoqué par la partie adverse, le juge est obligé de le prendre en considération et de trancher le litige sur cette base, sauf s'il résulte de procédés illicites. La force de probante de l'aveu est donc absolue<sup>2</sup>.

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 338, n° 285, comp. p. 339, n° 286.

2. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 340, n° 288 et les références citées.





# Chapitre 6

## Le serment judiciaire

par FABRICE MOURLON BEERNAERT<sup>1</sup> et AUDE GAUDY<sup>2</sup>

### Plan

- Section 1<sup>re</sup>. Notion
- Section 2. Le serment litisdécisoire
  - § 1<sup>er</sup>. Définition et mécanisme
  - § 2. Nature juridique
  - § 3. Objet
    - I. Un fait personnel à la partie
    - II. Un fait décisif pour l'issue du litige
    - III. Un fait utile et pertinent pour la solution du litige
  - § 4. Champ d'application du serment litisdécisoire
  - § 5. Capacité et pouvoir de prêter un serment litisdécisoire
    - I. Capacité
    - II. Pouvoir
  - § 6. Procédure et forme
  - § 7. Effets
    - I. Irrévocabilité du serment litisdécisoire
    - II. Force probante
- Section 3. Le serment supplétoire
  - § 1<sup>er</sup>. Définition et mécanisme
  - § 2. Conditions d'admissibilité
    - I. La demande ou l'exception ne doit pas être pleinement justifiée
    - II. La demande ou l'exception ne doit pas être totalement dénuée de preuves
  - § 3. Effets
- Section 4. Le serment estimatoire
  - § 1<sup>er</sup>. Définition et mécanisme
  - § 2. Conditions d'admissibilité
  - § 3. Effets

1. Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à l'Université libre de Bruxelles.

2. Avocat au Barreau de Bruxelles.

## SECTION 1<sup>re</sup>. NOTION

1.1 Seul le serment judiciaire sera examiné dans la présente section. Le serment promissoire, par lequel une personne s'engage à remplir loyalement la mission qui lui est confiée (par exemple un avocat, un fonctionnaire, un notaire, un expert,...) n'est pas destiné à servir de preuve.

1.2 Le serment judiciaire peut être défini comme «*l'affirmation solennelle par une des parties devant le juge d'un fait qui lui est favorable*»<sup>1</sup>.

Ce mode de preuve est peu utilisé dans la mesure où il fait appel à la conscience de l'homme et ne présente dès lors pas toute la garantie voulue. L'article 226 du Code pénal, qui érige en délit le faux serment, peut néanmoins orienter les consciences en faisant courir le risque de sanctions pénales au parjure.

Il existe trois types de serment judiciaire :

1) *le serment litisdécisoire* : il est déféré par une des parties à l'autre pour en faire dépendre le sort du procès ;

2) *le serment supplétoire* ;

3) *le serment estimatoire*.

Ces deux derniers se caractérisent par le fait qu'ils sont déférés d'office par le juge qui souhaite se forger une conviction.

## SECTION 2. LE SERMENT LITISDÉCISOIRE

### § 1<sup>er</sup>. Définition et mécanisme

2.1 L'article 1357 du Code civil définit le serment litisdécisoire comme «*le serment qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause*».

Lorsqu'une des parties est dans l'impossibilité de prouver un fait qu'elle allègue, il lui reste comme ultime mode de preuve de quitter le terrain purement juridique et de s'en remettre à la conscience de son adversaire en lui déférant le serment.

Il peut par exemple s'agir du créancier qui ne parvient pas à prouver sa créance ou encore du débiteur dans l'impossibilité de prouver l'exécution de l'obligation.

Le juge ne peut déférer le serment litisdécisoire d'office, seule une partie le peut<sup>2</sup>.

---

1. G. GOUBEAUX et P. BIRH, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 1979, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, v<sup>o</sup> *Preuve* (mise à jour 1989), n<sup>o</sup> 1344 ; D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 270.

2. Cass., 11 février 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 147.

Le serment litisdécisoire est possible en toute matière, sauf exceptions légales, même s'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit (art. 1358 et 1360 C. civ.).

La partie à qui le serment est déféré peut réagir de trois manières différentes :

- 1) soit elle prête le serment et gagne dès lors le procès;
- 2) soit elle refuse de prêter le serment et perd le procès;
- 3) soit elle réfère le serment à la partie qui le lui avait déféré. Dans cette dernière hypothèse, la partie à laquelle le serment est référé doit le prêter afin de gagner le procès. Dans le cas contraire, elle sera déboutée sans pouvoir le référer à nouveau<sup>1</sup>.

Le serment litisdécisoire a par conséquent une force probante importante dans la mesure où le sort du procès en dépend.

Il faut toutefois noter que le serment ne peut être *référé* que sur un fait commun aux deux parties conformément à l'article 1362 du Code civil. Il est par conséquent impossible de «renvoyer la balle» à l'adversaire si le serment porte sur un fait purement personnel à une partie.

## § 2. Nature juridique

- 2.2 Traditionnellement, le serment litisdécisoire est qualifié de convention unilatérale transactionnelle entre parties<sup>2</sup>.

Cette analyse est critiquée par la doctrine moderne<sup>3</sup>.

Tout d'abord le serment est une convention particulière puisque la partie à qui on le défère ne peut pas le refuser ou accepter de le prêter, sans que des conséquences juridiques ne soient attachées à son attitude, contrairement au principe de la liberté des contrats.

Ensuite, le recours à la notion de transaction implique des concessions réciproques, lesquelles sont absentes dans le mécanisme du serment.

La doctrine moderne estime à juste titre qu'il est artificiel de vouloir qualifier cette institution fondée sur l'équité, en recourant aux catégories classiques du droit civil ou du droit de la procédure.

## § 3. Objet

- 2.3 Le serment doit porter sur un ou plusieurs faits personnels à la partie qui le prête, décisifs pour l'issue du procès et utiles à la solution du litige.

Les conditions relatives à l'objet du serment s'appliquent en cas de délation ou de relation du serment.

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 347.

2. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XX, Bruxelles, Bruylant, 1876, n° 230.

3. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 1042.

## I. UN FAIT PERSONNEL À LA PARTIE

2.4 De même que l'aveu, le serment doit porter sur des faits (matériels ou juridiques) et non des points de droit.

2.5 L'article 1359 du Code civil exige que le serment soit déféré sur un fait personnel à la partie qui doit le prêter. Il est en effet impossible pour une partie d'affirmer solennellement un fait qui lui est étranger.

Il en résulte que le serment ne peut être déféré au représentant pour des faits personnels au représenté, sauf si le représentant a reçu des pouvoirs spéciaux à cet effet.

Le serment litisdécisoire ne peut non plus être déféré par ou aux héritiers ou ayants cause pour des faits concernant leur auteur sauf exception légale.

Par contre, un organe peut prêter serment pour la personne morale qu'il représente.

La condition du fait personnel a également pour conséquence que le serment ne peut être référé par la partie qui l'a déféré que dans l'hypothèse où le fait en cause est commun aux deux parties (art. 1362 C. civ.)<sup>1</sup>.

## II. UN FAIT DÉCISIF POUR L'ISSUE DU LITIGE

2.6 Le fait sur lequel porte le serment doit être de nature à trancher la question litigieuse. Il ne doit pas nécessairement être décisif de l'issue globale du procès puisqu'un serment peut porter sur un incident.

## III. UN FAIT UTILE ET PERTINENT POUR LA SOLUTION DU LITIGE

2.7 La condition de l'utilité du fait à la solution du litige est controversée.

Certains auteurs considèrent que le serment est admissible même lorsqu'il ne porte pas sur des faits utiles à la solution du litige. En effet, les articles 1358 et 1360 du Code civil autorisent le serment pour tout type de contestation, même s'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit.

Cependant la jurisprudence unanime<sup>2</sup> en Belgique estime fort logiquement que le serment doit porter sur des faits utiles à la solution du litige en ce sens que les tribunaux peuvent rejeter une demande de délation ou de relation du serment si les faits sur lesquels elle porte sont dénués de vraisemblance, entachés de contradiction, contredits par les éléments acquis aux débats ou lorsque la demande est faite dans un but purement dilatoire ou vexatoire.

Le juge apprécie l'opportunité de la délation en fonction des éléments d'espèce mais sa décision doit être motivée.

Le juge peut par conséquent examiner l'admissibilité du serment mais il ne peut en modifier le libellé. Si le fait qui est l'objet du serment n'est pas rédigé de

1. Bruxelles, 22 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1485.

2. Cass., 23 novembre 1876, *Pas.*, 1877, I, p. 26; Liège, 13 mai 1986, *Jur. Liège*, 1986, p. 414.

manière claire et précise, le juge peut écarter le serment mais ne peut le reformuler<sup>1</sup>.

#### § 4. Champ d'application du serment litisdécisoire

- 2.8 En vertu des articles 1358 et 1360 du Code civil, le serment peut porter sur toute contestation que ce soit et en tout état de cause, même en l'absence de commencement de preuve par écrit.

Le serment est par conséquent admissible en toutes matières et est soumis aux mêmes limites que l'aveu<sup>2</sup>.

A l'instar de l'aveu, le serment ne peut se substituer à l'inscription de faux ni à un acte solennel. Il ne peut également être prêté lorsqu'il aurait pour effet de renverser une présomption légale *iuris et de iure* fondée sur l'ordre public ni pour s'opposer aux conséquences d'un aveu<sup>3</sup>.

Selon certains, le serment ne peut pas porter sur des faits pouvant exposer la partie qui le prêterait à des poursuites pénales.

#### § 5. Capacité et pouvoir de prêter un serment litisdécisoire

- 2.9 Les problèmes liés à la capacité des parties se posent lorsqu'aucune d'entre elles n'est représentée durant le procès. La question du pouvoir doit être analysée lorsqu'une des parties est représentée.

### I. CAPACITÉ

- 2.10 Les parties au serment doivent avoir la capacité de disposer de l'objet du serment. Dans le cas contraire, le serment ne leur serait pas opposable.

En cas d'incapacité partielle, l'incapable peut prêter le serment s'il concerne les droits dont il a conservé la disposition.

Dans l'hypothèse d'une incapacité totale, l'incapable doit être représenté au procès et le problème qui se pose est un problème de pouvoir.

### II. POUVOIR

- 2.11 Le pouvoir général de représentation du mandataire ne vaut que pour les actes d'administration.

Il doit dès lors avoir obtenu un mandat spécial afin de déférer ou de référer le serment. Ce mandat n'est pas compris dans le mandat *ad litem* des avocats.

1. P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 736.

2. Le lecteur voudra bien se référer au chapitre sur l'aveu.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 372.

- 2.12 En ce qui concerne les représentants légaux, la question est controversée.  
Si on se fonde sur la nature «transactionnelle» du serment, il ne peut être déféré ou référé par le représentant légal. Cependant, la nature transactionnelle du serment étant douteuse (voir ci-avant), la jurisprudence et certains auteurs admettent que la délation et la relation sont possibles dans toutes les matières où le représentant ne doit pas être (spécialement) habilité<sup>1</sup>.

## § 6. PROCÉDURE ET FORME

- 2.13 La délation se fait par voie de conclusions qui contiennent les faits qui font l'objet du serment.  
Le juge vérifie l'admissibilité du serment quant à son objet, la matière où il est déféré, la capacité et les pouvoirs.  
En vertu de l'article 1005 du Code judiciaire, le juge ordonne le serment en énonçant les faits, ou rejette la demande. Il est généralement considéré que :
- le juge ne peut modifier substantiellement les faits énoncés mais il peut améliorer la formulation. Si une telle modification avait lieu, la partie qui a déféré le serment pourra se rétracter même si l'autre partie a accepté le serment;
  - la délation du serment peut se faire pour la première fois en degré d'appel et peut être renouvelée après une rétractation;
  - le serment est prêté par la partie en personne à l'audience et en présence de l'autre partie qui doit à tout le moins avoir été convoquée par pli judiciaire;
  - il peut être prêté devant le juge qui s'est déplacé chez la partie elle-même accompagné du greffier en cas d'empêchement légitime<sup>2</sup>;
  - le serment est un acte solennel, la formule «je le jure» doit être dite et ne peut être remplacée par les mots «je déclare», d'autres éléments peuvent cependant être ajoutés (tels que «en honneur et conscience» ou encore lever la main)<sup>3</sup>.

## § 7. Effets

### I. IRRÉVOCABILITÉ DU SERMENT LITISDÉCISOIRE

- 2.14 Le serment ne peut plus être rétracté dès que la partie à qui il a été déféré ou référé, a accepté de le prêter (art. 1364 C. civ.), sauf si le juge en a modifié la formule.  
Les actes juridiques de délation, relation, acceptation ou refus de prêter le serment pourront cependant être annulés pour cause de vice de consentement.

---

1. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 373; Gand, 22 décembre 1955 et 21 juin 1956, *R.W.*, 1957-1958, col. 1581; Cass. fr., 22 janvier 1972, *D.*, 1973, Jur., 256.

2. Concernant ces différentes hypothèses voir art. 1006 C. jud.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 383.

## II. FORCE PROBANTE

- 2.15 Le serment a une force probante absolue.  
 Une fois le serment prêté, le juge doit statuer dans le sens du serment et le procès est définitivement clos. L'appel au fond sera déclaré irrecevable<sup>1</sup>.  
 Le serment non prêté ni référé est un aveu judiciaire tacite avec toutes les conséquences qui s'y attachent<sup>2</sup>.
- 2.16 Si le faux serment est pénalement punissable, l'article 1368 du Code civil stipule que «l'adversaire n'est pas recevable à en démontrer la fausseté».  
 La victime du faux serment ne pourrait se constituer partie civile afin d'être indemnisée du dommage subi ni introduire de requête civile en cas de condamnation pénale pour faux serment<sup>3</sup>.  
 La possibilité de requête civile doit néanmoins être envisagée depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire. L'article 1133 dudit Code prévoit en effet que la requête civile peut être introduite «si on a jugé sur pièces, témoignages, rapports d'experts ou serments reconnus ou déclarés faux depuis la décision».  
 Certains auteurs se basent sur cet article pour permettre la rétractation d'un jugement coulé en force de chose jugée fondé sur un faux serment<sup>4</sup>.  
 D'aucuns<sup>5</sup> estiment au contraire – mais à tort – que dans la mesure où la loi contenant le Code judiciaire n'a pas abrogé l'article 1363 du Code civil alors qu'elle exclut toute abrogation tacite, la possibilité de requête civile doit être écartée.

## SECTION 3. LE SERMENT SUPPLÉTOIRE

### § 1<sup>er</sup>. Définition et mécanisme

- 3.1 Le serment supplétoire est le serment déferé d'office par le juge à l'une des parties (art. 1357 C. civ.).  
 Il s'agit d'une mesure d'instruction destinée à compléter les preuves existantes et jugées insuffisantes par le juge.  
 Le juge ne peut être contraint de recourir au serment supplétoire mais les parties peuvent solliciter ce recours.  
 Le juge peut également se rétracter après avoir déferé le serment.  
 Contrairement au serment litisdécisoire, le serment supplétoire ne peut être référé à l'autre partie.

1. Cass. 13 mars 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 161; Bruxelles, 9 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1470.

2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 1063.

3. Gand, 23 avril 2002, *T. Strajfr.*, 2003, p. 124; Bruxelles, 9 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1470.

4. A. LE PAIGE, *Précis de droit judiciaire*, t. IV, «Les voies de recours», Bruxelles, Larcier, 1973, n° 206.

5. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV «Les obligations», Livre II «La preuve», p. 352.

§ 2. *Conditions d'admissibilité*

- 3.2 Le domaine d'application du serment supplétoire est identique à celui du serment litisdécisoire.

L'article 1367 du Code civil soumet l'admissibilité du serment supplétoire à deux conditions :

I. LA DEMANDE OU L'EXCEPTION NE DOIT PAS ÊTRE PLEINEMENT JUSTIFIÉE

- 3.3 Cette condition est évidente. Il est inutile de déférer un serment sur un point déjà acquis.

II. LA DEMANDE OU L'EXCEPTION NE DOIT PAS ÊTRE TOTALEMENT DÉNUÉE DE PREUVES

- 3.4 Il faut qu'il existe un commencement de preuve qui rende le fait suffisamment vraisemblable<sup>1</sup>. Dans la mesure où le serment est un mode de preuve classique, il faut qu'il s'agisse d'un commencement de preuve légale.

Dans les matières où la preuve peut être administrée librement, le commencement de preuve n'est soumis à aucune forme. Il peut s'agir par exemple d'une simple déclaration ou attestation d'un tiers.

Dans les matières soumises à l'article 1341 du Code civil, il doit exister un commencement de preuve par écrit.

L'aveu étant admissible en toutes matières, un aveu incomplet ou partiel peut servir de commencement de preuve par écrit.

§ 3. *Effets*

- 3.5 La force probante du serment supplétoire n'est pas absolue. Le juge apprécie la valeur qu'il veut lui attribuer et peut fonder sa décision sur d'autres éléments<sup>2</sup>.

La preuve contraire peut être apportée.

Contrairement au cas du serment litisdécisoire, il peut être interjeté appel contre un jugement fondé sur un serment supplétoire et une condamnation pour faux serment est possible.

---

1. P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968 à 1973)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 736.

2. Liège, 31 octobre 1968, *J.T.*, 1969, p. 261.



## SECTION 4. LE SERMENT ESTIMATOIRE

### § 1<sup>er</sup>. Définition et mécanisme

- 4.1 L'article 1369 du Code civil définit le serment estimatoire ou serment *ad litem* comme celui déféré par le juge au demandeur sur la valeur d'une chose demandée.

Il s'agit d'une variante du serment supplétoire, qui ne peut être déféré qu'au demandeur et suppose que la demande soit fondée en son principe.

Il est peu utilisé en pratique<sup>1</sup>, compte tenu notamment des conditions d'admissibilité examinées ci-après et du large pouvoir d'appréciation du juge du fond.

### § 2. Conditions d'admissibilité

- 4.2 Le serment estimatoire est soumis à trois conditions d'admissibilité :
- 1) la valeur demandée ne peut être déterminée que par le recours au serment ;
  - 2) le montant maximum sur lequel porte le serment doit être déterminé par le juge ;
  - 3) l'objet ne peut être restitué en nature.

Cette dernière condition implique en principe que le serment ne peut être relatif qu'à des biens corporels mais cette conséquence est discutée<sup>2</sup>.

### § 3. Effets

- 4.3 Le serment estimatoire a les mêmes effets que le serment supplétoire. Sa force probante est relative. Le juge peut allouer le montant qu'il souhaite, même un montant moindre au montant fixé. L'appel est recevable.

1. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia Wetenschappen, 2000, p. 240.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 396.



# Chapitre 7

## Autres modes de preuve

par FABRICE MOURLON BEERNAERT<sup>1</sup> et AUDE GAUDY<sup>2</sup>

### Plan

- Section 1<sup>re</sup>. Introduction
- Section 2. L'expertise judiciaire
  - § 1<sup>er</sup>. Notion
  - § 2. Aspects essentiels
    - I. Mode de désignation des experts et mission
    - II. Objet de la mission
    - III. Caractère contradictoire de l'expertise
      - A. La convocation des parties
      - B. L'audition des parties
      - C. Les réquisitions des parties
      - D. Communication des préliminaires
    - IV. Rôle du juge
    - V. Force probante du rapport d'expertise
  - § 3. Procédure
    - I. Communication de la mission à l'expert
    - II. Déroulement des opérations
      - A. Réunion d'installation
      - B. Rapport préliminaire
      - C. Le rapport d'expertise ou rapport final
      - D. Recours
      - E. Exécution par provision
- Section 3. Le constat judiciaire
  - § 1<sup>er</sup>. Notion – Principes applicables
  - § 2. Le constat d'huissier
  - § 3. Le constat d'adultère
  - § 4. Force probante
- Section 4. La descente sur les lieux
  - § 1<sup>er</sup>. Notion – Procédure

1. Avocat au Barreau de Bruxelles et assistant à l'Université libre de Bruxelles.

2. Avocat au Barreau de Bruxelles.

## SECTION 1<sup>re</sup>. INTRODUCTION

- 1.1 Les dispositions du Code civil relatives aux modes de preuve ne sont pas exhaustives.

Certains modes de preuve qui n'y sont pas mentionnés méritent cependant d'être examinés en raison de leur fréquent usage dans la pratique. Il s'agit de l'expertise, du constat et de la descente sur les lieux. La présente étude est néanmoins limitée, ces questions relevant davantage du droit judiciaire.

On pourrait encore ajouter les constats dressés par les détectives privés conformément à la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (voir art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, 3).

## SECTION 2. L'EXPERTISE JUDICIAIRE

### § 1<sup>er</sup>. Notion

- 2.1 Il s'agit d'une mesure d'instruction spécifique, prévue par le Code judiciaire (art. 962 et s.) où le juge se fait assister d'un spécialiste ou homme de l'art :

« (...) l'expertise n'a pas pour objet de rapporter la preuve des conventions des parties ni de leurs obligations juridiques comme telles. Elle a pour objet de donner la connaissance de la réalité du fait juridique en ce qu'il a de matériel et de technique »<sup>1</sup>.

Etant donné l'évolution des techniques et des sciences, le juge a de plus en plus fréquemment recours aux connaissances d'un homme de l'art, notamment dans des litiges en matière de responsabilité, de mauvaise exécution de travaux, de propriété intellectuelle, d'informatique, de médecine, ...

### § 2. Aspects essentiels

#### I. MODE DE DÉSIGNATION DES EXPERTS ET MISSION

- 2.2 L'expert peut être désigné à la demande d'une partie, des deux parties, ou d'office par le juge, par une demande principale ou avant dire droit.

---

1. P. LURQUIN, *Précis de l'expertise du Code judiciaire, en matière civile, commerciale et du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 23.

Il faut également noter que l'expert peut être désigné dans une procédure unilatérale<sup>1</sup>, ce qui implique que le juge décide sans entendre la partie adverse. Cependant l'expertise elle-même doit, en matière civile, toujours avoir lieu de manière contradictoire.

Le juge désigne l'expert par un jugement avant dire droit.

La demande de désignation d'un expert doit être claire et sans équivoque<sup>2</sup> mais le juge peut refuser de désigner un expert.

L'expertise peut également être demandée au principal en cas de menace objective et actuelle d'un litige (art. 962 C. jud.) ou par voie de référé en cas d'urgence (art. 584 C. jud.).

Le juge ne peut ordonner le recours à l'expertise que si celle-ci est réellement utile. Il ne peut par exemple pas désigner d'expert s'il dispose déjà d'éléments suffisants afin de trancher le litige, s'il existe des méthodes d'investigation moins onéreuses et plus rapides, si les constatations sont impossibles ou inutiles ou s'il existe un danger que les coûts d'une expertise ne soient pas justifiés en raison de la valeur du litige<sup>3</sup>.

En vertu de l'article 963 du Code judiciaire, l'objet de l'expertise doit être indiqué avec précision dans le jugement.

Les parties peuvent faire acter leur accord de procéder à une expertise dans un jugement d'accord en indiquant également l'expert choisi<sup>4</sup> mais le juge conserve le pouvoir de compléter la description de la mission s'il l'estime nécessaire.

En sens inverse, une des parties peut ramener la cause à l'audience afin de solliciter un élargissement de la mission de l'expert.

Le juge fixe également le délai dans lequel l'expert doit déposer son rapport (art. 963 C. jud.).

## II. OBJET DE LA MISSION

- 2.3 La mission de l'expert doit avoir un caractère technique, l'expert peut donner son avis sur l'état des choses ou leurs causes ou conséquences mais pas sur le bien-fondé de la demande<sup>5</sup> (art. 962 C. jud.).

En effet, le juge ne peut déléguer à l'expert sa mission de juger (art. 11 C. jud.).

Dans certains cas néanmoins, la mission technique de l'expert est difficilement séparable de l'aspect strictement juridique (par exemple en matière de bornage ou de roulage)<sup>6</sup>.

1. Pour la différence entre la désignation d'un expert dans une procédure unilatérale par le juge de paix et les présidents des tribunaux de commerce, de première instance ou du travail, voir respectivement art. 594, 1, C. jud. et 584, al. 3 et 4 C. jud., et P. TAELEMAN, « Het deskundige onderzoek in burgerlijke zaken », in B. TILLEMANN et G. DE LEVAL, *Gerechtelijke deskundigenonderzoek*, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 69-71.

2. Cass., 20 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 437.

3. P. TAELEMAN, « Het deskundige onderzoek in burgerlijke zaken », in B. TILLEMANN et G. DE LEVAL, *Gerechtelijke deskundigenonderzoek*, Bruges, Die Keure, 2003, p. 72.

4. Voir en ce sens l'article 977 du Code judiciaire.

5. Cass., 14 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1021; A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, A.P.R., Gand, 1975, n° 111.

6. Pour des exemples plus détaillés voir P. LURQUIN, *Précis de l'expertise du Code judiciaire, en matière civile, commerciale et du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 62.

Une description précise de l'objet de l'expertise est légalement exigée (art. 963 C. jud.).

En pratique, la partie qui demande la désignation de l'expert décrit sa mission. La partie adverse peut formuler des remarques ou élargir la mission. Le juge peut ensuite corriger, reprendre ou modifier la mission ainsi suggérée par les parties<sup>1</sup>.

### III. CARACTÈRE CONTRADICTOIRE DE L'EXPERTISE

- 2.4 Le rapport du Commissaire royal à la réforme judiciaire ayant précédé l'adoption du Code judiciaire précise que «*le caractère contradictoire de l'expertise participe du débat judiciaire et qu'une pareille loyauté doit la marquer toute entière. La règle s'applique à toutes les interventions de l'expert*»<sup>2</sup>.

Ce caractère se marque lors de quatre stades de l'expertise.

#### A. La convocation des parties

- 2.5 Les parties doivent être convoquées à toutes les opérations de l'expertise à moins qu'elles n'aient dispensé l'expert de les informer (art. 973, al. 3 C. jud.).

Si une des parties ne se présente pas à une opération alors qu'elle a été dûment convoquée, l'expertise est néanmoins contradictoire<sup>3</sup>.

Les parties peuvent être assistées d'un conseil juridique ou technique. Elles peuvent être représentées par leur conseil technique, sauf s'il s'agit d'actes de procédure.

#### B. L'audition des parties

- 2.6 L'expert doit entendre les explications verbales ou écrites des parties, recevoir leurs dossiers, leurs notes de faits directeurs, en vérifiant que ce qui lui a été communiqué par une partie l'a également été à l'autre (art. 972 C. jud.).

#### C. Les réquisitions des parties

- 2.7 L'article 972 du Code judiciaire prévoit que les parties peuvent faire toutes réquisitions utiles à l'expert. L'expert doit y répondre.

#### D. Communication des préliminaires

- 2.8 La première partie du rapport qui concerne la première réunion, les dires et réquisitions des parties et la constatation des faits, doit être communiquée aux

---

1. Liège, 22 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1977, p. 1259.

2. Rapport sur la Réforme judiciaire, par M. Charles VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Monteur belge*, 1964, p. 359.

3. A. CLOQUET, *Deskundig onderzoek in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, A.P.R., Gand, 1960, n° 100.

parties en leur donnant un délai pour y répondre ou formuler des observations<sup>1</sup>.

L'expert ne peut pas prendre unilatéralement contact avec une des parties ou le juge. Les parties ne peuvent pas non plus contacter directement l'expert sans en informer immédiatement ou simultanément l'autre partie par écrit.

#### IV. RÔLE DU JUGE

- 2.9 Le juge désigne l'expert, est associé au déroulement de l'expertise et détient un pouvoir de contrôle.

Il peut notamment assister aux opérations, ce qui peut impliquer par exemple une descente sur les lieux, ou être saisi en cas de difficulté (par exemple en cas de non collaboration d'un tiers ou d'une partie)<sup>2</sup>.

#### V. FORCE PROBANTE DU RAPPORT D'EXPERTISE

- 2.10 Les préliminaires du rapport font preuve jusqu'à l'inscription de faux des constatations de fait (par exemple des dires des parties, des dates, des plans,...)<sup>3</sup>.

Conformément à l'article 986 du Code judiciaire, le juge n'est pas lié par la seconde partie du rapport d'expertise, à savoir l'avis motivé et les conclusions de l'expert.

Il apprécie souverainement la valeur du rapport d'expertise mais ne peut s'écarter des conclusions de l'expert sans motivation<sup>4</sup>. Il peut par exemple se fonder sur une partie du rapport et en rejeter une autre. En pratique, on constate que le juge suit le plus souvent le rapport de l'expert.

Il ne peut également pas donner au rapport une interprétation inconciliable avec ses termes<sup>5</sup> ou attribuer à l'expert un avis ou des constatations qu'il n'a pas émis.

En ce qui concerne l'opposabilité du rapport d'expertise au tiers, la Cour de cassation dans son arrêt du 22 décembre 1983<sup>6</sup>, a estimé que la règle selon laquelle le rapport d'expertise ne peut être opposé à un tiers a uniquement pour conséquence que les conséquences juridiques liées à un rapport d'expertise en tant que mode de preuve ne sont pas opposables aux tiers. La Cour indique cependant que cela n'empêche pas que l'expertise en tant que telle, les constatations et l'avis de l'expert soient des faits existants. Si un rapport d'expertise réalisé dans le cadre d'une procédure en justice est ultérieurement produit dans un litige entre d'autres parties, le juge peut y puiser des présomptions pour autant que ce dernier mode de preuve soit admissible.

1. Art. 978 C. jud.

2. D. MOUGENOT, «Durée des expertises et contrôle du juge», *J.T.*, 1996, p. 361; L.M. HENRION, «L'article 973 du Code judiciaire: une disposition oubliée», *R.D.C.*, 1992, p. 141.

3. *R.P.D.B.*, t. V, v<sup>o</sup> *Expertise-Expert*, n<sup>o</sup> 85.

4. Cass., 5 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 931; Cass., 8 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 539; P. LURQUIN, *Précis de l'expertise du Code judiciaire, en matière civile, commerciale et du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 86 et 97.

5. Cass., 2 septembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 1; Cass., 24 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 85.

6. Cass., 22 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 456.

### § 3. Procédure

#### I. COMMUNICATION DE LA MISSION À L'EXPERT

- 2.11 La décision de nomination de l'expert lui est notifiée par le greffier à la requête de la partie la plus diligente. L'expert doit prendre attitude dans les 8 jours et s'il accepte il doit aviser les parties et le juge du lieu, jour et heure où il commencera les opérations (art. 965, al. 2 C. jud.).

#### II. DÉROULEMENT DES OPÉRATIONS

##### A. Réunion d'installation

- 2.12 La première réunion est nommée «réunion d'installation». L'expert y réalise généralement les opérations suivantes:
- acter la présence ou l'absence des parties;
  - demander aux parties si elles se font assister par un conseil technique, de sorte que celui-ci pourra être invité à l'avenir à être présent lors des opérations d'expertise<sup>1</sup>;
  - demander aux conseils concernés en quelle qualité ils prennent part aux opérations;
  - demander aux parties (ou à leurs conseils) s'il doit les inviter à toutes ou à une partie seulement des opérations ultérieures;
  - recevoir le dossier des parties;
  - demander si les pièces, documents et notes qui lui ont été communiqués l'ont été également aux autres parties<sup>2</sup>;
  - écouter les parties dans leurs explications et demandes et acter celles-ci;
  - le cas échéant, vérifier si les parties sont d'accord à propos de la mission d'expertise et/ou si aucune modification ne doit être apportée à cette mission;
  - le cas échéant, vérifier s'il n'y a pas de raison de croire que la mesure dissimule une simulation ou une fraude;
  - informer les parties de l'orientation qu'il souhaite donner ultérieurement à l'expertise (par exemple la nécessité de faire certains actes déterminés ou de faire appel à un sapiteur)<sup>3</sup>;
  - essayer de concilier les parties, afin d'éviter des coûts d'expertise supplémentaire.
- Après cette réunion d'installation, l'expert pourra encore organiser certaines opérations et réunions s'il l'estime utile à l'accomplissement de sa mission.

---

1. J. GILLARDIN, «Le déroulement de l'expertise», in *L'expertise*, Série Travaux et Recherches, n° 31, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 151.  
2. Si toutes les parties sont représentées par un conseil, l'expert peut supposer que cette communication a été effectuée.  
3. J. GILLARDIN, «Le déroulement de l'expertise», in *L'expertise*, Série Travaux et Recherches, n° 31, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 148.



**B. Rapport préliminaire**

- 2.13 Après que l'expert a effectué ses constatations, il transmet celles-ci aux parties (art. 978 C. jud.).  
Les parties peuvent ensuite communiquer leurs remarques dans le délai fixé. L'expert prend ces dernières en considération dans son rapport final.

**C. Le rapport d'expertise ou rapport final**

- 2.14 L'expert établit un rapport qui mentionne la présence des parties lors des opérations, leurs déclarations orales et leurs demandes, un inventaire des pièces et notes déposées (art. 979 et 980 C. jud.), son avis motivé et ses conclusions.  
Le rapport doit être signé et le serment, prévu par la loi, doit être mentionné à peine de nullité (art. 979 C. jud.).  
Le rapport fait également état des honoraires et de frais payables à l'expert. La minute du rapport et les notes des parties sont déposées au greffe. Le dépôt du rapport met fin à la mission de l'expert.

**D. Recours**

- 2.15 Si l'expert est nommé dans une procédure contradictoire, il est possible de faire opposition (en cas de jugement par défaut) ou appel de la décision de désignation.  
Si l'expert est nommé suite à une requête unilatérale, une tierce opposition est possible pour la partie qui est désavantagée.

**E. Exécution par provision**

- 2.16 L'article 1496 du Code judiciaire précise que lorsqu'un jugement contient une mesure d'instruction, il est de plein droit exécutoire par provision à cet égard. L'appel ou l'opposition ne suspendent donc pas la mission de l'expert.  
Il faut remarquer que l'expertise n'est nulle de nullité absolue qu'en cas de violation de la loi sur l'emploi des langues et en cas de défaut de serment.

**SECTION 3. LE CONSTAT JUDICIAIRE***§ 1<sup>er</sup>. Notion – Principes applicables*

- 3.1 L'article 516 du Code judiciaire permet aux particuliers de faire appel à un huissier de justice afin d'effectuer des constatations matérielles.  
Les autorités judiciaires peuvent également prescrire des constats d'huissier. Il s'agit:  
– de la désignation d'un ou plusieurs experts (voir *supra*);  
– des constats qui font partie des fonctions des huissiers de justice (art. 516 C. jud.);

- des constats ordonnés par les présidents de tribunaux en vertu de l'article 584, alinéa 4, 2, du Code judiciaire<sup>1</sup>;
- des constats d'adultère prescrits par le président du tribunal de première instance conformément à l'article 1016*bis* du Code judiciaire.

### § 2. *Le constat d'huissier*

- 3.2 L'article 516 du Code judiciaire permet aux particuliers de faire appel à un huissier de justice afin d'effectuer des constatations matérielles. L'huissier ne peut donner son avis personnel sur les conséquences de fait ou juridiques découlant de celles-ci.

### § 3. *Le constat d'adultère*

- 3.3 Les huissiers de justice peuvent être autorisés par décision de justice à effectuer les constatations nécessaires à l'établissement de l'adultère dans le chef d'un des époux (art. 1016*bis* C. jud.). Ils peuvent à cette fin pénétrer dans les différents lieux indiqués par la décision entre 5h00 et 21h00 accompagné d'un officier de police ou/et d'un serrurier<sup>2</sup>.

### § 4. *Force probante*

- 3.4 Seules les constatations légales indispensables telles que mentionnées à l'article 43 du Code judiciaire (p. ex. la date, le lieu et l'heure) bénéficient de l'authenticité et valent jusqu'à inscription de faux. Les autres mentions à savoir les constatations de l'huissier destinées à servir de preuve ne valent que comme présomptions<sup>3</sup>.

Si l'huissier a effectué ses constatations dans des conditions illégales, elles n'ont aucune force probante<sup>4</sup>. Tel n'est cependant pas le cas au simple motif que l'huissier ne se serait pas annoncé ou n'aurait pas décliné son identité<sup>5</sup>.

Certains auteurs estiment que les constatations matérielles faites par l'huissier dans le constat d'adultère sont couvertes par l'authenticité<sup>6</sup>. D'aucuns

---

1. Il faut souligner que l'article 584, alinéa 4, 2, du Code judiciaire est inutilisé en pratique dans la mesure où l'article 516 du Code judiciaire permet actuellement la désignation d'un huissier aux fins d'effectuer un constat.

2. Voir pour plus de détails : G. DE LEVAL, «Le constat d'adultère par huissier de justice», *Ann. Dr. Lg.*, 1988, pp. 222-238 ; C. PANIER, «Le contenu et les modalités du constat d'adultère», *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1475-1476.

3. Cass., 20 février 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 690.

4. Civ. Liège, 21 décembre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 71.

5. Comm. Bruges, 22 janvier 2004 (inédit), *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> *Exploit*, pp. 1-4, n<sup>o</sup> 23 et v<sup>o</sup> *Huissier*, pp. 232-233, n<sup>os</sup> 130 à 134.

6. J.P. MASSON, «Les personnes – Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 384 ; R. RUTTIENS, «L'adultère et son constat», *J.T.*, 1987, p. 660.

contestent cette thèse en ce qu'elle est contraire aux travaux parlementaires qui précisent que les constatations de fait des constats d'adultère ne peuvent pas avoir la même force probante que les actes authentiques<sup>1</sup>.

## SECTION 4. LA DESCENTE SUR LES LIEUX

### § 1<sup>er</sup>. *Notion – Procédure*

- 4.1 Comme pour l'expertise, le juge peut souhaiter vérifier la réalité d'un fait matériel en se rendant sur les lieux afin d'y faire des constatations (art. 1007 et s. C. jud.).

Le juge indique dans une décision notifiée aux parties les lieux, heure et jour de la descente et celle-ci est effectuée par le juge qui l'a ordonnée ou par le juge désigné dans la décision. Le juge effectue ses constatations même en l'absence des parties mais il peut ordonner leur comparution personnelle.

Le juge établit ensuite un procès-verbal relatant les opérations et ses constatations<sup>2</sup>.

Celui-ci est notifié aux parties.

---

1. D. MOUGENOT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, t. IV « Les obligations », Livre II « La preuve », p. 363 ; G. DE LEVAL, « Le constat d'adultère par huissier de justice », *Ann. Dr. Lg.*, 1988, p. 236.

2. Civ. Namur, 17 janvier 1991, *J.T.*, 1991, p. 503 (le procès-verbal de descente sur les lieux signé par le juge et son greffier bénéficie de l'authenticité).