

Chapitre 3. La preuve littérale

640 Introduction

La « preuve littérale » ou « preuve écrite » désigne toute forme de preuve par écrit. Elle vise essentiellement les « écrits signés » c'est-à-dire les écrits qui sont préalablement rédigés et signés pour servir de preuve (*instrumentum*). Cette catégorie englobe principalement les actes authentiques et les actes sous seing privé (sections 1 et 2). D'autres écrits seront aussi brièvement évoqués (section 3).

SECTION 1. L'ACTE AUTHENTIQUE

650 Notion

Selon l'article 1317 du Code civil, « *l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ».

Il existe une grande variété d'actes authentiques. En pratique, on cite essentiellement les actes des notaires²⁰⁹ mais la notion inclut aussi les exploits des huissiers de justice, certains actes des fonctionnaires ou de mandataires publics, les actes de procédure accomplis par les magistrats et leurs greffiers, les actes de l'état civil, etc. Ajoutons également que les formalités exigées par la loi varient d'un acte à l'autre, ce qui ne rend pas leur étude aisée.

SOUS-SECTION 1. CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DE L'ACTE AUTHENTIQUE

§ 1. *L'acte authentique traditionnel*

660 Conditions

La validité d'un acte authentique est conditionnée à l'intervention régulière d'un officier public, à sa signature de l'acte ainsi qu'au respect de certaines formes.

670 Commentaire des conditions

Il faut tout d'abord l'intervention d'un fonctionnaire public ou d'un officier ministériel qui a été investi de cette mission par la loi (le notaire, l'huissier de justice, etc.). C'est précisément l'intervention de cette personne qui donne le caractère authentique à l'acte.

Ensuite, l'intervention de l'officier public doit être régulière. Cela présuppose que ce dernier respecte tant sa compétence matérielle (l'officier public ne peut instrumenter que dans le cadre de ses attributions légales) que territoriale (l'officier public ne peut instrumenter que dans le cadre de son ressort, qui peut varier d'un officier public à l'autre: l'arrondissement pour le huissier de justice, la commune pour le bourgmestre, etc.).

209. Pour une étude approfondie, voy. M. RENARD-DECLAIRFAYT, 'La force probante des actes notariés', *Rép. not.*, t. XI, 1. VI/1, éd. 1983.

L'officier public est en outre tenu d'apposer sa signature. Celle-ci donne définitivement le caractère authentique à l'acte. Dans l'état actuel du droit, la signature de l'officier public, tout comme celle des parties, doit être manuscrite²¹⁰. Elle ne peut pas être remplacée par exemple par une griffe ou un cachet.

Enfin, la force probante particulière qui est reconnue aux actes authentiques justifie le soin qui doit être apporté lors de leur rédaction. C'est ainsi que la loi du 25 ventôse an XI, concernant les actes notariés, détermine avec précision dans ses articles 11 à 17 les règles de forme que les notaires doivent respecter. Certaines de ces formes sont d'ailleurs prescrites sous peine de nullité de l'acte²¹¹.

§ 2. *L'acte authentique électronique*

680 **Principe**

Depuis la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique²¹², l'acte authentique électronique est devenu une réalité juridique, à tout le moins dans les textes. En effet, son article 28 prévoit d'ajouter l'alinéa suivant à l'article 1317 du Code civil: «*Il [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*».

690 **N'est-ce pas encore du « notariat fiction »?**

Comme l'expliquent les travaux préparatoires de la loi²¹³, le législateur belge a voulu, à l'instar du législateur français, poser d'ores et déjà le principe que l'acte authentique peut être dématérialisé et que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. Toutefois, étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que sa dématérialisation ne remette pas en cause les garanties de l'authenticité, le législateur reconnaît qu'il convient de se donner le temps d'effectuer un travail de réflexion sur le plan juridique et technique en vue de vérifier que les exigences de l'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. On ne peut évidemment faire l'économie d'une étude sur l'identité, le rôle et les missions de l'officier public dans ce contexte. C'est pourquoi le texte renvoie sagement la question de sa mise en œuvre pratique à un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, dont l'adoption n'est probablement pas pour demain.

Cette question a déjà fait l'objet de nombreuses réflexions au sein des milieux concernés, sans que celles-ci n'aient toutefois débouché à ce jour sur des applications concrètes, en raison notamment des nombreux obstacles juridiques, techniques, organisationnels et socio-culturels à lever²¹⁴. On peut donc encore largement parler de « notariat fiction ».

210. Nous verrons en effet par la suite que l'alinéa 2 de l'article 1322 du Code civil relatif à la signature électronique ne s'applique qu'aux actes sous seing privé.

211. Plus exactement, l'acte perdra son caractère authentique mais conservera le cas échéant la qualité d'écrit sous seing privé, et pourra faire preuve à ce titre: voy. à ce sujet D. MOUGENOT, *Droit des obligations La preuve*, 2002, n° 91, pp. 153-154.

212. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

213. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 58.

214. Sur cette question, nous renvoyons le lecteur notamment aux contributions suivantes: A. GOBIN, 'Pour une problématique notariale des autoroutes de l'information. Le notariat et les contrats immatériels', *J.C.P.*, Ed. N, 1995, n° 3567, pp. 1749-1762; Actes du Congrès des notaires de l'an 2000, *Authenticité et informatique. Authenticiteit en informatica*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000.

SOUS-SECTION 2. FORCE PROBANTE DE L'ACTE AUTHENTIQUE

700 **Notion et principe**

Par force probante d'un acte, on entend « la foi due à cet acte en tant qu'il est retenu comme preuve par la loi »²¹⁵.

L'article 1319, alinéa 1, du Code civil détermine la force probante de l'acte authentique entre les parties à l'acte. Selon cet article, « l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause ». Malgré sa formulation malheureuse²¹⁶, on constate la force probante élevée que ce texte attribue à l'acte authentique.

710 **Etendue exacte de la force probante**

Contrairement à l'acte sous seing privé, l'acte authentique n'a pas besoin d'être reconnu. En effet, il fait foi par lui-même de l'origine de l'écriture tant des parties que de celle de l'officier public qui reçoit l'acte. Plus précisément, l'acte authentique fait foi de ce que l'officier public affirme avoir fait (une recherche en matière d'origine de propriété ou le respect de telle ou telle formalité) et de toutes ses constatations personnelles. Cette affirmation présuppose que ces constatations et affirmations soient contenues dans les limites de sa compétence et soient faites au moment de la réception de l'acte.

Si l'une des parties ne marque pas son accord, la seule manière de contester les mentions couvertes par l'authenticité est de mettre en œuvre la procédure spéciale d'inscription de faux soit au pénal soit au civil²¹⁷. Cette obligation de s'inscrire en faux cesse toutefois lorsque les mentions couvertes par l'authenticité sont contredites par d'autres mentions du même acte ou d'un autre acte authentique. La force probante des premières est alors détruite par celle des secondes²¹⁸.

Par contre, ne sont pas couverts par l'authenticité les faits que l'officier public n'atteste pas avoir accomplis ou constatés personnellement ou encore qu'il aurait constatés hors du cadre de sa compétence. Il en est de même de la sincérité des déclarations faites par les parties²¹⁹.

Il en résulte que pour apporter la preuve contraire de telles mentions non protégées par l'authenticité, il n'est pas nécessaire de procéder à l'inscription de faux. Il convient uniquement d'appliquer les règles générales de la preuve. Pour rappel, l'article 1341 du Code civil interdit de prouver contre ou outre le contenu d'un écrit par témoignages ou par présomptions²²⁰. En revanche, la preuve par aveu ou serment est admise (*cf. supra*).

215. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^{ème} éd., n° 747, A.

216. Voy. à ce sujet, D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 92, pp. 154-155.

217. Pour un commentaire approfondi sur cette procédure, voy. M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, n°s 217 et s.

218. Pour plus de détails, voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 94, p. 156 et les références.

219. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^{ème} éd., n° 758.

220. Cette règle ne vaut toutefois pas pour les constatations faites en dehors des compétences de l'officier public.

SECTION 2. L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

720 **Notion**

L'acte sous seing privé est un écrit établi par de simples particuliers et signés par eux, généralement dans le but de se préconstituer un moyen de preuve. La loi n'impose, en principe, aucun formalisme particulier ni l'intervention d'un officier public agissant en cette qualité²²¹. La rédaction d'un écrit et la signature de la personne (s'il s'agit d'un acte unilatéral) ou des parties (s'il s'agit d'un acte bi- ou multilatéral) suffisent pour obtenir un acte sous seing privé.

SOUS-SECTION 1. CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DE L'ACTE
SOUS SEING PRIVÉ730 **Introduction**

On le sait, la seule condition à remplir pour la validité d'un acte sous seing privé est la présentation d'un « écrit signé ». Que faut-il entendre par écrit et par signature? Avant d'aborder précisément ces concepts, nous verrons que le législateur a désormais consacré la théorie des équivalents fonctionnels dans ce domaine.

*§ 1. Ouverture des concepts: le principe de l'approche par équivalents fonctionnels*740 **Evolution des concepts**

Pendant de nombreuses années, l'acte sous seing privé a été envisagé comme un écrit *papier* signé *manuscritement* et notre système juridique a pu se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve en vue de l'adapter aux nouvelles technologies de l'information. En effet, le caractère fermé des réseaux a généralement permis aux parties de combler par voie conventionnelle les vides de la loi. De fait, les intéressés n'ont pas manqué de faire usage de la faculté d'aménager les règles supplétives de la preuve, notamment en conférant une valeur juridique à certains mécanismes de signature électronique.

Le développement d'Internet a changé la donne. Caractérisé par son ouverture, le réseau des réseaux permet au tout venant d'y accéder librement et à tout moment, y compris pour nouer des relations juridiques occasionnelles avec des partenaires inconnus au préalable. La solution contractuelle n'étant plus de mise en pareille hypothèse, il devient difficile de se satisfaire du régime probatoire attaché à l'acte sous seing privé, et plus exactement de la conception formaliste de l'écriture et de la signature qui a été retenue par la Cour de cassation²²², bien avant l'avènement d'Internet il est vrai.

221. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 99, p. 158.

222. Cass., 24 févr. et 3 nov. 1910, *Pas.*, 1910, I, pp. 241 et 475; Cass., 1^{er} mars 1917, *Pas.*, 1917, I, p. 118; Cass., 7 janv. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456; Cass., 2 oct. 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 106; Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 69, note M. VAN QUICKENBORNE.

750 **Consécration de l'approche fonctionnelle**

N'étant plus en mesure de se satisfaire uniquement de l'écrit papier et de la signature manuscrite, une approche fonctionnelle des concepts d'écrit et de signature a été adoptée par le législateur belge. La théorie des équivalents fonctionnels consiste à abandonner la vision formaliste des concepts pour s'attacher plutôt aux fonctions traditionnelles remplies par ceux-ci. Ainsi, en consacrant une définition fonctionnelle de l'écriture et de la signature, on considère que constituent un écrit et une signature, et bénéficient dès lors des effets juridiques liés à ceux-ci, non seulement l'écrit papier et la signature manuscrite, mais également tout mécanisme qui permet de remplir avec une fiabilité raisonnable les fonctions traditionnelles de l'écrit et de la signature²²³.

Il convient désormais de s'interroger précisément sur les fonctions qui sont assignées tant à l'écrit qu'à la signature.

§ 2. *L'écriture: une définition légale de l'écrit*760 **Absence de définition de l'écrit jusqu'il y a peu**

Il est remarquable que pendant longtemps l'écrit n'ait pas fait l'objet d'une définition légale, ni dans le Code civil, ni dans aucune loi particulière. Lors de la récente adaptation par la loi du 20 octobre 2000 du droit de la preuve aux technologies nouvelles, le législateur belge n'avait d'ailleurs pas jugé utile de définir le concept d'écrit. L'exposé des motifs de cette loi précisait en effet: « Afin d'éviter de devoir introduire dans le Code civil un concept totalement nouveau tel que celui de *document* ou *d'information*, ce qui mettrait en péril la cohérence du Code, le projet ne touche pas au concept *d'écrit* ». Ce même exposé ajoute que « cette notion n'a nulle part été définie expressément dans le Code civil, mais la jurisprudence et la doctrine s'accordent de plus en plus pour considérer qu'il convient de l'interpréter de façon large et qu'il ne faut pas considérer comme écrit le seul texte manuscrit ou imprimé sur un support papier »²²⁴.

Si la plupart des auteurs s'accordent effectivement pour dissocier l'écrit de tout support²²⁵, les opinions divergent quant à ses fonctions. Une partie de la doctrine attribue à l'écrit les qualités de lisibilité, de stabilité et d'inaltérabilité, tandis que d'autres considèrent que certaines de ces qualités ne relèvent pas de l'essence de

223. Pour une analyse approfondie de la théorie des équivalents fonctionnels, voy. notamment D. GOBERT et E. MONTERO, 'La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle', *DA/OR*, 2000, n° 53, pp. 17-39; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 83-1, pp. 140-145; M. DEMOULIN et E. MONTERO, 'Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique' in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du Crid, n° 23, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 131-194; L. GUINOTTE, 'La signature électronique après les lois des 20 octobre 2000 et 9 juillet 2001', *J.T.*, sept. 2002, n° 6063, pp. 553-561.

224. Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 38/6, p. 11.

225. Voy. M. FONTAINE, 'La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles', in *La Preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 18; M. ANTOINE et D. GOBERT, 'Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification', *R.G.D.C.*, 1998, n° 4/5, p. 291; A. PRŪM, 'L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance', in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 267. Pour une étude approfondie du concept d'écrit au regard des nouvelles technologies, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, 'L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique', *J.T.*, 2001, spéc. pp. 117-119; D. MOUGENOT, 'Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil?', *Revue Ubiquité*, 2000, pp. 121-128.

l'écrit, mais plutôt des caractéristiques de son support traditionnel, à savoir le papier²²⁶, voire des caractéristiques de la signature.

770 Définition légale de l'écrit

Dans un contexte aussi controversé sur la notion d'écrit, il devenait nécessaire d'adopter une définition légale de l'écrit. C'est chose faite avec l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la loi du 11 mars 2003 qui dispose 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* »²²⁷.

780 Notion de l'écrit indépendante de son support

Cette disposition adopte une approche fonctionnelle de l'écrit. Cette notion se trouve ainsi libérée de tout support ou mode de transmission, et en particulier du papier qui était le support traditionnel jusqu'il y a peu. Un écrit peut désormais être fixé ou transmis sur tout support, matériel ou immatériel: papier manuscrit ou imprimé, CD-Rom, disquette, disque dur, fibre optique, ondes hertziennes...

790 Champ d'application de la définition

La clause est transversale en ce sens qu'elle ne se limite pas au droit de la preuve mais est applicable à toute législation ou réglementation dans laquelle un écrit est exigé au cours du processus contractuel. Cette clause générale permet aussi de lever l'incertitude à l'égard de certaines dispositions légales confuses qui laissent présupposer que l'écrit reste tributaire du support papier. A titre d'exemple, citons des expressions telles que « *par écrit ou au moyen de tout autre support* »²²⁸ ou « *par écrit ou sur un autre support durable* »²²⁹. A l'évidence, l'écrit est ici confondu avec l'écrit sur papier. Ces dispositions constituent une incohérence flagrante par rapport à la conception ouverte que veut imposer la clause transversale relative à l'écrit²³⁰.

800 Conception minimale de la notion

La disposition légale envisage l'écrit dans sa conception minimale. Dans cette optique, les qualités fonctionnelles qu'elle énonce constituent le dénominateur commun de toutes les formalités relatives à l'écrit. Les seules qualités fonctionnelles de l'écrit sont la lisibilité et la stabilité. Ainsi, pour avoir un écrit, il faut et il suffit

226. A ce sujet, outre les références citées à la note précédente, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, 'Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne', in *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 207; D. MOUGENOT, *op. cit.*, nos 83-1 à 83-3, pp. 140-148.

227. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

228. Certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 3 janv. 2001.

229. Art. 79, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur; art. 4, § 1^{er}, al. 2, et art. 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (*M.B.*, 17 août 2002).

230. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 177.

d'être en présence d'*une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement*. L'écrit se compose donc d'un ensemble de lettres ou de chiffres (tel le langage binaire) doté de sens et *lisible*, soit directement, soit par le biais d'un dispositif quelconque (ordinateur, logiciel *ad hoc* et éventuellement logiciel de décryptage). L'écrit doit en outre être suffisamment *stable*, puisqu'il doit pouvoir être consulté ultérieurement²³¹.

Dans certains cas, l'écrit exigé ne doit pas présenter d'autres qualités aux yeux du législateur. C'est le cas, par exemple, lorsque des mentions informatives sont exigées préalablement à la conclusion du contrat, sans que ces informations soient intégrées au contenu contractuel. Il s'agit là d'une exigence, implicite, d'un écrit stable et lisible²³².

Il convient également de distinguer l'écrit d'autres notions, telles que l'acte sous seing privé, l'acte authentique, l'original, la copie, etc. L'exigence d'un écrit doit donc être considérée comme une exigence *minimale*, à laquelle on peut ajouter celle d'une signature, de l'intervention d'un notaire, etc.

Bien entendu, l'exigence d'une signature est parfois implicitement liée à celle d'un écrit. A titre d'exemple, lorsque l'article 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre dispose que le contrat d'assurance se prouve par écrit. Il n'est pas besoin de lire qu'il faut une signature pour comprendre que le législateur exige ici un acte sous seing privé²³³. Mais il est des cas où le législateur prend la peine de préciser explicitement que l'écrit exigé doit en outre être signé, ce qui signifie qu'à ses yeux, le concept d'écrit n'implique pas nécessairement une signature. C'est le cas, par exemple, de l'article 19, alinéa 3, de la loi relative au crédit à la consommation, qui stipule que la notification au prêteur de la livraison du bien ou de la prestation du service financé est constituée obligatoirement « *par un écrit, notamment un document de livraison, daté et signé par le consommateur* ».

Toutefois, une telle association entre l'écrit et la signature n'est pas systématique. Ainsi, l'écrit qui est exigé à l'article 79, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 pour la confirmation d'informations au consommateur dans le cadre de la conclusion d'un contrat à distance ne doit à l'évidence pas être signé²³⁴. Il appartient au juge d'apprécier souverainement au cas par cas si un écrit seul est exigé ou si des garanties additionnelles implicites, telle la signature, sont visées.

810 Pour résumer

Une chose est certaine: l'écrit est désormais défini très largement et peut être tant matériel qu'immatériel. Il suffira que cet écrit soit signé pour être élevé au rang des actes sous seing privé, cas qui nous préoccupe ici. La signature peut alors être soit manuscrite soit électronique.

231. Sur cette deuxième qualité, un auteur a fait remarquer qu'elle était assez théorique car soit le document existe toujours lorsque le litige naît, et sa stabilité ne peut alors être mise en cause, soit il n'existe plus et la question de sa valeur comme écrit ne se pose plus: B. VANBRABANT, 'La *probatio internetica*: bilan et perspectives', *Act. dr.*, 2000, p. 487, note 11.

232. On songe, par exemple, aux informations devant être fournies avant la passation d'une commande sur un site web en vertu de l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique.

233. D. GOBERT et E. MONTERO, 'Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne', *op. cit.*, pp. 223-228.

234. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 178.

§ 3. *La signature manuscrite*

820 **Maintien de la notion de signature manuscrite**

Nous verrons dans le paragraphe suivant que le législateur a consacré une définition fonctionnelle de la signature qui se limite aux seules signatures électroniques. Le législateur ne souffle donc mot de la signature manuscrite. Le but ainsi recherché est probablement d'affirmer que peuvent désormais exister et être admises d'autres formes de signature que la signature manuscrite, sans toutefois balayer l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale qui a été faite de cette dernière.

830 **Fonctions traditionnelles de la signature**

Traditionnellement, la doctrine considère que la signature remplit une double fonction: elle permet d'identifier l'auteur d'un acte et exprime son adhésion au contenu de ce dernier²³⁵. En d'autres termes, la signature crée une sorte de présomption que son auteur adhère au texte qu'il signe. Par ailleurs, la signature manuscrite combinée à l'écrit papier permet d'assurer l'intégrité du contenu²³⁶.

840 **En pratique, qu'est-ce qu'une signature manuscrite?**

Peut-on considérer que l'apposition simple du prénom ou d'une appellation familière constitue une signature? La Cour de cassation a décidé, dans une affaire relative au testament olographe, que la signature est «la marque manuscrite par laquelle le testateur révèle habituellement sa personnalité aux tiers»²³⁷. Dans un arrêt plus récent, la Cour assouplit sa position en admettant qu'une marque manuscrite différente de celle habituellement utilisée par le testateur peut néanmoins être considérée comme une signature²³⁸.

850 **Les caractéristiques de la signature manuscrite**

Sans entrer dans une analyse approfondie de ces arrêts, nous pouvons, à l'instar de Dominique Mougenot, résumer les caractéristiques de la signature comme suit²³⁹:

1. La signature doit être manuscrite²⁴⁰. Il est exclu qu'elle résulte d'une technique qui puisse être utilisée par un tiers, telle un cachet, un sceau, une griffe, ...;

235. Parlant de signature, cet élément intentionnel, l'*animus signandi*, est le plus décisif. C'est lui qui permet de distinguer les méthodes d'identification des procédés de signature. Voy. sur le sujet H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome III, 3^e édition, 1967, n^{os} 744, 777B, 778-787; D. SYX, 'Naar nieuwe vormen van handtekening', *Computerrecht*, 1986/3, p. 155; M. VAN QUICKENBORNE, 'Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé', note sous Cass. 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 69; D. GOBERT et E. MONTERO, 'La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle', *op. cit.*, 2000.

236. En effet, on constate que la fonction d'intégrité est remplie par le support papier, et dans une certaine mesure par la signature manuscrite qui, apposée au bas du document, permet d'éviter tout ajout non autorisé au texte: M. ANTOINE et D. GOBERT, *op. cit.*, p. 291.

237. Cass., 7 janv. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456.

238. Cass., 10 juin 1983, *T. Not.*, 1986, I, p. 309.

239. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n^o 111, p. 164, et les références.

240. Cass., 24 févr. et 3 nov. 1910, *Pas.*, 1910, I, pp. 241 et 475; Cass., 1^{er} mars 1917, *Pas.*, 1917, I, p. 118; Cass., 7 janv. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456; Cass., 2 oct. 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 106.

2. La signature doit comporter soit le nom patronymique soit une autre dénomination lorsque le signataire est largement connu sous ce nom auprès des tiers. Cette dernière hypothèse ouvre la voie à l'utilisation d'un pseudonyme pour autant qu'elle soit habituelle. Il est en outre universellement admis que la femme mariée puisse utiliser le nom de son mari;
3. Il n'est pas nécessaire que la signature soit lisible. Toutefois, si le graphisme est tel qu'il rend impossible l'identification de l'auteur de la signature, celle-ci pourrait être invalidée. Dans le même ordre d'idées, de simples initiales ou un paraphe ne constituent pas une signature. Il en est de même de la croix apposée avec la signature de deux témoins;
4. La signature obtenue au moyen d'un papier carbone ne peut pas être considérée comme un original. En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1982 indique clairement que « la signature d'un acte sous seing privé doit, en règle, être tracée directement sur le document même »²⁴¹;
5. La loi ne règle pas la question de savoir à quel endroit la signature doit être apposée. Afin d'éviter tout doute quant à l'adhésion de l'auteur à l'intégralité de ce qui est écrit, il est conseillé d'apposer la signature à la fin du texte. Si ce texte comprend plusieurs pages distinctes, il est conseillé de parapher chacune des pages et de signer la dernière. Si ce n'est pas le cas, il appartient au juge, en cas de contestation, de rechercher si l'ensemble du document est couvert par la signature.

§ 4. La signature électronique: définition(s) et fonctions

860 Notion

Les spécialistes s'accordent généralement pour considérer que le terme de *signature électronique* désigne une notion générique englobant divers mécanismes techniques (notamment la signature manuscrite numérisée, la signature biométrique, le code secret associé à l'utilisation d'une carte ou d'un « login », la signature digitale ou numérique reposant sur la cryptographie asymétrique, etc.)²⁴². Tous ces mécanismes ne méritent pas nécessairement d'être tenus pour des signatures au sens juridique du terme dans la mesure où ils ne permettent pas toujours de réaliser certaines fonctions essentielles (identification de l'auteur de l'acte, manifestation du consentement au contenu de l'acte, etc.) à cette institution juridique.

Pour les raisons évoquées précédemment mais aussi parce que le législateur belge devait transposer la directive européenne du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques²⁴³, il a été amené à définir la signature électronique dans notre droit. C'est ainsi qu'il a introduit une définition fonctionnelle de la signature électronique à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil mais il a également donné une

241. Cass. 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 52 et note de M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*

242. Sur ces différents mécanismes, voy. E. MONTERO, 'Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique', in *La Preuve*, Formation permanente CUP, Liège, Volume 54, mars 2002, p. 47 et les nombreuses références.

243. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13/12 à 20 du 19 janvier 2000. Pour un commentaire, voy. M. ANTOINE et D. GOBERT, 'La directive européenne sur la signature électronique: vers la sécurisation des transactions sur l'Internet?', *J.T.D.E.*, 2000, n° 68, pp. 73-78 et E. CAPRIOLI, 'La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques', *Gaz. Pal.*, 2000, pp. 5 à 17.

définition – plus technique – de la signature électronique *avancée* dans la loi du 9 juillet 2001²⁴⁴.

870 Définition fonctionnelle de la signature électronique

L'article 1322, alinéa 2, du Code civil s'énonce comme suit: «*Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte*»²⁴⁵.

Cette définition fonctionnelle de la signature électronique ne semble pas faire référence aux fonctions classiques de la signature, à savoir l'identification du signataire et la manifestation de son adhésion au contenu de l'acte. En effet, la définition semble pointer d'autres fonctions – moins connues – que sont la fonction d'imputabilité et celle de maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. En réalité, cette différence n'est qu'apparente.

880 Fonction d'imputabilité

Pour que l'ensemble de données électroniques puisse satisfaire à l'exigence d'une signature, il doit en premier lieu pouvoir être imputé à une personne déterminée. En fait, il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000 que la condition d'imputabilité est censée recouvrir les fonctions traditionnellement dévolues à la signature (identification de l'auteur et consentement au contenu de l'acte)²⁴⁶. En pratique, pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une signature au sens de l'article 1322, alinéa 2, il appartiendra au juge de vérifier que la technique de signature électronique utilisée en l'espèce permet non seulement d'identifier l'auteur de l'acte mais également de montrer la volonté de l'auteur de s'approprier effectivement le contenu de l'acte²⁴⁷. Même si cela n'apparaît pas clairement dans le texte, cela présuppose à l'évidence l'existence d'un lien indissociable entre la technique de signature et l'écrit électronique²⁴⁸. En guise d'illustration, l'on peut raisonnablement considérer que la signature manuscrite scannée ne permet pas d'identifier le signataire de manière satisfaisante²⁴⁹. Les signatures biométriques, quant à elles, présentent un taux de reconnaissance variable – plus ou moins acceptable – qu'il conviendra d'évaluer au cas par cas. Quant au consentement, les « clics » de la souris peuvent être accompagnés de messages à l'écran attirant l'attention de l'utilisateur sur l'importance de l'acte qu'il va poser.

244. Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 sept. 2001, pp. 33070-33078.

245. Pour une analyse approfondie de cette disposition, voy. E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 49-82.

246. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 11.

247. Tout comme en matière de signature manuscrite, cette volonté est présumée: *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 11. Voy. aussi, M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 69-70.

248. On peut regretter que cette nouvelle mouture n'exige plus que la signature électronique suppose une transformation de l'écrit. En effet, dans le projet de loi originaire, il était nécessaire que l'ensemble de données soit le résultat d'une transformation, quelle qu'elle soit, de l'écrit, de sorte que s'établisse un lien indissociable entre l'écrit et la signature, sans quoi on ne peut être sûr que c'est cet écrit qui émane du prétendu signataire. Hélas, cette exigence a disparu! Sur cette question, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *DA/OR*, p. 37.

249. Sans compter les risques de fraudes.

890 **Fonction de maintien de l'intégrité**

Pour que l'ensemble de données électroniques puisse satisfaire à l'exigence d'une signature, il doit en second lieu établir le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. On imagine mal en effet que l'on considère un acte comme signé si, par la suite, l'acte auquel est attachée la signature peut aisément être modifié par l'un des signataires à l'insu de l'autre ou par un tiers. Ainsi, si la signature et l'écrit sont électroniques, il convient de s'assurer qu'un mécanisme technique permet de maintenir l'intégrité du contenu de l'acte ou, à tout le moins, de repérer toute altération non autorisée à l'acte. Avec d'autres²⁵⁰, on s'étonne néanmoins que le législateur ait fait reposer cette fonction d'intégrité sur la seule signature électronique alors qu'elle pourrait être remplie par d'autres procédés tels le support (par exemple, un support irréversible comme un CD non réinscriptible) ou d'autres techniques non qualifiées en elles-mêmes de signature (par exemple, un logiciel permettant de figer un texte définitif). Il ne nous apparaît pas que le maintien de l'intégrité d'un acte signé doive nécessairement résulter du mécanisme de signature utilisé. Selon nous, il eût été plus judicieux de poser le maintien de l'intégrité comme condition de l'acte sous seing privé électronique, sans exiger que cette intégrité résulte du mécanisme de signature.

900 **Explications supplémentaires**

L'article 1322, alinéa 2, appelle les commentaires complémentaires suivants.

On constate que la définition fonctionnelle adoptée ne concerne que les signatures électroniques. On en déduit que cette disposition ne permet dès lors pas de couvrir certaines formes de signature manuscrite ne répondant pas aux conditions posées par la Cour de cassation (*cf. supra*), voire d'autres signes non électroniques tels que des empreintes digitales non numérisées.

On peut s'interroger sur l'utilisation peu claire des mots «*pour l'application du présent article*». Selon l'exposé des motifs de la loi, l'idée n'est certainement pas de limiter le champ d'application de la signature électronique à l'article 1322, puisque les articles 1323 et 1324 sont pleinement applicables aux écrits et signatures électroniques. L'objectif est plutôt de ne pas toucher aux dispositions spécifiques relatives à la preuve ou aux prescriptions concernant la forme de certaines obligations contractuelles, telles que prévues par le Code civil lui-même ou par une réglementation spécifique. En guise d'illustration, il est fait référence aux articles 970²⁵¹ et 1326²⁵² du Code civil exigeant des mentions manuscrites, qui demeurent applicables tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une modification explicite. Dans ces hypothèses, une signature électronique est exclue tant que ces règles de droit n'auront pas été adaptées. On note qu'avec la loi du 11 mars 2003, ces adaptations sont apportées lorsque ce type de formalité est exigé dans le cadre du processus contractuel²⁵³. En effet, l'article 16,

250. E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 70-73; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 122-3, pp. 187 et s.

251. Selon l'article 970, le testament olographe doit être écrit en entier, daté et signé 'de la main du testateur'.

252. Lorsqu'une obligation porte sur une somme d'argent, l'acte doit au moins contenir la mention manuscrite 'bon pour' ou 'approuvé'.

253. La notion de processus contractuel désigne toutes les étapes liées de près ou de loin à la conclusion du contrat, allant de la période précontractuelle à l'archivage, en passant par les modalités relatives à l'exécution du contrat, à sa modification, à son enregistrement, etc. Pour approfondir cette notion, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, 'Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne', *op. cit.*, p. 201; M. DEMOULIN et E. MONTERO, 'Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique', *op. cit.*, pp. 153-155.

§ 2, 3^e tiret, de cette loi dispose 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*». Ainsi, cette formalité peut désormais être accomplie par voie électronique, et le cas échéant accompagnée d'une signature électronique, du moment qu'il n'existe aucun doute quant à l'auteur de la mention²⁵⁴. A titre d'exemple, cette disposition vise bel et bien l'article 1326 du code civil²⁵⁵. Dès lors, les mentions manuscrites pourront valablement prendre la forme électronique, pourvu que le procédé utilisé garantisse que la mention émane bien de celui qui s'oblige²⁵⁶.

Ajoutons enfin que la reconnaissance de la signature électronique via l'article 1322, alinéa 2, ne concerne que les actes sous seing privé mais ne vaut pas, en revanche, pour les actes authentiques. Cette exclusion se dégage clairement des travaux préparatoires²⁵⁷. Par contre, rappelons que l'article 28 de la loi du 11 mars 2003 a ouvert la voie à l'acte authentique électronique (*cf. supra*).

910 Définition technique de la signature électronique avancée

A côté de cette définition fonctionnelle introduite dans le Code civil, le législateur a également consacré une définition plus technique de la *signature électronique avancée* dans la loi du 9 juillet 2001. Selon l'article 2, 2^o, de cette loi, on entend par signature électronique avancée «*une donnée électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification et satisfaisant aux exigences suivantes*:

- a. être liée uniquement au signataire;
- b. permettre l'identification du signataire;
- c. être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif;
- d. être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée».

Il n'est pas évident de déterminer de manière exhaustive les différentes techniques qui permettent de répondre aux exigences de cette définition et ce n'est pas le lieu de réaliser une analyse approfondie de cette définition. Limitons-nous à dire que la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique répond sans nul doute aux conditions posées par celle-ci²⁵⁸.

L'intérêt de cette définition apparaît essentiellement à l'analyse de la force probante reconnue aux divers types de signature électronique.

254. Sur cette question, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 186-190.

255. Par contre, il n'est pas certain que cette disposition puisse être exploitée pour interpréter l'exigence de la mention manuscrite contenue dans l'article 970 du Code civil relative au testament olographe. En effet, ce dernier est un *acte juridique unilatéral* alors que la nouvelle disposition ne vise que les formalités dans le cadre du processus contractuel.

256. *Ibidem*.

257. A ce sujet, voy. P. CABOOR, 'De wet van 20 oktober 2000: een eerste verkenning', *A.J.T.*, 2000-2001, p. 638; E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 55-57.

258. Sur cette technologie et son fonctionnement, voy. S. PARISIEN et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Québec, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, pp. 93-113; E. DAVIO, 'Certification, signature et cryptographie', in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., n° 12, E. Story-Scientia, 1997, pp. 80 et s.

SOUS-SECTION 2. RÈGLES DE VALIDITÉ PROPRES À CERTAINS ACTES

920 **Introduction**

En ses articles 1325 et 1326, le Code civil prescrit des formalités particulières pour la validité de certains actes sous seing privé.

Le premier de ces textes dispose que : « *Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.*

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été faits.

Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte ».

Quant au second article, il porte que « *le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose;*

Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service ».

930 **La formalité du double: article 1325 du Code civil**

Cet article énonce la formalité du double, ou plus exactement des originaux multiples, pour les actes sous seing privé qui constatent des conventions synallagmatiques²⁵⁹. Le législateur cherche, par là, à instaurer l'égalité des parties sur le terrain de la preuve. Eu égard à cette *ratio legis*, cette disposition ne s'applique pas à la preuve des contrats unilatéraux et des contrats synallagmatiques imparfaits²⁶⁰.

Les formalités prescrites par la loi sont au nombre de quatre:

- il faut autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant des intérêts distincts à la convention (chaque partie doit, en effet, pouvoir prouver son droit);
- les différents exemplaires doivent avoir un contenu identique;
- chaque exemplaire doit mentionner le nombre d'écrits qui ont été établis (pour éviter qu'une partie prétende ne pas avoir reçu le sien);
- chaque partie doit être en possession d'un original, c'est-à-dire comporter la signature originale des parties²⁶¹.

Si l'une de ces conditions vient à faire défaut, l'*instrumentum* se voit frappé de nullité. Le *negotium* demeure, pour sa part, intact et il peut donc encore être prouvé par aveu ou par serment décisoire. Souvent, un tel écrit peut valoir comme commencement de preuve par écrit et rendre ainsi admissible la preuve de la convention par toutes voies de droit (voy. *supra* n° 240 et s.). Enfin, la nullité prévue par l'article 1325 est relative et peut, dès lors, être couverte expressément ou tacitement (par exemple, par le payement d'une partie du prix).

259. A ce sujet, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 244 et s.

260. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 247 et s.

261. Il n'est toutefois pas nécessaire que la partie signe l'exemplaire qui lui est destiné. Ce qui importe, c'est que son exemplaire soit revêtu de la signature de l'autre et que cette dernière ait son original revêtu de la signature de son cocontractant (D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 212).

La formalité du double n'est pas une règle absolue. Elle souffre diverses exceptions. Ainsi ne s'impose-t-elle pas pour les contrats synallagmatiques conclus en matière commerciale (art. 25 C. comm.²⁶²) ni pour l'écrit qui serait nul comme acte notarié, mais qui vaudrait néanmoins comme acte sous seing privé en raison de la signature de toutes les parties contractantes (art. 1318 C. civ. et art. 114, loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat)²⁶³. Le dépôt de l'exemplaire unique d'un acte sous seing privé entre les mains d'un mandataire commun des parties à la convention permet de soustraire celles-ci au formalisme de l'article 1325²⁶⁴. Enfin, un seul original suffit, lorsque l'une des parties a exécuté ses obligations au moment où a été établie la preuve écrite préconstituée; encore faut-il, évidemment, que l'écrit soit entre les mains du titulaire de la créance qui n'a pas encore été acquittée²⁶⁵.

940 La formalité du « bon pour »: l'article 1326 du Code civil

Cette disposition concerne la preuve de tout acte créateur d'obligations à charge d'une seule des parties, tels les contrats unilatéraux de prêt ou de cautionnement pour un montant déterminé²⁶⁶. Cet engagement doit porter, en outre, sur une « somme d'argent » ou sur une « chose appréciable » c'est-à-dire sur des choses fongibles dont la quantité peut s'exprimer par un chiffre²⁶⁷.

Faute de pouvoir bénéficier de la formalité du double²⁶⁸, le débiteur court un double risque sur le plan probatoire. D'une part, celui d'être victime d'un abus de blanc-seing commis par l'autre partie; d'autre part, celui de voir le créancier modifier le montant de la dette figurant sur l'écrit qui est en sa possession.

Pour prévenir autant que possible de tels dangers, le législateur institue un formalisme particulier, que l'on a coutume d'appeler, *brevitatis causa*, la formalité du « bon pour ». La loi offre aux parties une alternative. Soit l'écrit est entièrement rédigé de la main du débiteur, et la somme ou la quantité peuvent alors être rédigées en chiffres²⁶⁹. Soit l'acte n'est pas écrit de la main du débiteur, et dans ce cas, il doit faire suivre le texte de la mention « bon » ou « approuvé pour » suivie du montant en toutes lettres.

Que se passe-t-il, en cas de méconnaissance de cette formalité? *L'instrumentum* est entaché d'une cause de nullité. Mais encore faut-il que le débiteur invoque ce moyen en justice: il lui est parfaitement loisible de couvrir cette nullité relative. Par ailleurs, s'il réclame la nullité, le *negotium* demeure évidemment valable et peut, dès lors, être prouvé par aveu ou serment ou même par témoignages et présomptions, si l'écrit peut être retenu comme commencement de preuve par écrit²⁷⁰.

262. Voy. Liège, 5 janv. 1977, *R.P.S.*, 1977, p. 132.

263. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 230.

264. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 249.

265. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 250.

266. Sur la preuve du cautionnement, voy. P. WÉRY, obs. sous Civ. Mons, 8 mars 2000, *R.R.D.*, 2000, pp. 474 et s. Par son arrêt du 27 octobre 2000, la Cour de cassation décide qu'eu égard à l'économie de cette disposition, l'article 1326 du Code civil ne doit pas être respecté lorsque la convention unilatérale est reprise dans un contrat synallagmatique soumis à la disposition de l'article 1325 du Code civil' (Cass., 27 oct. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1635).

267. La quittance, qui constate un paiement, n'est pas assujettie à la formalité du bon pour, bien que le paiement soit un acte juridique unilatéral. Loin de donner naissance à une obligation, le paiement a, en effet, pour finalité d'*êteindre* une obligation.

268. Par hypothèse, inapplicable, puisque nous ne sommes plus en présence d'un contrat synallagmatique.

269. Telle est l'exigence légale. En pratique, le débiteur sera toutefois bien avisé d'indiquer le montant en toutes lettres. Il est, en effet, plus aisé pour le créancier indélicat de modifier un montant, lorsqu'il est libellé en chiffres.

270. Voy. par ex. Bruxelles, 9 mars 1983, *R.G.E.N.*, 1986, p. 182; Mons, 3 déc. 1996, *J.T.*, 1997, p. 240; Bruxelles, 22 oct. 1997, *J.T.*, 1998, p. 290.

Cela dit, le principe de l'article 1326, alinéa 1, souffre diverses exceptions. Ainsi, certaines catégories de personnes mentionnées à l'alinéa 2 de cette disposition sont-elles exonérées de cette formalité. Il en va ainsi des « marchands » – laquelle notion est plus large que celle de commerçant²⁷¹ –, et des obligations qui sont souscrites par les artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de services²⁷². Par ailleurs, l'acte authentique irrégulier qui a la force probante d'un acte sous seing privé, lorsqu'il a été signé par les parties, n'a pas à satisfaire au « bon pour » (art. 1318 C. civ. et art. 114, loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat).

Pour terminer, il n'est pas inutile de rappeler que la formalité du « bon pour » doit être interprétée largement dans le contexte électronique. En effet, en vertu de l'article 16, § 2, 3^e tiret, de la loi du 11 mars 2003, les mentions manuscrites pourront valablement prendre la forme électronique, pourvu que le procédé utilisé garantisse que la mention émane bien de celui qui s'oblige (voy. *supra*).

SOUS-SECTION 3. FORCE PROBANTE DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

950 Introduction

La force probante de l'acte sous seing privé est réglée par l'article 1322 du Code civil: « l'acte sous seing privé a, entre parties, la même foi que l'acte authentique à la condition qu'il soit reconnu par celui à qui on l'oppose ou légalement tenu pour tel ».

Nous proposons de scinder l'analyse de la force probante de l'acte sous seing privé traditionnel (l'écrit *papier* signé *manuscritement*) de celle de l'acte sous seing privé électronique. En effet, si les règles présentées pour le premier type d'acte sont pleinement applicables au second, on constate néanmoins que des précisions doivent être apportées quant à la manière dont le juge devra apprécier la valeur probatoire de la signature lorsque cette dernière est électronique.

§ 1. Force probante de l'acte sous seing privé traditionnel entre parties

960 Principe

Contrairement à l'acte authentique, l'écriture et la signature de l'acte sous seing privé ne bénéficient pas de l'immédiateté juridique. Il faut au préalable que l'acte soit reconnu par celui à qui on l'oppose ou qu'il soit légalement tenu pour reconnu. Une fois l'origine de l'acte sous seing privé admise, la force probante de son contenu se rapprochera de celle de l'acte authentique.

Cette dernière affirmation mérite une nuance. En effet, dans l'acte authentique, toutes les mentions qui relatent ce que l'officier public a vérifié dans les limites de ses

271. Sur ce point, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 265. Par ailleurs, c'est sa qualité de marchand qui soustrait le débiteur à la formalité du 'bon pour', et non la nature de l'affaire qu'il a conclue. Aussi la preuve des actes civils accomplis par un commerçant, sans relation avec son activité professionnelle, n'obéit-elle pas à l'article 1326, alinéa 1^{er} (sur ce point, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 265).

272. Les auteurs du Code civil sont partis de l'idée que les personnes de cette catégorie étaient, au début du dix-neuvième siècle, d'ordinaire illettrées, et qu'il était, dès lors, vain de les soumettre à la formalité du bon pour. Une telle *ratio legis* est, de nos jours, largement caduque. La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 1982, refuse néanmoins d'actualiser le champ d'application de cette disposition: elle s'en tient à une interprétation étroite du texte, condamnant ainsi toute interprétation restrictive de la loi (*Pas.*, 1982, I, p. 1267). Comp. toutefois Bruxelles, 10 juin 1960, *Pas.*, 1961, II, p. 137.

compétences ne peuvent être attaquées que par l'inscription de faux. Par contre, tout le contenu matériel de l'acte sous seing privé peut être attaqué conformément aux règles d'admissibilité des preuves²⁷³. A cet égard, rappelons simplement la règle de l'article 1341 du Code civil qui prévoit que l'on ne peut prouver contre ou outre un écrit que par un autre écrit, c'est-à-dire un autre acte signé (électronique ou non)²⁷⁴ (voy. *supra* n° 19).

970 Désaveu d'écriture ou de signature

Pour retirer à l'acte toute force probante, du moins tant que le juge n'a pas statué sur l'incident, il suffit pour la personne à qui on oppose un acte sous seing privé prétendument signé par elle de désavouer son écriture ou sa signature (art. 1323, al. 1, C. civ.). Ce désaveu doit être formel: le signataire apparent ne pourrait se limiter à émettre des doutes sur l'authenticité de son écriture ou de sa signature²⁷⁵.

Dans le cas contraire, la personne est réputée reconnaître que l'acte émane d'elle. Il n'est donc pas nécessaire que cette reconnaissance soit expresse. Elle peut résulter de l'absence de dénégation de sa part. Dans les faits, la reconnaissance résulte généralement du silence gardé par le souscripteur lorsque l'acte est produit en justice²⁷⁶.

En cas de désaveu ou de méconnaissance de l'écriture ou de la signature, la vérification d'écritures est ordonnée (art. 1324 C. civ.). Ce n'est pas le lieu de décrire cette procédure: elle fait l'objet des articles 883 et suivants du Code judiciaire. Bornons-nous à dire qu'elle consiste dans l'examen en justice de l'acte sous seing privé en vue de vérifier s'il a réellement été écrit et signé par la personne à qui il est attribué. Lorsqu'au terme de la procédure, il est dit que l'acte émane bien de son signataire, il est « légalement tenu pour reconnu ».

Précisons que l'existence de la procédure en vérification d'écritures n'exclut pas une procédure en inscription de faux. Dans ce cas, la partie à laquelle on oppose l'acte ne se limite pas à désavouer sa signature mais prend l'initiative d'en faire apparaître la fausseté. Il arrive notamment qu'une personne, de manière préventive, préfère soulever d'emblée la fausseté de l'acte sous seing privé plutôt que d'attendre qu'il soit invoqué contre elle pour en dénier l'écriture²⁷⁷.

§ 2. Force probante de l'acte vis-à-vis des tiers

980 Principe

L'acte sous seing privé a, vis-à-vis des tiers, la même force probante qu'entre parties. A ce principe, il y a toutefois lieu d'apporter deux réserves de taille, qui le vident d'une bonne partie de sa substance.

273. H. DE PAGE, t. III, 3^e éd., n° 747, B, 3°.

274. En cas de conflit entre un écrit électronique et un écrit papier, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *J.T.*, pp. 126-127; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 163-1, p. 231.

275. Par contre, si l'acte est opposé aux héritiers ou ayants cause du prétendu signataire, il leur suffit de dire qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature, mais cette déclaration doit être explicite (art. 1323, al. 2).

276. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 156, p. 223.

277. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 159, p. 229.

990 Première réserve

Les tiers peuvent prouver contre ou outre l'acte sous seing privé par toutes voies de droit, et donc par témoignages ou présomptions. L'article 1341 du Code civil ne leur est, en effet, pas applicable (voy. *supra*, n° 220).

1000 Seconde réserve. L'exigence d'une date certaine²⁷⁸

Alors que la date qui figure sur l'acte sous seing privé fait foi entre parties jusqu'à preuve du contraire, dans le respect de l'article 1341 du Code civil, elle n'est, par contre, opposable aux tiers qu'à partir du moment où elle est devenue « certaine ». Telle est la portée de l'article 1328 du Code civil, qui veut prémunir les tiers²⁷⁹ contre les risques d'antidate ou de postdate qui seraient le fait des parties (voy. par exemple les hypothèses envisagées par les articles 1743²⁸⁰ ou encore 1690, alinéa 3, C. civ.²⁸¹).

Quels sont les événements qui confèrent date certaine à l'acte sous seing privé?

L'article 1328 en mentionne trois: l'enregistrement de l'acte au bureau de l'enregistrement et des domaines; la mort d'un des souscripteurs de l'acte sous seing privé; la relation de la substance de l'acte sous seing privé dans un acte authentique, tel qu'un procès-verbal de scellé ou d'inventaire. Cette énumération est limitative: les autres circonstances qui seraient de nature à enlever tout doute sur la date de l'acte ne sont pas prises en considération (le cachet de la poste sur une lettre recommandée; le fait qu'une des parties est tombée dans le coma...)²⁸².

Il n'en demeure pas moins que cette disposition connaît des limitations importantes. Tout d'abord, un tiers de mauvaise foi ne peut se prévaloir du défaut de date certaine; ensuite, cette disposition n'est pas d'ordre public de sorte que les tiers peuvent renoncer à se prévaloir du défaut de date certaine; enfin, en matière commerciale, la date apposée par les parties sur l'acte sous seing privé fait foi jusqu'à preuve du contraire, laquelle peut être apportée par toutes voies de droit.

§ 3. Force probante de l'acte sous seing privé électronique**1010 Position du problème**

La question posée ici n'est, en réalité, pas tellement celle de la force probante de l'acte sous seing privé électronique. Elle consiste plutôt à déterminer dans quelle mesure le juge pourra (ou devra) recevoir le moyen de preuve électronique et, surtout, de préciser à quelles conditions la technique peut être considérée comme une signature et, dès lors, élever l'écrit électronique au rang des actes sous seing privé et bénéficier ainsi de la force probante attribuée à celui-ci²⁸³. On constate en effet que la

278. A ce sujet, voy. H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, pp. 807 et s.

279. Sur la notion de tiers dans le contexte de l'article 1328, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 280 et s.

280. Voy. P. WÉRY, 'Les vicissitudes de la date certaine dans l'article 1743 du Code civil', in *Eigendom. Propriété*, Bruges, La Charte, 1996, pp. 167 et s.

281. Qui vise le conflit entre deux cessionnaires de la même créance (sur cette hypothèse, voy. P. WÉRY, 'Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance' in *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers. Commentaire de la loi du 6 juillet 1994*, ouvrage collectif sous la dir. de P. WÉRY, Bruges, la Charte, 1995, pp. 45 et s.).

282. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 275-276; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 236-237.

283. Les explications relatives à la force probante de l'acte sous seing privé traditionnel sont donc également applicables à cette partie.

valeur probatoire de l'acte sous seing privé dépend du type de signature électronique utilisée.

1020 **Logique de la réforme**

Afin de bien comprendre la logique suivie par le législateur, il nous semble important de rappeler ce qui suit. Comme expliqué plus haut, on a très vite constaté qu'une intervention législative privilégiant l'approche fonctionnelle semblait être un passage obligé. Cette intervention législative ne devait toutefois pas se limiter à introduire une définition fonctionnelle de la signature. Si tel était le cas, elle manquerait son principal objectif, à savoir mettre fin à l'insécurité juridique qui résulte de l'application et de l'interprétation des règles existantes.

L'adoption d'une approche fonctionnelle était donc une condition nécessaire, mais pas suffisante. D'un côté, elle était nécessaire car elle permettait d'étendre les concepts d'écrit et de signature et ainsi d'assurer leur *recevabilité* à titre de preuve, même lorsque la loi exige un écrit au-delà d'un certain montant. En d'autres mots, le législateur indiquerait au juge qu'il ne peut plus contester un document signé au seul motif qu'il n'est pas assorti d'une signature manuscrite. D'un autre côté, elle était insuffisante car, ce faisant, le législateur ne se prononce pas sur la *force probante* des écrits dont la signature n'est pas manuscrite. Il se limite à préciser qu'il leur sera reconnu une force probante comparable à l'acte sous seing privé à la condition que les fonctions de la signature soient satisfaites avec une certitude raisonnable et donc que le document signé se situe dans un contexte dont la fiabilité est prouvée.

Or, on sait qu'une telle preuve est difficile et de toute façon soumise à l'appréciation souveraine du juge qui tranchera en fonction du cas d'espèce, mais aussi de l'appréhension qu'il a ou non vis-à-vis des nouvelles technologies.

Partant de ce constat, il apparaissait souhaitable qu'outre l'adoption d'une définition fonctionnelle, le législateur mette en place un régime de présomption réfragable. Ainsi, il considère que, pour certains mécanismes de signature électronique, les fonctions de la signature sont présumées être remplies de manière fiable. Un écrit signé dans ces conditions s'impose au juge de la même manière qu'un écrit traditionnel. Pour le reste, le signataire reste libre de contester sa signature (comme il peut le faire pour la signature manuscrite) puisque la présomption est réfragable.

Cette orientation a été prise tant par les législateurs européens que belge.

A. LES GRANDS PRINCIPES DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE

Afin de situer le contexte, il n'est pas superflu de rappeler quelques grands principes consacrés par la directive européenne sur la signature électronique²⁸⁴.

1030 **La directive donne une double définition de la signature électronique**

D'une part, elle définit de manière très générale le terme *signature électronique* comme « *une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification* » (art. 2.1). D'autre part, elle propose une définition d'une catégorie particulière de signature électronique qu'elle qualifie de *signature électronique avancée* c'est-à-dire une

284. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13/12 à 20 du 19 janvier 2000.

« signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes: a) être liée uniquement au signataire; b) permettre d'identifier le signataire; c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif; et d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable » (art. 2.2).

1040 Effets juridiques de la signature électronique

L'intérêt de la distinction évoquée ci-dessus se manifeste dans l'article 5, qui traite des effets juridiques de la signature électronique. Afin de reconnaître une valeur juridique à cette dernière, l'article 5 contient deux clauses: l'une d'assimilation (art. 5.1), l'autre de non-discrimination (art. 5.2).

1050 Clause d'assimilation

La première clause consiste à assimiler la signature électronique à la signature manuscrite lorsque certaines conditions sont cumulativement remplies²⁸⁵. Il s'ensuit que par le seul constat du respect de l'ensemble des conditions²⁸⁶, la signature électronique doit être recevable comme preuve en justice et doit, en outre, bénéficier de la force probante accordée à la signature manuscrite²⁸⁷, dont on sait qu'elle est importante en droit belge.

1060 Clause de non-discrimination

La clause de non-discrimination s'applique lorsque l'une (ou plusieurs) des conditions auxquelles est subordonnée l'application de la clause d'assimilation n'est pas remplie. Dans ce cas, les Etats membres doivent veiller à ce que « l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice d'une signature électronique ne soient pas refusées pour le seul motif que la signature se présente sous forme électronique, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un PSC accrédité, ou encore qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature ». Un premier principe énoncé dans cet article doit être entendu comme celui de la recevabilité²⁸⁸ des signatures électroniques *lato sensu*, ce qui constitue en soi un énorme progrès par rapport aux règles traditionnelles du droit de la preuve. Pour le reste, à défaut de répondre aux spécifications de l'article 5.1, il appartient à celui qui s'en prévaut de convaincre le

285. La signature électronique doit être avancée au sens de l'article 2.2, elle doit reposer sur un certificat qualifié, tel que défini à l'article 2.10, et enfin, elle doit être créée par un dispositif sécurisé de création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe 3 de la directive (art. 2.6).

286. Certains auteurs parlent dans ce cas de signature électronique parfaite: P. LECOCQ et B. VANBRABANT, 'La preuve du contrat conclu par voie électronique' in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Editions du jeune barreau de Liège, 2001, pp. 104 et s; L. GUINOTTE, *op. cit.*, pp. 553-561; d'autres utilisent la notion de signature électronique qualifiée: E. MONTERO, *op. cit.*, Formation permanente CUP, Vol. 54, p. 47, n° 6; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 122-4, p. 196. Nous nous rallions à cette dernière terminologie.

287. Rappelons que parler de la force probante de la signature manuscrite est un raccourci de langage. Pour être plus exact, nous devrions parler de la force probante de l'écrit signé (soit l'acte sous seing privé ou authentique) car la signature ne saurait être envisagée indépendamment de l'écrit.

288. Rappelons que la recevabilité est la « prise en considération, par le juge, d'éléments probatoires déclarés admissibles par la loi eu égard à l'objet du litige ». Cela ne signifie donc pas que l'élément dit recevable aura forcément une influence sur la décision du juge; celui-ci peut parfaitement considérer que ledit élément ne prouve rien. Il n'a qu'une seule obligation: étudier l'élément en question.

juge de leur valeur probante²⁸⁹. Le cas échéant, le juge pourra traiter le document ainsi signé comme un document papier signé manuscritement. L'assimilation n'est donc pas automatique comme dans le cadre de l'article 5.1 mais est soumise à l'appréciation du juge.

Voyons désormais comment ces deux clauses ont été transposées en droit belge.

B. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE « SIMPLE » LAISSÉE À L'APPRÉCIATION DU JUGE

1070 Transposition en droit belge de la clause de non-discrimination

Le principe de non-discrimination évoqué plus haut est introduit dans notre droit par la loi du 20 octobre 2000 introduisant une définition fonctionnelle de la signature électronique à l'article 1322 du Code civil (*cf. supra*) ainsi que par l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001 qui énonce que « *une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou encore qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature* »^{290, 291}.

Le principe de la *recevabilité* de tout type de signature, y compris électronique, est désormais consacré. Il résulte en effet de ces textes que, en matière de preuve, le juge ne peut plus rejeter par principe ce type de mécanisme mais reste néanmoins libre d'apprécier la mesure dans laquelle les fonctions de la signature électronique sont remplies. Précisons qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire. A cet égard, les termes de la loi « *peut satisfaire à l'exigence d'une signature* » ne doivent pas tromper. Dès lors que le tribunal considère que les fonctions de la signature sont rencontrées, il doit admettre l'assimilation à la signature manuscrite²⁹², et la signature électronique recevra alors la même force probante. Il reste que le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si, oui ou non, telle signature électronique assure les fonctions d'imputabilité et d'intégrité. Pourvu qu'il motive sa décision de façon cohérente, eu égard aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, on conviendra que sa marge de manœuvre est appréciable à l'heure d'accorder ou de refuser une valeur probante au document électronique²⁹³.

La charge de la preuve de la réalisation des fonctions incombe à celui qui invoque la validité du procédé. Il semble néanmoins que le juge devrait dispenser la partie de cette preuve difficile lorsque l'acte signé n'est pas contesté par le signataire (même si la signature est sommaire ou réalisée à l'aide d'un mécanisme peu sécurisé). L'absence de contestation pourra être interprétée comme une approbation par le signataire du contenu de l'acte et comme une ratification qu'il émane effectivement de lui²⁹⁴.

289. Sur les conséquences de la distinction recevabilité/valeur probante, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *DA/OR*, p. 27.

290. Sur toutes ces notions, voy. D. GOBERT, 'Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification: analyse de la loi du 9 juillet 2001', in *La Preuve*, Formation permanente CUP, Liège, Volume 54, mars 2002, pp. 83-172.

291. Pour une explication de l'articulation entre ces deux textes, voy. E. MONTERO, *op. cit.*, Formation permanente CUP, Vol. 54, pp. 57-62; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 122-3, p. 189; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 560.

292. E. MONTERO, *op. cit.*, Formation permanente CUP, Vol. 54, p. 61; B. DE GROOTE, 'Het bewijs in de elektronische handel Enkele bedenkingen', *A.J.T.*, 2001, pp. 881 et s.

293. En ce sens, D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *J.T.*, 2001, p. 119.

294. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *DA/OR*, 2000, p. 37.

1080 **Dans le contexte de la signature électronique, la vérification d'écritures a-t-elle encore un objet**²⁹⁵?

Les travaux préparatoires de la loi répondent par l'affirmative²⁹⁶. Les dispositions des articles 1323 et 1324 du Code civil relatifs à la vérification d'écritures demeurent intégralement applicables en matière d'écrits et de signatures électroniques. Dès lors, une enquête pourra être ordonnée et exécutée conformément à la procédure prévue aux articles 883 et suivants du Code judiciaire. Toutefois, avec d'autres auteurs, nous pensons qu'en pratique, « cette vérification d'écritures se confondra le plus souvent avec l'opération consistant à vérifier l'imputabilité de l'acte. En vidant, éventuellement, au terme d'une expertise, la question si le message qui lui est soumis est bien imputable à l'une des parties au procès, le juge aura *ipso facto* procédé à une vérification d'écriture »²⁹⁷.

On se demande d'ailleurs si, à l'égard des signatures électroniques « non qualifiées », la dénégation de signature, suivie éventuellement d'une vérification d'écritures, ne va pas connaître un nouvel essor.

En effet, vu la liberté d'appréciation dont dispose le juge quant au degré d'imputabilité et d'intégrité, de nombreux procédés pourraient être considérés par lui comme des signatures: un simple courrier électronique reprenant des données d'identification suffisamment précises, un bon de commande envoyé en ligne et reprenant toutes les coordonnées du client ou son numéro de carte de crédit, une signature numérique non assortie d'un certificat qualifié, etc. Si le juge peut théoriquement reconnaître la qualité de signature à de tels mécanismes en fonction du cas d'espèce, la partie à laquelle on oppose l'acte électronique aura néanmoins beau jeu de dénier l'écriture et la signature en invoquant le caractère peu sécurisé de ces mécanismes (en faisant par exemple valoir que son adresse e-mail a été utilisée par un tiers, que son numéro de carte de crédit a été volé, que sa clé privée a été usurpée ou encore que le mécanisme n'est pas apte à garantir le maintien de l'intégrité du contenu). Dans ces hypothèses, le juge sera bien démuni pour faire face à d'éventuels abus de la part du contestataire.

C. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE « QUALIFIÉE » ASSIMILÉE DE PLEIN DROIT À LA SIGNATURE MANUSCRITE

1090 **Transposition en droit belge de la clause d'assimilation**

Le principe d'assimilation est introduit dans notre droit par l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 qui énonce que « *sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée 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 réalisée par une personne physique ou morale* ».

On constate que toutes les signatures électroniques *avancées* (*cf. supra* pour cette notion) ne bénéficient pas du principe d'assimilation: il s'agit d'une condition nécessaire mais pas suffisante. Sont seules visées par ce texte les signatures électro-

295. Sur ce débat complexe, voy. E. MONTERO, *op. cit.*, Formation permanente CUP, Vol. 54, pp. 62-65; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 158-1, pp. 224-228; P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 51 et s., spéc. n° 100; M.E. STORME, 'De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen', *R.W.*, 2000- 2001, pp. 1505-1525, n° 46.

296. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord. 1999-2000, n° 0038/006, p. 12.

297. P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 116, n° 100.

niques *avancées* (1^e condition) réalisée sur la base d'un certificat *qualifié* (2^e condition) et conçue au moyen d'un dispositif *sécurisé* de création de signature électronique (3^e condition)²⁹⁸. Le législateur n'a pas attribué de nom au mécanisme de signature qui remplit toutes ces exigences mais, à l'instar de certains auteurs²⁹⁹ et par souci de simplicité, nous la baptiserons « signature électronique *qualifiée* ».

1100 **Présomption d'assimilation et pouvoir d'appréciation du juge**

Lorsqu'une signature électronique *qualifiée* est présentée au juge, ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation quant à savoir si les fonctions³⁰⁰ de la signature sont remplies. Il doit se borner à constater que les exigences énoncées à l'article 4, § 4, sont rencontrées³⁰¹, auquel cas la signature en question est assimilée de plein droit à la signature manuscrite. Il en résulte que l'écrit électronique auquel est liée cette signature accède au statut d'acte sous seing privé, recevable à titre de preuve en justice et faisant pleine foi de son contenu dès qu'il est explicitement ou tacitement reconnu.

On estime que la signature électronique *qualifiée* est créée dans des conditions de sécurité telles qu'il n'est plus nécessaire qu'elle soit soumise au *contrôle* préalable du juge. C'est la raison pour laquelle le texte introduit une présomption d'assimilation à la signature manuscrite. Nous devons préciser que cette présomption est réfragable³⁰². Cela signifie que la personne qui conteste la validité de la signature pourra rapporter la preuve, par toutes voies de droit, que toutes les conditions requises par la loi ne sont pas remplies. Cette contestation ne doit pas être confondue avec la dénégation de signature. Le renversement de la présomption se situe à un stade antérieur: il s'agit de déterminer si la signature électronique est assimilable à la signature manuscrite. Si c'est le cas, l'article 1323 du Code civil permet encore au prétendu signataire de dénier sa signature, sans avoir aucune preuve particulière à rapporter³⁰³.

Si la présomption d'assimilation tombe, la signature ne doit pas pour autant être écartée mais le juge retrouve son pouvoir d'appréciation et peut déterminer si le mécanisme proposé constitue à suffisance une signature valable³⁰⁴.

1110 **Désaveu d'écriture et de signature**

Par l'utilisation des mots « *sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil* », l'article 4, § 4, prévoit explicitement la possibilité de désavouer une signature électronique *qualifiée* et de demander que l'on procède à une vérification d'écritures³⁰⁵.

298. Les notions de certificat qualifié et de dispositif sécurisé de création de signature électronique sont également définies dans la loi. A la date de rédaction de ces lignes, Belgacom e-Trust et GlobalSign prétendaient émettre des certificats qualifiés: http://mineco.fgov.be/information_society/e-signatures/list_e_signature_fr.pdf. Pour un commentaire approfondi de ces notions techniques, voy. D. GOBERT, 'Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification: analyse de la loi du 9 juillet 2001', in *La Preuve*, Formation permanente CUP, Liège, Volume 54, mars 2002, pp. 83-172.

299. M. E. STORME, *op. cit.*, n^{os} 38 et s.; E. MONTERO, *op. cit.*, Formation permanente CUP, Vol. 54, p. 75.

300. Visées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil.

301. Concernant les vérifications auxquelles doit procéder le juge pour considérer que la signature est 'qualifiée', nous renvoyons à l'intéressante contribution de P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 119-121, n^{os} 106 et 107.

302. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n^o 122-4, pp. 197-198.

303. *Ibidem*.

304. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord. 1999-2000, n^o 50-322/001, p. 25.

305. Sur ce point, voy. E. MONTERO, *op. cit.*, Formation permanente CUP, Vol. 54, pp. 76-79; D. MOUGENOT, *op. cit.*, n^o 158-1, pp. 224-228.

1120 Reconnaissance de la signature des personnes morales

On notera également que le même article consacre la signature des personnes morales. Cela signifie qu'un document électronique, assorti d'une signature électronique qualifiée et combiné à un certificat émis au nom d'une personne morale³⁰⁶, doit être considéré comme un acte sous seing privé et permettre de faire preuve au même titre qu'un écrit signé par une personne physique³⁰⁷.

1130 En conclusion

Pour résumer ce qui vient d'être écrit, on peut retenir ceci, comme nous y invite Dominique Mougenot:

- tout procédé, qui rentre dans les conditions de la signature électronique *qualifiée*, doit être considéré par le juge comme une signature *sans discussion*, sauf si l'une des parties arrive à renverser la présomption ou dénie sa signature;
- pour les autres mécanismes invoqués à titre de signature électronique « ordinaire », le juge *apprécie librement* leur valeur probante. Si l'examen est satisfaisant, ces signatures sont également assimilées à des signatures manuscrites et feront foi, sauf dénégation du signataire;
- le mécanisme technologique qui ne répond pas aux conditions de la signature qualifiée et dont la valeur probante est insuffisante pour convaincre le juge de sa validité, n'est pas une signature et l'acte qu'il revêt ne peut être considéré comme un acte sous seing privé³⁰⁸.

SECTION 3. FORCE PROBANTE DES AUTRES « ÉCRITS » EN MATIÈRE CIVILE

1140 Introduction

Ce n'est pas le lieu de réaliser une étude approfondie sur la force probante des écrits autres que l'acte authentique ou sous seing privé: notamment, la copie « simple », la copie certifiée conforme, la copie-carbone, le télécopie et la copie informatique. Nous renvoyons donc le lecteur aux ouvrages complets en cette matière³⁰⁹. Limitons-nous à rappeler les généralités en ce domaine.

1150 La copie

La notion de copie appelle quelques commentaires. On entend par copie la « transcription littérale » d'un acte faite d'après l'original. La copie se distingue précisément de l'original par la circonstance qu'elle en est une transcription non signée³¹⁰.

La copie est soumise à régime particulier dans le Code civil. L'article 1334 énonce que « *les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu*

306. C'est-à-dire sans référence aucune à la personne physique qui met en œuvre la signature.

307. Sur cette question, voy. B. VANBRABANT, 'La signature électronique des personnes morales', in *La Preuve*, Formation permanente CUP, Liège, Volume 54, mars 2002, pp. 173-228.

308. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 122-5, p. 200.

309. Voy. particulièrement D. MOUGENOT, *Droit des obligations La preuve, op. cit.*, 2002, pp. 240 et s., et les nombreuses références.

310. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 832; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve, op. cit.*, 1991, p. 201, n° 417.

au titre, dont la représentation peut toujours être exigée»³¹¹. Si le titre original n'existe plus, la copie aura même valeur que l'original mais uniquement dans les hypothèses visées à l'article 1335, 1^o et 2^o. Dans d'autres hypothèses, elle ne vaudra que comme commencement de preuve par écrit (art. 1335, 2^o *in fine* et 3^o, et 1336). Dans d'autres, enfin, elle n'aura qu'une valeur de simple renseignement (art. 1335, 4^o). Précisons néanmoins que les articles 1335 à 1336 du Code civil ne concernent que les actes authentiques³¹². L'article 1334 serait, quant à lui, applicable tant aux actes authentiques que sous seing privé.

On en conclut que le Code civil n'accorde que peu de valeur probante aux copies d'actes sous seing privé. La copie ne pourra dès lors être utilisée que si sa conformité à l'original n'est pas contestée³¹³. Comme le relève Dominique Mougenot, il est vrai qu'en pratique cette absence de contestation est très fréquente et l'utilisation de copie se fait sans la moindre difficulté devant nos cours et tribunaux³¹⁴.

1160 Qu'en est-il de la copie certifiée conforme?

Hormis quelques cas exceptionnels³¹⁵, aucun texte légal ne confère de valeur probante spécifique à une copie certifiée conforme par un officier public ou un fonctionnaire habilité à cette fin. L'attestation de conformité ne lui donne donc pas valeur d'original. Toutefois, une telle copie convaincra facilement le juge s'il peut l'accueillir soit à titre de présomption soit à titre de commencement de preuve par écrit.

1170 Qu'en est-il de la copie-carbone?

Concernant la copie-carbone, la Cour de cassation a refusé d'admettre comme signature originale la signature portée sur un document grâce à l'emploi d'un papier carbone³¹⁶. Ce type de document doit être traité comme une copie, et ce qui vient d'être dit des copies est pleinement applicable. Le même raisonnement peut être tenu pour la photocopie. Si une photocopie comporte uniquement la reproduction de la signature, elle reste une copie. En revanche, si un document reproduit le texte d'un original (papier carbone ou photocopie) mais a reçu une signature originale, ce n'est plus une copie mais un second original³¹⁷.

1180 Qu'en est-il du téléfax?

A propos du téléfax, largement usité en pratique, nous devons dire d'un tel document ce que nous avons dit de la copie et de la photocopie: il peut valoir de présomption ou de commencement de preuve par écrit si ces procédés de preuve sont admissibles. Par ailleurs, si le téléfax n'est pas contesté, il a la même valeur que l'original. A l'inverse, en cas de contestation, le téléfax risque de perdre toute valeur probante³¹⁸.

311. Dans cette hypothèse, comme l'original peut toujours être exigé, cela revient à dire que la copie, en elle-même, est dépourvue de force probante.

312. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 833; M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, n° 144.

313. Cass., 21 févr. 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 664.

314. D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 189, p. 249.

315. Voy. par exemple l'article 45, § 1^{er}, du Code civil et l'article 7 du Code d'enregistrement.

316. Cass. 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 52.

317. M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, n° 146.

318. Concernant la valeur probante de la photocopie et du téléfax, nous renvoyons le lecteur à l'excellente étude de Dominique MOUGENOT, 'Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax', in *La Preuve*, Formation permanente CUP, Liège, Volume 54, mars 2002, pp. 229-268.

1190 **Original versus copie dans le contexte informatique**

Sur le débat complexe de la notion de copie dans le contexte informatique, nous renvoyons le lecteur aux études approfondies sur la question³¹⁹. Limitons-nous à dire que l'informatique malmène la traditionnelle distinction entre original et copie dans la mesure où elle permet la reproduction, en copie ou en original, d'un écrit. Jusqu'il y a peu, en effet, toute reproduction d'un original (par papier carbone, photocopie ou télécopie) s'analysait en une copie, à défaut de comporter une signature originale (*i.e.* tracée directement sur l'écrit). Sous l'empire du papier, on pouvait penser, à juste titre, qu'écrit original et écrit originaire se confondent ou, en d'autres termes, que le tracé de l'écriture *sur son premier support* est une caractéristique essentielle de l'original. A l'heure de l'informatique, cette analyse doit être affinée. En effet, il est désormais erroné de prétendre que toute reproduction d'un écrit sous forme électronique s'analyse en une copie. Dès l'instant où la signature de l'émetteur demeure liée à l'acte (écrit numérique) – non plus physiquement, mais logiquement! –, nonobstant la transmission, et que son authenticité peut être vérifiée, le nouveau document a valeur d'*original*, à l'instar de l'acte *originaire*. Dans le cas contraire, la reproduction est une copie et a valeur de commencement de preuve par écrit ou de simple présomption. Force est de constater que ce n'est plus le support (originaire) qui assure l'indispensable maintien de l'intégrité, mais la signature, dont le mécanisme permet de figer logiquement le contenu de l'écrit.

319. Voy. notamment D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, *J.T.*, pp. 113-128; D. MOUGENOT, *op. cit.*, *Larcier*, n° 195, pp. 258-261.

Chapitre 4. Les autres modes de preuve

1200 Introduction

Il y a lieu de traiter, dans ce chapitre, de

- la preuve testimoniale;
- la preuve par présomption de l'homme;
- la preuve par aveu;
- la preuve par serment.

Elles ont des statuts fort différents. Alors que les deux premiers modes de preuve sont dits « imparfaits », les seconds sont qualifiés de « parfaits »³²⁰.

SECTION 1. LA PREUVE TESTIMONIALE

1210 Notion

Il s'agit des déclarations faites par des personnes autres que les parties à la cause, qui relatent en justice ce qu'elles ont vu et entendu. Le juge doit, dès lors, procéder à une audition de témoins, dans le cadre de la procédure d'enquête. Cette procédure est décrite aux articles 915 et suivants du Code judiciaire.

On distingue différents types de témoignages: le témoignage direct (la personne relate ce qu'elle a constaté *ex propriis sensibus*), le témoignage indirect (le témoin rapporte ce qu'il a ouï dire par autrui), l'acte de notoriété³²¹ ou encore la commune renommée (ce sont des témoignages qui portent sur une opinion qui est répandue dans le public)³²².

1220 La recevabilité de la preuve testimoniale

L'article 1341 du Code civil déclare que « lettres passent témoins ». On peut aisément le comprendre. Les témoignages sont beaucoup plus fragiles et sujets à caution que les écrits, qui sont généralement dressés *in tempore non suspecto*; de plus, au contraire de la mémoire humaine, les écrits ne dépérissent pas avec le temps.

La preuve par témoignages est toujours recevable pour l'établissement des faits juridiques et des faits matériels. C'est là un des domaines de prédilection de ce mode de preuve, puisque la personne qui les invoque n'a pas la possibilité matérielle d'établir une preuve écrite préconstituée.

Quant à la preuve des actes juridiques, elle doit respecter le prescrit de l'article 1341 du Code civil. Cela signifie que la preuve par témoins n'est admissible entre parties que pour les actes juridiques qui ne dépassent pas 375 euros; il en va de même pour les actes juridiques excédant 375 euros lorsqu'il y a soit commencement de preuve par écrit soit impossibilité de produire un écrit en justice. Rappelons qu'en matière commerciale, la preuve est libre de sorte que les témoignages peuvent, en

320. Sur cette distinction, voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 66-67.

321. E. HOUYET, 'L'acte de notoriété', *Rép. Not.*, t. III, l. V, 1986.

322. Sur ces différents types de témoignages que nous ne pouvons présenter ici, voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, *Rép. Not.*, 2002, pp. 278 et s.

toutes circonstances, être reçus (art. 25 du Code de commerce). Enfin, les tiers peuvent toujours se prévaloir de la preuve par toutes voies de droit.

Signalons, pour le reste, que les faits à prouver doivent être pertinents, précis et permettre la preuve contraire (art. 915 et s. C. jud.), à défaut de quoi le juge pourra refuser d'ordonner l'enquête³²³.

1230 **La force probante des témoignages**

Le juge du fond dispose, en cette matière, d'un souverain pouvoir d'appréciation³²⁴.

Le nombre de témoins entendus n'est pas décisif: l'adage *testis unus testis nullus* n'a, en effet, plus cours dans notre droit.

Investi d'un pouvoir souverain d'appréciation, le juge du fond ne peut toutefois violer la foi due aux déclarations des témoins et adopter une interprétation de celles-ci qui serait incompatible avec leurs termes. La décision qui ne respecterait pas ce principe s'expose à la censure de la Cour de cassation.

SECTION 2. LES PRÉSOMPTIONS DE L'HOMME

1240 **Notion**

Aux termes de l'article 1349 du Code civil, il existe deux types de présomption: la présomption légale, d'une part, et la présomption humaine, d'autre part. Il s'agit de «conséquences que la loi ou le magistrat tirent d'un fait connu à un fait inconnu»: elles reposent toutes deux sur un raisonnement par induction.

Les présomptions de l'homme sont très diverses. Il s'agit, en effet, d'une notion ouverte. Les indices sur lesquels le juge peut fonder sa conviction peuvent consister aussi bien en des copies que dans des films, des photographies, des enregistrements, des rapports de détective³²⁵, des enregistrements vidéos, des constats d'huissier de justice (art. 1016*bis* C. jud.), etc. Les présomptions sont, dit la loi, abandonnées «aux lumières et à la prudence du magistrat»³²⁶.

1250 **Matières dans lesquelles la preuve par présomption de l'homme est admissible**

Aux termes de l'article 1353 du Code civil, «*les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol*».

Autrement dit, les présomptions de l'homme sont admissibles dans les mêmes hypothèses que la preuve testimoniale. Elles sont donc recevables pour prouver des faits juridiques ou des faits matériels. Et s'il s'agit de rapporter la preuve d'un acte juridique, les présomptions invoquées par une partie ne seront reçues que dans les cas qui forment exception au principe de l'article 1341 du Code civil (art. 1347 et 1348

323. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 276-277.

324. Cass., 25 févr. 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 768.

325. C. trav. Liège, 7 janv. 1982, *J.T.T.*, 1982, p. 177.

326. Sur la preuve par recours aux techniques nouvelles (télégrammes, télex, films, photographies, enregistrements magnétiques, etc.), voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 292 et s.

C. civ. ou encore l'article 25 C. comm.). On doit raisonner dans les mêmes termes, lorsqu'une partie cherche à prouver contre ou outre un écrit (voy. *supra* n° 190). Rappelons que les tiers peuvent, en revanche, toujours recourir à ce mode de preuve, la double règle de l'article 1341 ne leur étant pas applicable (voy. *supra* n° 220).

1260 Force probante de la présomption

L'article 1353 du Code civil exige des présomptions qu'elles soient « graves, précises et concordantes ». Malgré les termes de la loi, un seul indice peut emporter la conviction du tribunal s'il est suffisamment grave et précis. Le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation des indices qui lui sont produits. Les présomptions n'ont donc aucune force probante légale. Cela dit, la Cour de cassation veille au respect par le juge du fond de la notion même de présomption.

SECTION 3. L'AVEU

1270 Notion

Il s'agit de « la reconnaissance par l'une des parties, de l'exactitude d'une allégation dirigée contre elle »³²⁷. L'aveu se présente comme la preuve par excellence, comme la reine des preuves: *la probatio probatissima*. L'aveu dispense, en effet, la partie sur qui pèse le fardeau probatoire de prouver le fait avoué.

L'aveu est un acte juridique unilatéral, qui émane de la partie ou de son représentant³²⁸; cet acte doit comporter la reconnaissance du fait contesté. L'aveu doit, pour être pris en compte, être volontaire; il ne pourrait avoir été obtenu sous la contrainte. La question de savoir si l'aveu doit aussi être intentionnel, c'est-à-dire avoir été posé par son auteur avec le dessein de ménager une preuve à la partie adverse, est discutée³²⁹.

L'objet de l'aveu consiste dans un fait au sens large: il ne peut porter sur un point de droit ou sur la solution qui doit, en droit, être donnée à une contestation³³⁰.

L'aveu peut être judiciaire ou extrajudiciaire³³¹, oral ou écrit, exprès ou tacite, simple, complexe ou plural³³².

1280 L'admissibilité de la preuve par aveu

L'aveu est, en principe, admissible en toutes matières même dans les hypothèses où la preuve testimoniale et la preuve par indices ne le sont pas³³³. Il sera ainsi permis,

327. J. HANSENNE, *op. cit.*, 1990, p. 210.

328. Sur l'aveu qui est le fait du mandataire, voy. P. WÉRY, *Le mandat, op. cit.*, 2000, p. 238.

329. Sur cette question que nous ne pouvons développer ici, voy. P. VAN OMMESLAGHE, 'L'aveu', in *La preuve*, Colloque U.C.L., 12-13 mars 1987, pp. 5 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 321 et s.; D. MOUGENOT, *Rép. Not., op. cit.*, 2002, pp. 326 et s.

330. Cass., 20 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 889. Par exemple, 'avouer' que l'on est gardien de l'animal est sans incidence pour l'application de l'article 1385 du Code civil.

331. Voy., par ex., Cass., 10 févr. 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 680 (aveu en action). Voy. not. l'article 1985, al. 2, C. civ.

332. Sur ces notions, voy. J. HANSENNE, *op. cit.*, 1990, pp. 210-211. Voy. aussi Mons, 17 juin 1994, *J.T.*, 1995, p. 171.

333. L'aveu n'est toutefois pas recevable lorsqu'il s'agit de droits indisponibles, ou encore lorsqu'il s'agit de prouver un acte solennel.

même en matière civile, de prouver contre ou outre un écrit par un aveu; il sera également possible d'établir la preuve d'un acte juridique supérieur à 375 euros grâce à cet aveu. Par ailleurs, l'aveu permet de renverser des présomptions irréfragables pour autant que celles-ci ne reposent pas sur l'ordre public (art. 1352 C. civ. et 2271, 2272³³⁴, C. civ.).

Encore faut-il que la preuve de l'aveu soit au préalable administrée: l'aveu est, en effet, lui aussi un acte juridique³³⁵.

Aucun problème ne se pose évidemment lorsque la partie se prévaut d'un aveu judiciaire: celui-ci se trouve dans les conclusions, dans le procès-verbal de comparution des parties, dans la feuille d'audience, etc. Les choses se compliquent, en revanche, lorsque l'aveu est extrajudiciaire. S'il n'y a aucune difficulté lorsque l'aveu est écrit³³⁶, la question se complique pour les autres aveux extrajudiciaires. Ainsi la preuve d'un aveu verbal doit-elle se conformer au principe de l'article 1341 (art. 1355 C. civ.)³³⁷. Par contre, la preuve de l'aveu en action, qui consiste dans l'exécution volontaire d'un contrat ou d'une obligation, peut être rapportée par toutes voies de droit.

1290 **Force probante de l'aveu**

L'article 1356 énonce les effets de l'aveu. Aux termes de ce texte, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre son auteur. L'aveu lie le juge, même s'il a la conviction que celui-ci n'est pas sincère. *Quid* de l'aveu extrajudiciaire, dont l'article 1356 ne parle pas? Une fois que le juge a vérifié que l'aveu est bien sérieux, volontaire et non entaché de procédés illicites, il est lié par celui-ci³³⁸.

A noter aussi qu'aux termes de l'article 1356, alinéa 3 du Code civil, l'aveu est indivisible. Dès lors, « lorsqu'un aveu comporte plusieurs éléments, le juge ne peut, en règle, retenir certains d'entre eux et écarter les autres »³³⁹.

SECTION 4. LE SERMENT JUDICIAIRE

1300 **Notion**

Il s'agit de l'affirmation solennelle d'un fait, effectuée devant le juge, par l'une ou l'autre des parties.

Parmi les serments judiciaires, on distingue, d'une part, le serment litisdécisore (c'est celui qu'une partie défère à son adversaire pour en faire dépendre l'issue du litige: art. 1357 et s. C. civ.), et, d'autre part, les serments supplétoire et estimatoire (ceux-ci sont déférés d'office par le juge à l'une des parties: art. 1366 à 1369 C. civ.).

334. Ces deux articles instaurent des prescriptions présomptives de paiement, à propos de dettes qui, n'étant pas constatées par écrit, sont généralement acquittées rapidement. Le législateur présume, de manière irréfragable, que passé un bref délai, le créancier a reçu paiement (sur ce sujet, voy. A. GOSSELIN, 'Les prescriptions présomptives de paiement et la facture', *J.T.*, 1994, pp. 30-35).

335. *Voy.*, Civ. Liège, 9 oct. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 235.

336. S'il est constaté par acte sous seing privé, l'écrit échappe aux conditions des articles 1325 et 1326, puisque l'aveu est un acte juridique unilatéral (donc inapplicabilité de l'article 1325) qui ne donne pas *naissance* à une obligation de somme (donc inapplicabilité de l'article 1326).

337. Sous réserve des exceptions à ce principe (voy. *supra*, n^{os} 230 et s.).

338. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 340.

339. Cass., 13 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 33.

SOUS-SECTION 1. LE SERMENT LITISDÉCISOIRE

1310 **Un mécanisme complexe**

L'article 1357, 1^o du Code civil le définit comme suit: « celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ». Ce serment *décide* donc de l'issue du procès, en toute hypothèse. Il s'agit de l'ultime moyen de preuve sur lequel se rabat le demandeur qui risque de perdre son procès, faute de disposer d'autres moyens de preuve: il en appelle, en désespoir de cause, à la conscience de son adversaire. C'est un tempérament d'équité à la rigueur du système de la preuve légale.

En quoi consiste le mécanisme?

Au départ, une des parties propose à l'autre de renoncer à sa prétention si elle affirme, sous serment, le fait sur lequel elle fonde sa prétention. Par la *délation* du serment, s'enclenche alors un mécanisme auquel la partie à qui il est déféré ne peut échapper. Celle-ci a toutefois le choix entre trois attitudes:

- soit elle prête le serment et gagne *ipso facto* le procès;
- soit elle refuse de le prêter et elle perd alors le procès (aveu tacite)³⁴⁰;
- soit elle réfère le serment à celui qui lui avait déféré et l'invite, à son tour, à prêter le serment que le fait que celui-ci allègue est exact: il y a alors *relation* du serment.

Dans cette dernière occurrence, celui qui a déféré le serment primitif se trouve devant une alternative:

- soit il prête le serment et gagne la cause;
- soit il s'y refuse et est vaincu (aveu tacite).

Comme on le constate, le serment litisdécisoire permet ainsi de clore, en toute hypothèse, la contestation.

1320 **Recevabilité du serment**

Les articles 1358 et 1360 du Code civil le déclarent recevable en toute hypothèse³⁴¹, même lorsque la preuve par témoins ou par présomptions n'est pas admissible. Ainsi est-il permis de prouver un acte juridique par ce biais, même si cet acte excède 375 euros. De même, il est permis à une partie de prouver contre ou outre un écrit en déférant le serment à son adversaire. Enfin, le serment permet de renverser une présomption légale *iuris et de jure*, pour autant qu'elle ne soit pas fondée sur l'ordre public (c'est le cas de l'article 2275 du Code civil, relatif aux prescriptions présumptives du paiement)³⁴².

Encore faut-il que le serment porte bien sur un fait qui soit personnel à la partie, mais aussi décisif et utile à l'issue du litige³⁴³. Le juge dispose d'un pouvoir souverain, dans l'appréciation de ces diverses qualités.

1330 **Force probante du serment**

Le serment se voit reconnaître une valeur probante absolue. « L'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté » (art. 1363 C. civ.). Quant au juge, il est pieds et poings liés par ce serment.

340. Cass., 29 nov. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 396.

341. Sous réserve, bien entendu, des actes solennels.

342. Voy. par ex.: Civ. Namur, 28 mai 1979, *R.R.D.*, 1979, p. 1004.

343. Sur ces différentes conditions, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 374 et s.

Le parquet peut, en revanche, intenter des poursuites pour faux serment (art. 226 C. pén.)³⁴⁴.

SOUS-SECTION 2. LES SERMENTS SUPPLÉTOIRE ET ESTIMATOIRE

1340 **Notion**

Au contraire du serment décisoire, qui est l'œuvre des parties et met fin au litige, les serments supplétoire et estimatoire constituent des mesures d'instruction décidées par le juge, qui visent à l'éclairer en raison de l'insuffisance des preuves produites³⁴⁵.

Ces deux autres types de serment sont rangés par le législateur sous le même paragraphe, intitulé « Du serment déféré d'office » (art. 1366 à 1369 C. civ.).

1350 **Le serment supplétoire**

Le juge peut le déférer d'office à l'une ou l'autre des parties, afin d'obtenir un complément de preuve. Aucune relation de serment n'est cependant autorisée (art. 1369 C. civ.).

Ce mode de preuve est recevable en toutes matières, à l'exception des hypothèses où le serment litisdécisore ne l'est pas. Pour pouvoir être déféré à l'une des parties, il est nécessaire que la demande ou l'exception ne soit ni pleinement justifiée, ni totalement dénuée de preuve (art. 1367 C. civ.). En l'absence d'un commencement de preuve³⁴⁶ qui soit suffisamment précis pour rendre le fait allégué assez vraisemblable, il est donc exclu que le juge défère le serment supplétoire.

Le tribunal n'est pas lié par les affirmations de la partie à qui le serment a été déféré. Il peut asseoir sa conviction sur d'autres éléments.

1360 **Le serment estimatoire**

Il s'agit du serment que le juge défère au demandeur sur la valeur de la chose demandée (art. 1369 C. civ.). Ce serment n'est pas sans danger, puisqu'« il institue le demandeur juge de ses propres intérêts »³⁴⁷. Le juge peut toutefois accorder, en fin de compte, un montant moindre à celui affirmé par le demandeur.

La loi subordonne cette mesure d'instruction à trois conditions: 1^o le serment ne peut être déféré qu'au demandeur; 2^o il est impossible de déterminer la valeur autrement; 3^o le juge doit « déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment » (art. 1369 C. civ.).

344. *Quid* si celles-ci débouchent sur une condamnation? Ont-elles des répercussions sur le litige civil? La question est controversée car l'article 1133, 4^o du Code judiciaire n'a pas abrogé expressément l'article 1363 du Code civil (sur cette question, voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 352).

345. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 353.

346. Sur la forme que doit revêtir ce commencement de preuve, voy. D. MOUGENOT, *Rép. Not., op. cit.*, 2002, p. 354.

347. D. MOUGENOT, *Rép. Not., op. cit.*, 2002, p. 355.