

Introduction ¹

010 L'importance de la preuve en droit

Il ne suffit pas d'invoquer un droit subjectif pour être assuré d'obtenir gain de cause en justice. Encore faut-il que son titulaire puisse en apporter la preuve et convaincre ainsi le juge de la véracité de ses allégations. Car avoir un droit sans être en mesure d'en établir l'existence revient, en pratique, au même que ne pas avoir de droit du tout: *idem est non esse aut non probari*.

◇ La question de la preuve est omniprésente. Elle se rencontre par exemple en droit pénal, où, pour renverser la présomption d'innocence, le Ministère public doit faire la preuve de la culpabilité du prévenu. Il s'agit, au demeurant, d'une question qui a préoccupé, de tous temps, les juristes ².

L'ampleur du sujet a imposé aux coauteurs de ce livre de procéder à certains choix. C'est la preuve en droit patrimonial privé moderne, c'est-à-dire le droit civil et le droit commercial positifs ³, qui a ainsi été privilégiée.

020 Deux grands systèmes de réglementation de la preuve

On distingue traditionnellement deux grands systèmes probatoires: d'une part, le système de la preuve morale ou libre, d'autre part, celui de la preuve légale ou réglementée ⁴.

Il s'agit de savoir si le législateur doit intervenir pour déterminer les modes de preuve qui sont recevables et pour préciser la force probante qui s'attache à chacun d'eux.

- a. Selon le système de la preuve morale, le juge peut recevoir librement n'importe quelle preuve et y attacher la valeur probante qu'il souhaite. C'est le système dit de l'intime conviction ⁵. Tel est le système qui prévaut en droit pénal ⁶, en droit commercial (art. 25, C. comm.) et dans la matière du contrat de travail (art. 12, L. 3 juill. 1978).
- b. Dans le système de la preuve réglementée, le législateur «réglemente l'administration de la preuve, (il) indique les moyens de preuve qu'(il) admet, (il) en détermine la valeur et (il) établit entre eux une hiérarchie» ⁷. Ce système offre un gage de sécurité juridique contre des pouvoirs trop importants qui seraient reconnus au juge. Il y a toutefois un inconvénient à ce régime: il n'y aura pas nécessairement coïncidence entre la réalité et cette vérité judiciaire ⁸. Le juge est,

1. La matière de ce livre a été répartie entre les coauteurs comme suit: n^{os} 10 à 280, ainsi que les n^{os} 920 à 940, n^{os} 980 à 1000, n^{os} 1200 à 1360 (P. Wéry); n^{os} 290 à 630 (L. Kerzmann), n^{os} 640 à 1190 (D. Gobert).

2. Des modes de preuve peu rationnels ont eu cours autrefois: les ordalies, le serment purgatoire et la question.

3. Sur cette question, voy., pour des études plus approfondies, not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 3, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 693 et s.; J.-F. LECLERCQ, 'Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé'. in *Unité et diversité du droit privé*, 1983, pp. 338 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1991; D. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3^e éd., 421 pages.

4. H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, pp. 696 et s.

5. J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, coll. À la rencontre du droit, p. 184.

6. Sous réserve de l'article 16, alinéa premier, de la loi du 17 avril 1878.

7. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 65.

8. H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, pp. 699-700.

en effet, lié par la solution légale, même si son intime conviction lui dicte une tout autre solution. Le système de la preuve en droit civil appartient à la preuve réglementée.

- c. Malgré ces importantes différences, la preuve libre et la preuve réglementée comportent des limites communes, telles que⁹:
- l'interdiction pour le juge de prendre en compte des preuves obtenues par des moyens illégaux ou déloyaux¹⁰;
 - la nécessité de respecter la personne des parties¹¹;
 - ou, encore, l'interdiction de méconnaître, dans l'administration de la preuve, les droits de la défense.

030 Siègne légal de la matière

Les dispositions qui gouvernent la preuve en droit privé sont disséminées dans l'arsenal législatif belge. Il faut, en effet, avoir égard:

- au Code civil (art. 1315 à 1369);
 - au Code de commerce (art. 20 à 25);
 - au Code judiciaire (art. 870 et s.).
- a. Puisque notre droit civil est gouverné par le régime de la preuve légale, on ne s'étonnera pas de trouver dans le Code civil l'énumération des moyens de preuve dont les parties peuvent user. On ne sera pas davantage surpris d'y trouver un principe hiérarchique entre les différents modes de preuve: c'est la prééminence de la preuve écrite.

L'article 1316 énonce les cinq modes de preuve existant en droit positif: la preuve par écrit (acte authentique ou acte sous seing privé), la preuve testimoniale, les présomptions de l'homme, l'aveu et le serment judiciaire.

Parmi ces différents procédés probatoires, certains d'entre eux sont qualifiés de *parfaits* (c'est le cas de l'acte authentique, de l'acte sous seing privé, de l'aveu et du serment litisdécisoire), d'autres d'*imparfaits* (c'est le cas des témoignages et des présomptions de l'homme).

Les dispositions des articles 1315 et suivants ne sont pas idéalement situées dans le Code. Elles figurent dans le chapitre « De la preuve des obligations et de celle du paiement », lequel s'insère dans le titre « Des contrats ou des obligations conventionnelles ». La doctrine et la jurisprudence estiment, à juste titre, que ces dispositions ont une portée plus générale: elles s'appliquent aussi aux faits juridiques et concernent également les autres modes d'extinction que le paiement¹². Toutes les contestations d'ordre patrimonial, dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la loi ou par convention, sont, dès lors, assujetties aux articles 1315 et suivants.

- b. Quant à la preuve en droit commercial, il faut surtout mentionner l'article 25 du Code de commerce, qui proclame le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale, l'écrit ne se voyant pas placé sur un piédestal par rapport aux témoignages et présomptions. Le Code réserve, par ailleurs, un régime particulier à la preuve par facture et par la tenue d'une comptabilité (voy. *infra* n° 290 et s.).

9. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 34-36.

10. Pour un rappel de cette règle, voy. Corr. Charleroi, 17 déc. 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1164. *Quid* de la preuve par le recours à une caméra invisible? Voy. Cass. fr., 20 nov. 1991, *R.T.D.C.*, 1992, pp. 418 et s. *Quid* de l'enregistrement d'une conversation téléphonique? Voy. Civ. Liège (réf.), 9 oct. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 235. *Quid* de la preuve par enregistrement vidéo? Voy. Civ. Namur (réf.), 31 oct. 1995, *J.T.*, 1996, p. 192.

11. Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 692, note E.K.

12. Voy. not. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 67.

- c. Les dispositions du Code judiciaire (art. 870 à 1016bis C. jud.) ont, elles aussi, toute leur importance.

Elles proclament le principe de la collaboration des parties dans l'administration de la preuve. Elles prévoient également la possibilité pour le juge d'ordonner *d'office* tous les moyens d'instruction qui lui semblent nécessaires pour faire éclater la vérité; enfin, le Code judiciaire organise les procédures d'administration de la preuve que sont l'enquête, l'interrogatoire des parties, la réception du serment, la procédure de vérification d'écritures, le faux civil, l'expertise et la descente sur les lieux.

040 **Caractères des dispositions relatives à la preuve**

A l'une ou l'autre exception près¹³, les dispositions légales qui gouvernent la matière de la preuve n'intéressent pas l'ordre public et ne sont pas davantage impératives.

Il résulte de leur caractère supplétif¹⁴:

- que les conventions dérogatoires sont licites;
- qu'au cours du procès, les parties peuvent renoncer, expressément ou tacitement, à se prévaloir des dispositions du Code civil;
- que le juge ne peut les soulever d'office;
- que les plaideurs ne peuvent invoquer, pour la première fois, devant la Cour de cassation un moyen pris de la méconnaissance des dispositions relatives à la preuve.

13. Telle l'inscription de faux qui relève de l'ordre public.

14. Cass., 30 janv. 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695. A ce propos, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 29.

Chapitre 1. Généralités sur le rôle du juge, l'objet et la charge de la preuve

SECTION 1. L'OFFICE DU JUGE DANS L'ADMINISTRATION DES PREUVES

050 La procédure civile belge

Quel est le rôle respectif du juge et des parties dans le déroulement de l'instance? On distingue, à cet égard, deux grands types de procédure:

- la procédure accusatoire: l'initiative du procès, sa direction relèvent des parties, de sorte que le juge doit se cantonner dans un rôle passif (celui d'un arbitre chargé de départager les prétentions des parties);
- la procédure inquisitoire: c'est cette fois le juge qui dirige le procès dans le but d'aboutir à la vérité judiciaire.

La procédure civile est, avant tout, accusatoire. Le juge belge n'est toutefois pas totalement passif dans le déroulement du procès. Le Code judiciaire lui confie, en effet, un certain rôle inquisitoire: « le juge ne doit pas se contenter des preuves offertes s'il estime qu'elles ne peuvent conduire à l'objectif visé ou sont insuffisantes. Il a non seulement le pouvoir mais également le devoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables: production de documents, même détenus par des tiers (art. 871 et 877 C. jud.), enquête (art. 916 C. jud.), expertise (art. 962 C. jud.), comparution personnelle des parties (art. 992 C. jud.) ou descente sur les lieux (art. 1007 C. jud.) »¹⁵.

060 Principe dispositif et respect des droits de la défense

Dans la recherche de la vérité, le juge doit se conformer à deux principes essentiels.

Tout d'abord, le principe dispositif en vertu duquel « le procès civil est la chose des parties. Elles en disposent »¹⁶. Comme le rappelle N. Verheyden-Jeanmart¹⁷, ce principe « interdit au juge de modifier l'objet ou la cause du procès ainsi que de tenir compte de faits non invoqués par les parties ». Notre droit abandonne donc aux parties le soin de circonscrire les limites du procès: le juge ne peut statuer *ultra petita*. Pour le même motif, le juge ne peut se fonder sur des éléments de fait tirés de sa connaissance personnelle sur lesquels les parties n'ont pu débattre. Ce principe comporte toutefois une limite de bon sens. Il y a, en effet, des faits notoires, que toute personne normalement informée doit connaître et dont le juge peut légitimement faire état¹⁸.

Deuxième principe fondamental: le respect des droits de la défense qui impose notamment aux parties de se communiquer les pièces avant leur emploi en justice.

15. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 72.

16. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 71. Sur la question, voy. G. CLOSSET-MARCHAL, 'Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande', note sous Cass., 8 févr. 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 447 et s.

17. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 23.

18. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 22-23; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 73-74. Par exemple, la 'grande complexité actuelle du calcul des impositions' (Cass., 26 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 408).

SECTION 2. L'OBJET DE LA PREUVE

070 **Que faut-il prouver?**

Les parties doivent, aux termes de l'article 870 du Code judiciaire, rapporter la preuve des *faits* qu'elles allèguent à l'appui de leur prétention. Le mot « faits » qui figure à l'article 870 du Code judiciaire doit s'opposer aux mots « droit objectif ». Il s'entend donc *sensu lato*: il englobe aussi bien les faits matériels et juridiques que les actes juridiques.

En revanche, les parties n'ont pas à faire la preuve de la norme de droit que le juge doit mettre en œuvre pour trancher la contestation. Le juge connaît, en effet, le droit: *iura novit curia*. L'office du juge est, en d'autres termes, d'appliquer aux faits que les parties lui soumettent une norme qu'il est censé connaître. Pour traduire ce partage des rôles entre parties et juge, on cite souvent un adage latin: *da mihi factum, dabo tibi ius*.

080 **Que faut-il entendre par « droit objectif »?**

Le juge est censé connaître le droit objectif. Il doit, dès lors, rechercher d'office toutes les normes en vigueur en Belgique, qu'il s'agisse de textes de l'Etat fédéral, des communautés, des régions, des autorités provinciales ou communales, ou de textes de droit international (*cf.* art. 702 C. jud., à propos des mentions qui doivent figurer dans la citation).

Comme le souligne, à juste titre, D. Mougenot, « Rien n'empêche les parties de l'aider dans cette recherche, mais c'est sous sa responsabilité propre que le juge choisit la norme applicable »¹⁹.

090 **Trois précisions complémentaires**

- a. La coutume ne doit pas être prouvée par les parties, car il s'agit d'une règle de droit, même si elle n'est pas écrite. Elle est supposée connue par le juge, bien qu'elle ne fasse pas l'objet d'une publication officielle.
- b. Nombre de dispositions légales font référence aux usages (art. 1135 et 1160 C. civ.; art. 35 C. rur.). Ces usages doivent être prouvés par les parties, en cas de contestation. En matière commerciale, leur preuve se fera généralement par la production d'un parère (*voy. infra*, n° 630)²⁰.
- c. *Quid* de la preuve de la loi étrangère?
Pendant longtemps, celle-ci était assimilée à du fait dont les parties devaient administrer la preuve. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 1980²¹ est venu bouleverser cette approche fort négative des lois étrangères: il incombe désormais aux tribunaux belges d'appliquer d'office la disposition légale étrangère, en se conformant, de surcroît, à l'interprétation qu'elle reçoit dans son pays d'origine.

◇ Comment recueillir ces informations sur la loi étrangère?

Les parties peuvent, tout d'abord, l'y aider en produisant des « certificats de coutumes »: il s'agit d'attestations écrites relatives à la teneur de la loi étrangère, qui émanent des instances officielles ou de juristes privés.

19. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 88.

20. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 89.

21. Cass., 9 oct. 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 159, *R.C.J.B.*, 1982, p. 8, notes J.VAN COMPERNOLLE et F. RIGAUX.

Des conventions internationales peuvent également venir au secours du juge belge. Tel est le cas de la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger du 7 juin 1968 (*M.B.*, 23 novembre 1973).

SECTION 3. LA CHARGE DE LA PREUVE

100 Principes

Sur qui pèse la charge de la preuve? À qui incombe, en d'autres termes, l'*onus probandi* ²²?

L'article 1315 du Code civil énonce le principe dans le domaine du droit des obligations: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation».

L'article 870 du Code judiciaire formule le même principe en lui donnant toutefois un tour plus général et plus lapidaire: «chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue». Dès lors, il incombe au demandeur d'établir l'existence du fait *sensu lato* sur lequel il base sa prétention à un droit subjectif (*actori incumbit probatio*). Le droit subjectif étant prouvé, c'est à la partie défenderesse qu'il appartient de démontrer l'existence du fait nouveau qui, selon ses dires, a modifié ou éteint ce droit (*reus in excipiendo fit actor*).

◇ Deux grandes justifications sont avancées ²³.

Le législateur est parti du constat que dans le cours ordinaire des choses, les hommes sont libres d'obligation les uns envers les autres. Il est, par ailleurs, plus facile pour le créancier de prouver l'existence de sa créance que pour son adversaire d'établir qu'il n'a aucune obligation.

110 La pratique judiciaire

L'article 1315 du Code civil établit un ordre chronologique dans l'administration de la preuve. Au premier stade, le défendeur pourrait donc demeurer parfaitement passif attendant que la partie adverse rapporte la preuve de son droit.

La pratique judiciaire s'affranchit toutefois de cette présentation trop théorique de la question. Lors des débats judiciaires, chacun avance ses arguments car «il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps» ²⁴. Dès lors «la répartition de la charge de la preuve ne présente d'intérêt qu'à la fin de l'instruction, lorsque toutes les preuves ayant été produites, aucune ne paraît décisive» ²⁵. Tenu de statuer, le juge fera peser le risque de perdre le procès sur celui qui avait la charge de la preuve.

120 Collaboration des parties dans l'administration de la preuve

L'article 871 du Code judiciaire tempère le principe selon lequel chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue. En effet, aux termes de cette disposition, «le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose».

22. Sur cette délicate question, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 37 et s.

23. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 92.

24. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 93.

25. *Id.*, *ibid.*; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 43 et s.

Ainsi se trouve consacré, dans le cadre de l'instance judiciaire, un *devoir de collaboration* entre parties: le juge peut enjoindre à une partie d'aider son adversaire dans la recherche de la vérité. Il s'agit là d'une application remarquable du principe de la bonne foi. Ainsi se trouve condamné, par notre Code judiciaire, un vieux brocard: «*nemo tenetur edere contra se*»²⁶.

◇ Comment régler les difficultés d'exécution, lorsqu'une des parties refuse de collaborer à l'administration des preuves? Que se passe-t-il ainsi lorsqu'une des parties refuse de comparaître personnellement à l'instance ou refuse de se soumettre à une expertise sanguine ou à une exploration corporelle? La réponse à cette question est assez délicate.

- a) Il existe un principe général de droit²⁷ selon lequel il est interdit d'exercer une contrainte sur la personne et de pénétrer dans le domaine de sa personnalité.
- b) Le juge ne peut, par ailleurs, tenir pour avéré le fait allégué par une partie, lorsque l'autre refuse de contribuer à la preuve: il ne peut voir dans ce refus de collaboration un aveu tacite mais «si le juge appelé à statuer au fond ne peut déduire du *seul* refus, des conclusions au sujet de l'existence des faits à l'occasion desquels l'expertise sanguine a été ordonnée, cette attitude peut corroborer d'autres moyens de preuve invoqués ou engager la responsabilité de la partie récalcitrante envers l'autre»²⁸.
- c) Le juge peut-il assortir l'injonction procédurale (production de documents, décision ordonnant une comparution personnelle...) d'une *astreinte*?
La doctrine estime généralement que l'article 1385*bis*, alinéa 1, du Code judiciaire, lorsqu'il parle de «condamnation principale», couvre aussi bien la décision avant dire droit par laquelle le juge ordonne une mesure d'instruction que la décision définitive. L'adjectif «principal» vise seulement à souligner le caractère accessoire de l'astreinte. La Cour de cassation en a toutefois décidé autrement, dans son arrêt du 18 février 1988, rendu à propos d'un ordre de comparution personnelle²⁹.
- d) Des sanctions pénales peuvent parfois frapper la partie récalcitrante. C'est ce que prévoit notamment l'article 495*bis* du Code pénal: «sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de vingt-six à mille euros ou d'une de ces peines seulement quiconque, étant détenteur d'un document dont la production en justice a été ordonnée par un jugement, aura frauduleusement détruit, altéré ou dissimulé ce document».

130 Les présomptions légales

Une partie se voit parfois déchargée, par le législateur, du fardeau de la preuve. Elle est alors dispensée de prouver le fait qu'elle allègue. Il lui suffit d'établir qu'elle se situe bien dans telle situation envisagée par le législateur. On dit que la partie bénéficie d'une présomption légale³⁰.

Aux termes de l'article 1349, alinéa 1 du Code civil, la présomption légale se définit comme une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Le législateur dispense ainsi le plaideur de faire la preuve d'un fait difficile à établir: il lui demande seulement d'établir la preuve d'un fait facile à démontrer, duquel il sera permis d'induire l'existence d'un autre fait.

26. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 31-32.

27. Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 692, note E.K.

28. G. DE LEVAL, 'Instruction sans obstructions', in *La preuve*, 1987, p. 23. Voy. par exemple l'article 882 du Code judiciaire.

29. *Pas.*, 1988, I, p. 722.

30. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 100 et s.

Deux types de présomption légale sont à distinguer:

- les présomptions simples, dites réfragables ou *juris tantum*: ces présomptions tolèrent la preuve contraire de ce qui est supposé par le législateur (exemples: article 2230 du Code civil, article 1384 *in fine* du Code civil);
- les présomptions absolues, irréfragables ou *juris et de jure*: celles-ci ne souffrent pas la preuve contraire, hormis la preuve par aveu ou par serment décisive³¹ (art. 1384 *in fine* C.civ.; art. 2271 et s. C. civ.).

31. Pour autant toutefois que ces présomptions ne reposent pas sur une considération d'ordre public. Voy. *infra*, n^{os} 1280 et 1320.

Chapitre 2. Le principe de la prééminence de l'écrit

140 Introduction

Aux termes de l'article 1341 du Code civil, « *il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toute chose excédant une somme ou valeur de 375 euros, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 375 euros. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ».

L'article 1341 contient le principe de la prééminence de l'écrit (section 1). Ce principe, qui comporte une double règle, souffre néanmoins d'importantes exceptions en matières civile (section 2) et commerciale (section 3).

SECTION 1. PRINCIPE: LES DEUX RÈGLES DE L'ARTICLE 1341

150 Principe hiérarchique des modes de preuve

Dans le système légal belge, existe un principe hiérarchique des modes de preuve. Une place de choix est faite à l'écrit: c'est la preuve écrite préconstituée, appelée aussi preuve littérale, qui se trouve ainsi placée sur un piédestal³².

Telle est la portée de l'article 1341 qui consacre une double règle:

- a. au-delà de 375 euros, l'acte juridique ne peut être prouvé que par un écrit;
- b. même en deçà de ce montant, une partie ne peut prouver contre ou outre un écrit qu'en produisant un autre écrit³³.

Il y a primauté de l'acte écrit sur la preuve testimoniale mais aussi sur les présomptions de l'homme (art. 1353 C. civ.).

L'article 1341 du Code civil tire ses origines de l'ancien droit, en particulier de l'ordonnance de Moulins (1566) et de l'ordonnance civile de Louis XIV de 1667: c'est à cette époque que la règle « témoins passent lettres » a été abandonnée au profit de la règle inverse « lettres passent témoins »³⁴.

160 Sanctions de l'absence de preuve écrite préconstituée

En l'absence d'écrit, le contrat (on parle aussi de *negotium*) n'est pas nul. L'écrit (on parle aussi d'*instrumentum*) n'est, en effet, requis qu'à titre d'instrument de preuve: il n'est pas exigé *ad solemnitatem*.

32. A ce propos, voy. H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, pp. 714 et s.; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, 1983, pp. 341 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 117 et s.; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 109 et s.

33. 'Prouver *contre*' signifie prouver que ce qui figure dans l'écrit n'est pas le reflet de ce que les parties ont réellement voulu, qu'elles se sont livrées à une simulation. 'Prouver *outre*' un écrit revient à ajouter quelque chose à l'écrit et à prétendre donc que l'écrit n'est pas complet.

34. A ce propos, voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, 2^e éd., t. 3, 1905, pp. 831-832.

Cette précision revêt une importance capitale. Le demandeur, bien que dépourvu d'écrit, conserve, en effet, une ultime chance d'obtenir gain de cause en justice. S'il ne peut recourir ni aux témoignages, ni aux présomptions (ce que lui interdit, en effet, l'article 1341 du Code civil)³⁵, il peut, en revanche, encore prouver l'existence de son droit en faisant état d'un aveu de la partie adverse ou en lui déférant le serment décisif. Cela dit, en pratique, le demandeur ne doit guère attendre de ces deux modes de preuve (voy. *infra* n° 1270 et s.).

Par exception, l'absence d'écrit peut parfois avoir des conséquences plus radicales, en atteignant le *negotium* lui-même. Il en va ainsi des actes juridiques solennels, lorsque la solennité consiste dans la rédaction d'un écrit. Tel est le cas du contrat d'hypothèque, pour la validité duquel un acte constitutif notarié est requis (art. 76 de la loi hypothécaire), ou du testament.

SOUS-SECTION 1. PREMIÈRE RÈGLE: L'EXIGENCE D'UN ÉCRIT POUR TOUTES CHOSES EXCÉDANT 375 EUROS

170 **Portée de la règle**

L'article 1341 du Code civil impose aux parties de se ménager une preuve écrite pour toutes « choses » excédant 375 euros.

Le mot « choses » est vague. Trop vague même, puisque l'article 1341 ne s'applique qu'aux seuls actes juridiques³⁶. La preuve des faits juridiques et des faits matériels peut s'administrer par toutes voies de droit, en ce compris par les présomptions et les témoignages. Il est, en effet, impossible pour les parties de se préconstituer une preuve littérale de tels faits³⁷.

Nonobstant la place de l'article 1341 dans le Code civil, ce texte gouverne la preuve de tous les actes juridiques, qu'il s'agisse de contrats ou d'actes unilatéraux³⁸.

180 **Choses excédant la somme ou la valeur de 375 euros**

Le Code civil avait fixé, en 1804, le seuil à 150 francs; en 1938, le montant a été porté à 1500 francs; en 1948, à 3000 francs; depuis 1991, il est établi à 15000 francs et donc, depuis l'avènement de l'euro, à 375 euros.

S'il n'excède pas cette somme ou cette valeur, la preuve de l'acte juridique est libre³⁹.

◇ Si, en 1804, beaucoup d'actes juridiques échappaient, en raison du seuil fixé à 150 francs, à l'article 1341, tel n'est évidemment plus le cas de nos jours. La majoration du montant à 375 euros, est, en effet, loin de refléter l'augmentation du coût de la vie depuis cette époque.

35. Sous réserve, bien entendu, des exceptions figurant aux articles 1347, 1348 du Code civil et 25 du Code de commerce.

36. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 119 et s.

37. Ainsi la preuve de l'erreur vice du consentement peut-elle être rapportée par toutes voies de droit (Cass., 28 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 779).

38. Par exemple le paiement. La jurisprudence écarte toutefois l'article 1341, pour l'exécution des obligations non pécuniaires (J.P. BUYLE, 'La preuve et le coût du paiement', *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 149 et s.; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 111).

39. Le législateur a veillé, aux articles 1342 à 1345, à ce que le principe de l'écrit ne soit pas contourné par divers subterfuges.

SOUS-SECTION 2. DEUXIÈME RÈGLE: INTERDICTION DE PROUVER PAR TÉMOINS CONTRE OU OUTRE LE CONTENU DE L'ACTE

190 Portée de la règle

Lorsqu'un écrit a été dressé, une partie ne peut, quelle que soit la valeur en cause, prétendre prouver par témoins ou par présomptions contre ou outre le contenu de cet *instrumentum*. Seule, une contre-lettre écrite peut venir détruire l'acte ostensible⁴⁰.

La portée de la seconde règle de l'article 1341 du Code civil est plus large que celle de la précédente: elle est de rigueur même si la somme ou la valeur n'excède pas 375 euros.

◇ Exemples:

- si un écrit relatif à une vente constate la remise d'une chose et le paiement de son prix, il est interdit à l'une des parties de prouver par témoins ou par présomptions de l'homme que le prix n'a pas été payé;
- le créancier ne peut prouver par témoins contre le contenu d'une quittance.

La rigueur de ce second principe fléchit toutefois en cas de fraude à la loi: lorsque les parties ont cherché à éluder une disposition d'ordre public, la preuve de la fraude pourra être rapportée par toutes voies de droit. Ainsi en va-t-il lorsque les parties cherchent à éluder le paiement intégral des droits d'enregistrement, en déclarant un prix de vente inférieur au prix convenu.

Pour le surplus, rappelons que seul le recours aux témoignages ou aux présomptions de l'homme est interdit en vertu de cette deuxième règle de l'article 1341. L'aveu et le serment litisdécisoire demeurent toujours recevables.

SOUS-SECTION 3. LIMITES D'APPLICATION DU DOUBLE PRINCIPE DE L'ARTICLE 1341

200 Première limitation

On l'a déjà signalé à diverses reprises: l'article 1341 du Code civil ne prohibe, ni la preuve par aveu (c'est la reine des preuves), ni celle par le serment décisoire. En pratique, ce sera souvent l'aveu extrajudiciaire qui sera invoqué en l'absence d'écrit.

210 Deuxième limitation

L'article 1341 du Code civil est supplétif. Il y avait toutefois des raisons de douter sur ce point. «Les dispositions de l'article 1341 du Code civil étant inspirées par le dessein de rendre les preuves sûres et efficaces et aussi de déterminer la manière dont le juge doit former sa conviction, on pourrait estimer qu'elles sont d'ordre public»⁴¹. Après hésitations, doctrine et jurisprudence n'ont toutefois pas suivi cette opinion⁴².

Il en résulte les trois conséquences suivantes:

- les parties peuvent convenir de s'écarter des règles de l'article 1341 ou renoncer à les invoquer en cours d'instance;
- le juge ne peut soulever *motu proprio* l'interdiction de prouver par témoins ou par présomptions;

40. Civ. Tournai, 2 déc. 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 329; Anvers, 23 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 421.

41. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 117 et s.

42. Cass., 27 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1131; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695.

- le moyen tiré de la violation de l'article 1341 ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation.

220 **Troisième limitation**

Les deux règles de l'article 1341 ne peuvent s'appliquer aux tiers, car par hypothèse, ceux-ci sont toujours dans l'impossibilité de se préconstituer un *instrumentum*.

Les tiers peuvent ainsi prouver, par toutes voies de droit, le contenu d'un acte juridique⁴³.

Ils peuvent aussi prouver contre ou outre ce qui figure dans un écrit⁴⁴. Ainsi les tiers peuvent-ils prouver, par toutes voies de droit, l'existence d'une simulation (ils prouvent alors contre un écrit).

SECTION 2. EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'ARTICLE 1341 EN MATIÈRE CIVILE

230 **Introduction**

Le principe de l'article 1341 est loin d'être un principe absolu, même en matière civile.

Ainsi la preuve peut-elle s'y administrer par toutes voies de droit, lorsque la partie dispose d'un commencement de preuve par écrit (sous-section 1), ou qu'elle se trouve dans l'impossibilité de prouver par écrit (sous-section 2).

Dans ces hypothèses, il sera permis à la partie de prouver l'existence de l'acte juridique par toutes voies de droit, même si sa valeur excède 375 euros. Il lui sera également possible de prouver de la même manière contre ou outre le contenu d'un écrit.

A noter toutefois que ces exceptions sont inconcevables, lorsque le contrat est solennel et que la solennité consiste dans la rédaction d'un écrit (voy. toutefois *infra* n° 280).

SOUS-SECTION 1. LE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT

240 **Notion**

En vertu de l'article 1347 du Code civil, la preuve par toutes voies de droit peut être rapportée lorsque la partie peut avancer « *tout acte écrit émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qui le représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* »⁴⁵.

La partie à qui incombe la charge de la preuve dispose alors d'un commencement de preuve par écrit. Celui-ci est un *adminicule de preuve* qui a la vertu de rendre admissible la preuve par témoins et par présomptions. Le commencement de preuve par écrit est donc insuffisant à *lui seul* à faire preuve. Il n'est qu'une preuve

43. Cass., 18 déc. 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 449 (preuve du mandat par un tiers); Cass., 25 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 845; Liège, 15 mai 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 423. Sur la preuve du mandat par le tiers contractant, voy. P. WÉRY, *Le mandat*, Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 129 et s.

44. Sauf, nous le verrons, s'il s'agit de contester des mentions figurant dans un acte authentique, lorsqu'elles bénéficient de l'authenticité.

45. J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, 1983, pp. 359 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, pp. 167-174.

incomplète du droit qui devra être parfaite par le recours aux présomptions et témoignages; c'est en quelque sorte la porte ouverte à la preuve par toutes voies de droit⁴⁶.

250 Les conditions du commencement de preuve par écrit

Le législateur a adopté l'article 1347 par faveur pour la personne qui, sans disposer d'une preuve littérale parfaite (un acte sous seing privé ou un acte authentique), peut néanmoins faire état d'un écrit provenant de la partie adverse. Pour accéder au statut de commencement de preuve par écrit, cet écrit doit satisfaire à trois conditions⁴⁷.

Première condition : la partie à qui incombe le fardeau probatoire doit disposer d'un écrit, lequel peut revêtir les formes les plus diverses⁴⁸.

Deuxième condition : l'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose. L'écrit qui est brandi en justice doit évidemment provenir de part adverse. Il ne peut être le fait de celui qui l'invoque. Une facture, un bon de commande non signé par le particulier ne peuvent, dès lors, constituer un commencement de preuve par écrit en faveur de leur auteur. En revanche, de tels documents pourront constituer, au profit du particulier, un tel commencement de preuve par écrit.

L'écrit peut également provenir d'une personne qui, légalement ou par convention, représente la partie adverse (tel est le cas des conclusions signées par l'avocat d'une partie)⁴⁹.

Troisième condition : l'écrit produit doit rendre vraisemblable le fait allégué. Il doit, pour reprendre l'expression de D. Mougenot⁵⁰, donner aux faits allégués «une apparence de vérité».

SOUS-SECTION 2. L'IMPOSSIBILITÉ DE PROUVER PAR ÉCRIT

260 Introduction

À l'impossible nul n'est tenu. Aussi comprend-on que le législateur déroge à l'exigence de la preuve littérale, chaque fois qu'il n'est pas possible à celui qui doit faire la preuve de son droit de produire en justice un écrit.

Telle est la portée de l'article 1348 du Code civil, dont la rédaction laisse toutefois à désirer. Aux termes de cette disposition, «*elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique:*

- 1°) Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits;*
- 2°) Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait;*

46. Ce qui explique qu'en principe, le commencement de preuve par écrit est sans utilité en matière commerciale.

47. Voy., à ce propos, C. GOUX, 'Observations sur le commencement de preuve par écrit', *R.R.D.*, 1997, pp. 204 et s.

48. Un acte rédigé par le débiteur mais non signé par lui; le brouillon d'un acte; un acte sous seing privé qui ne satisfait pas aux conditions des articles 1325 ou 1326 du Code civil... La jurisprudence donne une définition très large du commencement de preuve par écrit: 'il n'est pas nécessaire qu'il porte la signature de cette personne ou soit écrit en tout ou en partie de sa main; (...) il suffit qu'elle se le soit approprié' (Cass., 19 janv. 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 37).

49. P. Wéry, *Le mandat*, Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 238.

50. *Op. cit.*, 2002, p. 130. Voy. aussi Civ. Bruxelles, 5 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1708.

- 3°) *Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit;*
- 4°) *Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure».*

La rédaction de ce texte laisse à désirer. A la vérité, il y a lieu de distinguer deux hypothèses.

Première hypothèse: l'impossibilité originale: il n'a pas été possible aux parties de rédiger un écrit (l'article 1348, alinéa 2, 1° à 3° du Code civil en offre des exemples).

Deuxième hypothèse: un écrit avait été établi, qui faisait preuve de l'acte juridique, mais il a disparu « par suite d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure » (c'est le cas visé par l'article 1348, alinéa 2, 4° du Code civil).

Dans tous ces cas, la preuve par toutes voies de droit est admise. Encore faut-il que celui qui invoque le bénéfice de cette disposition convainque, au préalable, le juge de cette impossibilité. S'il échoue, il demeurera sous le joug de l'article 1341 du Code civil. La jurisprudence se montre, à cet égard, sévère: il faut une impossibilité et non pas de simples difficultés. Le juge du fond apprécie souverainement s'il y a ou non impossibilité; sous peine d'encourir la censure de la Cour de cassation, il ne peut toutefois méconnaître la notion légale d'impossibilité⁵¹.

270 L'impossibilité de rédiger un écrit

On distingue, en doctrine et en jurisprudence, trois formes d'impossibilité originale de se constituer un écrit:

- l'impossibilité matérielle, dont les points 1 à 3 de l'article 1348, alinéa 2, fournissent des applications particulières;
- l'impossibilité morale, en présence d'un obstacle d'ordre psychologique rendant l'établissement de la preuve littérale impossible⁵²;
- l'impossibilité résultant des usages, pour autant qu'ils soient constants, certains et unanimement suivis⁵³.

51. Voy. not. Cass., 6 déc. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 373.

52. Sur la question, voy. P. WÉRY, 'L'impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins', obs. sous Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 894 et s. La jurisprudence a, au départ de l'hypothèse du dépôt d'hôtellerie (art. 1348, al. 2, 2°), bâti le concept plus général d'impossibilité morale. Quand y a-t-il impossibilité morale? C'est une affaire d'espèce. La question est, en effet, laissée au pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond qui doit avoir égard aux circonstances de la cause. On ne peut donc présenter *in abstracto* des hypothèses dans lesquelles l'impossibilité morale serait toujours retenue et d'autres où elle ne le serait jamais.

Le juge ne peut méconnaître la notion légale d'impossibilité morale, en la dégagant de faits d'où aucune impossibilité morale ne peut se déduire (Cass., 3 juin 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 270). On admet généralement l'existence d'une impossibilité morale dans les relations entre médecins et patients, dans les relations familiales très proches ou encore dans les rapports entre concubins (voy. à ce propos Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 892, note P. WÉRY). Voy. aussi Paris, 22 fév. 1960, *Gaz. Pal.*, 1960, juris., p. 279; Civ. Malines, 23 juin 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 93; Liège, 31 octobre 1995, *Rev. rég. droit*, 1995, p. 450, note P. WÉRY; Liège 11 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 507; Civ. Bruxelles, 5 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1708.

53. La prudence s'impose dans la reconnaissance de tels usages, si l'on veut éviter d'appauvrir indûment le principe de la primauté de l'écrit. On relève généralement l'existence de tels usages dans les relations entre avocats et médecins avec leurs clients; dans les ventes au comptant dans les magasins, dans les contrats de confection de vêtements, etc. (D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, pp. 134-135).

280 La perte de l'écrit en raison d'une cause étrangère

L'article 1348, alinéa 2, 4^o vise l'hypothèse dans laquelle l'écrit qui avait été dressé primitivement disparaît par la suite, en raison « d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure ».

La loi entend, par là, plus généralement toute cause étrangère à celui qui doit administrer la preuve: l'expression couvre aussi bien la force majeure que le fait de la partie adverse ou d'un tiers dont il ne répond pas⁵⁴. En revanche, si la perte est due à la négligence ou au comportement délibéré de celui qui doit rapporter la preuve, il doit en assumer seul les conséquences: l'article 1341 n'est, en ce cas, point évincé.

Si le plaideur parvient à démontrer l'existence de la cause étrangère, il sera admis à faire la preuve, par toutes voies de droit, de l'acte juridique dont l'*instrumentum* a disparu (par exemple par la production d'une photocopie de l'acte sous seing privé qui a été détruit). Cette deuxième exception s'applique aussi à la preuve des actes juridiques solennels (p. ex., perte d'un testament)⁵⁵.

SECTION 3. LA PREUVE EN MATIÈRE COMMERCIALE

SOUS-SECTION 1. LA PREUVE EN MATIÈRE COMMERCIALE: UN SYSTÈME À PART ENTIÈRE

290 Introduction

De nombreuses dispositions régissent la preuve en matière civile. Tel n'est pas le cas des engagements commerciaux, pour lesquels on compte essentiellement une règle: l'article 25 du Code de commerce. Ce prescrit légal porte qu'« indépendamment des moyens de preuve admis par le droit civil, les engagements commerciaux pourront être constatés par la preuve testimoniale dans les cas où le tribunal croira devoir l'admettre, sauf les exceptions établies pour des cas particuliers »⁵⁶. En posant comme principe la liberté de la preuve en matière commerciale, le législateur avait pour objectif de favoriser les opérations commerciales en garantissant la célérité qui leur est propre.

Encore faut-il bien comprendre le principe: il ne s'agit pas d'une exception aux règles probatoires du Code civil mais plutôt d'un système à part entière. L'article 25 fait explicitement référence au régime du Code civil et si les parties disposent d'un écrit, signé et respectant les diverses formalités prescrites selon les espèces, la preuve n'en sera que plus facile à administrer. Si par contre ces éléments font défaut, la sanction n'est pas aussi radicale qu'en matière civile: le juge peut ainsi apprécier la valeur probante des documents qui lui sont soumis, en se basant le cas échéant sur les présomptions ou témoignages.

Cette liberté n'est toutefois pas absolue; des règles de preuve spécifiques peuvent parfois s'imposer, en vertu de législations particulières, de la volonté des parties ou des usages.

Le système semble simple; il n'en demeure pas moins qu'en pratique, de nombreuses questions n'ont pas manqué de se poser: dès lors qu'il faut concilier ce régime de liberté avec le système réglementé du Code civil, il a été nécessaire de régler le

54. Cass. 8 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1111; Liège, 20 juin 1978, *J.L.*, 1978-1979, p. 17.

55. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 187.

56. Art. 25 du Code de commerce (Loi du 15 décembre 1872).

problème des actes mixtes, dans lesquels interviennent un commerçant et un non commerçant. Par ailleurs, des modes de preuves spécifiques au droit commercial existent également (essentiellement les livres de commerce et les factures). Les cours et tribunaux, inspirés par les auteurs, se sont efforcés d'en préciser le régime.

300 Principe

L'éventail des modes de preuve applicables en matière commerciale est plus large que celui prévu par le Code civil. L'article 25 du Code de commerce pose le principe de l'admissibilité de la preuve testimoniale indépendamment des moyens de preuve prévus par les articles 1315 et suivants du Code civil. Ces modes de preuve (écrit, serment, aveu) conservent toute leur force probante en droit commercial; une seule exception de taille: le témoignage fera foi dès lors que le tribunal l'estimera admissible. Il faut dès à présent préciser que s'il n'est fait référence qu'au témoignage, cette règle est également d'application en ce qui concerne les présomptions de l'homme⁵⁷ – qui seront d'ailleurs plus fréquemment admises que la preuve testimoniale, jugée souvent trop dangereuse⁵⁸. Le droit commercial n'exclut donc aucun mode de preuve⁵⁹. Ces différents principes permettent à certains auteurs d'affirmer que le siège de la liberté dans le régime de la preuve réside dans le grand pouvoir d'appréciation laissé au juge⁶⁰.

◇ En droit commercial, l'ancienne tradition de la liberté des preuves a été maintenue par le législateur de 1872⁶¹. Dans son projet de révision du Code de commerce, la Commission du gouvernement s'était bornée à reproduire le texte de l'article 109 du Code de commerce de 1808⁶². La Chambre des représentants considéra toutefois que l'article devait être modifié et déplacé de manière à embrasser tous les engagements commerciaux et ne plus se limiter à régler la preuve des achats et des ventes. L'article ainsi modifié fut l'objet d'un nouveau titre intitulé « De la preuve des engagements commerciaux » inséré à la fin du Livre Premier du Code de commerce⁶³.

57. L'article 1353 du Code civil dispose que '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' (souligné par nous). Cette position est unanimement acceptée en doctrine et en jurisprudence. Voy. par ex. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *Traité pratique de droit commercial*, C. JASSOGNE (sous la dir. de), t. I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 78; Liège, 25 févr. 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1698, *R.D.C.*, 2001, p. 41. Les présomptions devront toutefois satisfaire aux exigences de l'article 1353 du Code civil (Gand, 17 mars 1999, *T.R.V.*, 2001, p. 330, note J. TYTECA).
58. X. DIEUX, 'La preuve en droit commercial', in *La preuve*, N. VERHEYDEN-JEANMART et J. VAN COMPERNOLLE (sous la dir. de), Actes du Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à Louvain-la-Neuve, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, 1987, p. 3. Voy. également Comm. Gand, 12 oct. 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 632 qui rappelle que la preuve par témoins ne peut être admise que dans des cas exceptionnels, même en matière commerciale.
59. R. MOUGENOT, 'La preuve', *Rép. Not.*, 1999, p. 112.
60. G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCKS, *Handels- en vennootschapsrecht*, 7^{ème} éd., Anvers, Kluwer, 2001, p. 51. Ce pouvoir d'appréciation du juge est clairement affirmé par la Cour de cassation. Voy. Cass., 29 mars 1974, *J.C.B.*, 1975, p. 233.
61. Loi du 15 décembre 1872.
62. 'Les achats et les ventes se constatent: par actes publics, par actes sous signature privée, par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties, par une facture acceptée, par la correspondance, par les livres des parties, par la preuve testimoniale dans le cas où le Tribunal croira devoir l'admettre'.
63. Code de commerce, Livre Premier 'Du commerce en général', titre IV 'De la preuve des engagements commerciaux'.

310 Aspects de droit comparé: les pays de *Civil law* et de *Common law*

Le principe de la liberté des preuves en matière commerciale n'est pas spécifique à la Belgique: la France a également conservé ce système⁶⁴. L'article L 110-3 (ancien article 109) du Code de commerce français prévoit qu'« à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi »⁶⁵. Il existe donc dans ces deux pays une distinction entre le droit civil et le droit commercial, s'agissant de prouver des obligations contractuelles⁶⁶. Ce n'est pas le cas d'autres pays européens qui lui ont préféré un régime général de la preuve, indépendamment du caractère civil ou commercial de l'engagement en souffrance. Aux Pays-Bas, en Allemagne ou encore en Suisse, les règles de preuve sont généralement libérales. Peu de dispositions existent à ce sujet, et les seuls articles qui y sont consacrés traitent essentiellement de la charge de la preuve⁶⁷.

Les systèmes en vigueur dans les pays de *Common law* diffèrent beaucoup des règles belges ou françaises régissant le droit de la preuve: le principe fondamental est celui de la *parol evidence rule*. La plupart des conventions ne nécessitent pas d'écrit pour être valides. Toutefois, les parties préconstituent généralement une preuve de la convention (*record*, qui peut prendre les formes les plus diverses: un écrit, une photographie, un enregistrement, ...) ⁶⁸. La *parol evidence rule* consiste en un ensemble assez complexe de règles qui, en s'articulant les unes aux autres, permettent de déterminer dans quelle mesure et dans quels cas il est possible de prouver outre ou contre le contenu du *record* préalablement établi entre les parties⁶⁹. Certains moyens de preuve se verront ainsi exclure en présence d'un contrat écrit. Cette règle est appliquée avec plus ou moins de rigidité selon le pays⁷⁰.

64. Art. L110-3 du Code de commerce français (Loi du 15 septembre 1807). Voy. également M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 129.

65. Pour un aperçu du système de preuve français, voy. F. CHAMOIX, *La preuve dans les affaires. De l'écrit au microfilm*, Paris, Litec, 1979; J. FLOUR, J.L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les Obligations*, t. III, 'Le rapport d'obligation', Paris, Dalloz, 1999, pp. 6 et s.

66. M. FONTAINE, F. DE LY, *op. cit.*, 2003, p. 129.

67. Aux Pays-Bas, le principe qui prévaut est celui de la liberté de la preuve, les seules dispositions qui existent ne traitent que de la question de la charge de la preuve (art. 153 du Code de procédure civile néerlandais). Les règles en Allemagne sont classiquement souples lorsqu'il s'agit de prouver le contenu d'un contrat ('Tout droit vers l'Allemagne et les Pays-Bas. Aspects juridiques de vos exportations', publication de la société de promotion économique pour l'est de la Belgique, à télécharger à l'adresse www.wfg.be/PDF/3_4.pdf): il appartient au juge seul et non à la loi de décider de la valeur d'une preuve, aucun moyen n'étant privilégié par rapport aux autres. Ainsi, tout contrat, même entre non-commerçants, peut être prouvé non seulement par un écrit, mais également par des témoignages ou des présomptions. Si un acte sous seing privé est réputé contenir tous les éléments du contrat, il est néanmoins possible de renverser cette présomption par tous les moyens de preuve et dès lors de prouver outre et contre le contenu de l'acte écrit. En droit suisse, le code ne s'appesantit pas sur la question de la preuve. L'article 8 du Code civil prévoit simplement que chaque partie doit prouver les faits sur lesquels elle se fonde. L'article 9 stipule quant à lui que 'les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. La preuve que ces faits sont inexacts n'est soumise à aucune forme particulière' (art. 8 et s. du Code civil suisse du 10 décembre 1907. Ces dispositions légales peuvent utilement être consultées sur le site www.admin.ch).

68. Sur cette notion très large, voy. l'étude publiée par l'Université de Santa Clara, Californie sur la *Parol evidence*, disponible sur le site www.scu.edu/law/FacWebPage/Neustadter/e-books/abridgecontracts/main/commentary/Parolevidence.html.

69. Pour une vision globale du droit américain de la *parol evidence rule*, voy. la synthèse disponible sur le site de l'Université d'Harvard à l'adresse suivante: www.law.harvard.edu/publications/evidenceiii/rules/401.htm.

70. M. FONTAINE, F. DE LY, *op. cit.*, 2003, pp. 130 et s.

SOUS-SECTION 2. LA MISE EN ŒUVRE ET LES CONSÉQUENCES DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE

§ 1. Le régime de la liberté probatoire à l'épreuve du Code civil

320 Introduction

Le régime de la preuve en matière commerciale est un système à part entière, à côté du système prévu par les articles 1315 et suivants du Code civil. Pourtant, le texte même de l'article 25 débute par une référence au droit civil: « Indépendamment des moyens de preuve admis par le droit civil (...) ». Ainsi, l'article 25 du Code de commerce se réfère purement et simplement au droit civil pour les modes de preuve dont il ne parle pas⁷¹. Nous nous attacherons dans cette section à démêler les liens unissant ces deux régimes et à mettre en évidence les points de contact entre ces deux ordres de preuve.

330 Application du principe de la liberté des preuves au vu des deux règles de l'article 1341

Comme cela a été exposé ci-avant, l'article 1341 du Code civil contient deux règles principales, l'une exigeant un écrit pour tout engagement supérieur à 375 euros, l'autre excluant la preuve testimoniale dès lors qu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu d'un acte. Sous l'empire de l'article 25, ces deux exigences ne doivent plus être rencontrées.

◇ Ainsi, tout engagement commercial même supérieur à 375 Euros pourra être prouvé par témoins ou présomptions – sous réserve de l'appréciation souveraine du juge⁷² – alors que ce moyen de preuve est prohibé en matière civile en l'absence de commencement de preuve par écrit ou d'impossibilité de se constituer une preuve écrite⁷³. La question de savoir si l'on peut prouver par témoins outre ou contre le contenu d'un écrit est régie par le même principe. Le dernier alinéa de l'article 1341 du Code civil est on ne peut plus clair à ce sujet⁷⁴.

340 *Quid* en cas d'existence d'une preuve écrite préconstituée?

L'hypothèse envisagée est celle où l'engagement commercial a fait l'objet d'un écrit. Se pose alors la question de la valeur de ce document d'un point de vue probatoire. En premier lieu, il s'agit de voir quelles sont les exigences légales à respecter pour que l'écrit attestant une obligation commerciale ait force probante en cas de litige. Les formalités prévues en matière civile sont-elles applicables s'agissant de prouver des engagements commerciaux? Nous pensons notamment aux exigences telles celle du double original liée à la preuve des contrats synallagmatiques, la formalité du « bon pour » ou encore la nécessité d'une date certaine⁷⁵.

71. P. NAMUR, *Code de commerce révisé*, t. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, p. 150.

72. Voy. par ex. Comm. Ypres, 20 nov. 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1007. Dans ce cas d'espèce, le tribunal a rejeté la preuve constituée d'une seule présomption (en l'occurrence l'enregistrement d'une conversation téléphonique non étayé par d'autres éléments) tout en reconnaissant l'admissibilité de ce type de preuve au titre de présomption en matière commerciale. La qualité de présomption a également été reconnue aux bandes enregistrées dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 15 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 657, note F. RIGAUX.

73. Aux termes mêmes des articles 1341 et 1347 du Code civil.

74. Art. 1341, al. 2: 'Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce'.

75. Articles 1325, 1326 et 1328 du Code civil.

350 a) L'exigence d'une signature

Dans les modes de preuves écrits admis par le droit civil, seuls ont force probante en soi ceux qui sont signés par la partie à qui ils sont opposés⁷⁶. Le régime de la preuve en matière commerciale n'exclut aucun mode de preuve⁷⁷; l'écrit non signé pourra servir à prouver un engagement à l'encontre d'un commerçant, dans la mesure où ils sont de nature à servir de présomptions par exemple⁷⁸. Il est important de signaler qu'en matière commerciale, la signature par griffe, par timbre humide ou encore celle obtenue par copie carbone pourra « théoriquement » être admise⁷⁹.

360 b) La nécessité d'une date certaine

L'exigence d'une date certaine existe-t-elle également s'agissant de prouver des engagements commerciaux? P. Namur écrivait en 1876 qu'en vertu des usages commerciaux, les actes sous seing privé en la matière peuvent acquérir date certaine vis-à-vis des tiers en dehors des cas prévus à l'article 1328 du Code civil⁸⁰. Cette solution est toujours valable de nos jours⁸¹. Ainsi, la date d'un écrit allégué à l'encontre d'un commerçant pourra être prouvée par toutes voies de droit, et pas uniquement par un des moyens prévus à l'article 1328 du Code civil⁸².

La problématique de l'opposabilité de la date aux tiers, comme conséquence de l'inapplicabilité de l'article 1328 du Code civil aux actes de commerce, est une question singulière qui mérite qu'on s'y attarde⁸³. Selon X. Dieux en effet, le formalisme qu'énonce l'article 1328 n'est pas purement probatoire. Cet auteur voit dans les règles de cette disposition un élément substantiel du *negotium*, une règle d'opposabilité comme telle de la date elle-même⁸⁴. Une conséquence de l'enseignement qui prône l'inapplicabilité de l'article 1328 du Code civil à la preuve des engagements commerciaux est de lever toutes les formalités d'opposabilité de la date d'un acte de nature commerciale, même par rapport aux tiers. Ce sera le cas notamment s'agissant d'opposer à un tiers la date d'une cession de créance par exemple⁸⁵.

◇ Contrairement à la théorie des actes mixtes qui prévoit l'application distributive des régimes de preuve civil et commercial en fonction de la qualité de la partie à qui on entend l'opposer (voy. *infra*, n^{os} 480 et s.), les tiers peuvent dans ce cas précis se voir opposer inconditionnellement le régime de la preuve libre de la date d'une obligation de nature commerciale, telle l'obligation de *dare* découlant d'une cession de créance, alors qu'ils ne

76. N'ont en effet valeur probante en soi que les écrits signés par les parties, actes authentiques ou actes sous seing privé. Voy. notamment l'article 1318 du Code civil.

77. Sauf exceptions. Voy. *infra*, n^o 390 et s.

78. P. NAMUR, *op. cit.*, 1876, p. 150. L'expression 'date certaine' utilisée par l'auteur ne nous semble pas très heureuse en matière commerciale.

79. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 92. Pour ces auteurs, il semble douteux que le juge admette ces substituts de signature. Ils recommandent dès lors de ne pas remplacer la signature par un cachet, ...

80. *Id.*, p. 152.

81. K. TROCH, 'Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1998-1999)', *DAOR*, 2001, p. 102.

82. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 79.

83. Voy. à ce sujet X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 14.

84. *Id.*, *ibid.*

85. Anvers, 18 janv. 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 219, note Y. MERCHERS, 'Het stilzwijgen van de schuldenaar bij overdracht van een factuur'.

sont pas commerçants et même s'ils n'ont contracté aucun engagement commercial. Nous ne comprenons pas la justification d'une telle discrimination⁸⁶.

De la même manière, dans l'hypothèse d'un acte mixte, P. Van Ommeslaghe enseigne que l'article 1328 ne s'applique que si l'engagement est civil dans le chef de celui contre lequel on l'invoque, et ce quel que soit le tiers auquel on veut l'opposer⁸⁷.

370 c) Les formalités énoncées aux articles 1325 et 1326 du Code civil

Une doctrine unanime enseigne que l'article 1325 du Code civil ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de prouver des engagements commerciaux⁸⁸.

◇ Cette solution n'a pas toujours prévalu. En effet, peu après l'adoption de l'article 25, d'aucuns ont pu écrire qu'« il va de soi que l'article 1325 du Code civil est applicable aux actes sous seing privé qui constatent des conventions synallagmatiques »⁸⁹. L'importance de cette distinction ne doit cependant pas être surestimée, puisque tout acte qui ne répond pas aux conditions de l'article 1325 du Code civil pourra toujours jouer en tant que présomption, ainsi que nous l'avons mentionné au sujet de l'exigence d'une signature (voy. *supra*, n° 350).

En matière commerciale, l'article 1326 ne trouve pas non plus à s'appliquer⁹⁰. Ainsi, la preuve des engagements visés à l'article 1326 pourra, si le juge l'admet, être apportée par témoignage ou présomption ou encore par un écrit qui ne rencontre pas l'exigence du « bon pour »⁹¹.

380 d) Peut-on prouver outre ou contre le contenu d'un écrit?

Cette problématique a été anticipée par les auteurs de la loi du 15 décembre 1872. Ainsi qu'en témoigne M. Van Humbeeck dans son rapport, « le Code s'en repose entièrement sur la prudence des juges pour recevoir ou rejeter les témoignages; les tribunaux resteront fidèles au vœu de la loi en se montrant très réservés dans l'admission de cette preuve; lorsque celle-ci tendra à dénaturer la teneur d'un acte écrit, ils devront l'autoriser avec plus de précaution encore que dans les cas ordinaires; mais en principe, elle est admissible toujours »⁹².

Ainsi, même lorsqu'un écrit exempt de vice de forme a été préconstitué entre les parties, le juge peut – mais il ne doit pas – admettre que des témoins prouvent contre ou outre le contenu de cet écrit, ou encore accepter qu'une preuve soit apportée par présomptions⁹³. Le dernier alinéa de l'article 1341 prévoit que cet article s'applique sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

86. *Id.*, p. 15.

87. P. VAN OMMESLAGHE, 'Le nouveau régime de la cession de créance et de la dation en gage de créances', *J.T.*, 1995, p. 532.

88. K. TROCH, *op. cit.*, 2001, p. 102.

89. P. NAMUR, *op. cit.*, 1876, p. 150.

90. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 122.

91. K. TROCH, *op. cit.*, 2001, p. 102.

92. Rapport de M. VAN HUMBEEK, *Documents parlementaires*, Ch. Repr., 1866-1867, pp. 113 et s., cité par P. NAMUR, *op. cit.*, 1876, pp. 151-152.

93. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège rappelle le principe qui veut qu'en matière commerciale, la preuve est libre, celle d'un engagement pouvant être faite par toute voie de droit en ce compris outre et contre le contenu d'un écrit. Dans le cas d'espèce, la Cour n'a cependant pas besoin de recourir à cette règle, l'aveu étant admissible même en matière civile pour prouver contre ou outre le contenu d'un acte. Voy. Liège, 16 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1829.

§ 2. Exception à la liberté des preuves: l'exigence d'un écrit

390 Exigence d'un écrit

Bien que le principe général régissant la preuve des engagements commerciaux soit celui de la liberté des preuves – ce qui implique une diminution sensible du formalisme probatoire (formalisme *ad probationem*) –, il n'est pas rare qu'un écrit soit exigé au moment de la conclusion de la transaction comme condition de validité de celle-ci (formalisme *ad validitatem*)⁹⁴ ou comme vecteur même de l'obligation (comme c'est le cas pour la lettre de change)⁹⁵. Ces exceptions sont d'ailleurs annoncées par l'article 25 lui-même: « (...) sauf les exceptions établies pour les cas particuliers »⁹⁶.

L'exigence d'un écrit répond synthétiquement à trois finalités différentes⁹⁷.

400 L'écrit est exigé à des fins probatoires

C'est le cas pour les contrats d'assurances. La loi sur le contrat d'assurance terrestre prévoit que « sous réserve de l'aveu et du serment, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit entre les parties. Il n'est reçu aucune preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte. Toutefois, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins ou par présomption est admise »⁹⁸.

◇ La dérogation au droit commun est double: par rapport à l'article 25 du Code de commerce d'abord, l'écrit est toujours requis pour prouver un contrat d'assurance, même en matière commerciale. Par rapport à l'article 1341 du Code civil ensuite, l'écrit est obligatoire pour prouver tous les actes, même ceux dont la valeur est inférieure à 375 euros. L'aveu et le serment sont réservés⁹⁹.

Les billets de passage et de bagages dans les transports aériens servent également à prouver respectivement la conclusion et les conditions du contrat de transport et l'enregistrement des bagages respectivement. La Convention de Varsovie¹⁰⁰ prévoit dans ce cas que la force probante des billets ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. De la même manière, certains usages de droit impliquent que la preuve d'un acte soit rapportée par écrit.

410 L'écrit est exigé à des fins autres que probatoires. L'écrit comme condition de validité ou d'opposabilité de l'acte

Dans ce cas, l'écrit est exigé au stade de la conclusion de la convention. A la faveur de la renaissance du formalisme, on observe une nette tendance à la multiplication des formalités liées à cette période contractuelle: exigence d'un écrit (signé), mais également obligation de faire figurer certaines mentions dans le contrat, sous une

94. Voy., à propos de la résurgence du formalisme contractuel, M. DEMOULIN et E. MONTERO, 'Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique', in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahier du Crid n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 131 et s.

95. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 123.

96. Art. 25, *in fine*.

97. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 123.

98. Art. 10 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 20 juin 1992).

99. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 204-205.

100. Art. 3 et 4 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie, le 12 octobre 1929 (*M.B.*, 24 sept. 1936).

forme précise et/ou à certains endroits¹⁰¹. Nous en voulons pour exemple les actes constitutifs de sociétés dont certains doivent être authentiques¹⁰². Selon X. Dieux, il en résulte « une contraction indirecte du champ d'application de la preuve libre »¹⁰³. Les ventes et prêts à tempérament¹⁰⁴, les constructions d'habitations et ventes d'habitations à construire¹⁰⁵, la mise en gage du fonds de commerce¹⁰⁶ et les écrits requis par certains usages commerciaux (voy. *infra*, n^{os} 620-630) en sont d'autres exemples. Il est à noter que la plupart des écrits exigés *ad validitatem* servent également de preuve préconstituée¹⁰⁷.

Certains actes imposent quant à eux l'accomplissement de formalités pour être opposables aux tiers¹⁰⁸. Dans ce cas, l'exigence de l'écrit fait perdre une partie de son utilité à la liberté de la preuve des engagements qui en résultent¹⁰⁹.

◇ En effet, les tribunaux, fidèles à l'esprit de la loi déjà évoqué, feront montre d'une grande prudence s'agissant de prouver outre ou contre le contenu d'un écrit préconstitué, bien qu'en théorie la preuve contraire soit toujours admissible.

420 L'écrit comme vecteur de l'obligation

Les lettres de change et billets à ordre¹¹⁰, les chèques¹¹¹ ou encore les titres négociables sont autant d'actes qui postulent naturellement l'établissement d'un écrit, qui est la condition même de l'existence du titre¹¹². La liberté des preuves ne présentera d'utilité que pour prouver l'extinction de ces engagements.

§ 3. Aménagements contractuels

430 Principe de la liberté contractuelle et limites

Il est important de souligner ici que, sous réserve des exceptions applicables en matière civile, les parties sont libres d'aménager contractuellement le régime de la preuve en matière commerciale¹¹³.

Elles peuvent notamment décider d'inverser la charge de la preuve, de donner une force probante supérieure à un mode particulier de preuve ou encore d'exclure entre elles le régime de la liberté des preuves pour n'accepter par exemple, que la preuve scripturale en matière commerciale. Ces modifications conventionnelles du régime

101. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *op. cit.*, 2003, p. 142.

102. Art. 66 du Code des sociétés du 7 mai 1999 (*M.B.*, 6 août 1999).

103. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 16.

104. Art. 14 et 17 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (*M.B.*, 9 juill. 1991).

105. Art. 1^{er} et s. de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction (dite 'Loi Breyne', *M.B.*, 11 sept. 1971).

106. Art. 3 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fond de commerce, l'escompte, le gage et la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation (*M.B.*, 5 nov. 1919).

107. M. DEMOULIN et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 143.

108. La conclusion de baux de plus de 9 ans, la constitution d'une hypothèque par exemple (art. 76 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, *M.B.*, 22 déc. 1851).

109. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 17.

110. Art. 1^{er} et 75 des lois coordonnées du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre (*M.B.*, 19 janv. 1956).

111. Art. 1^{er} de la loi du 1^{er} mars 1961 concernant l'introduction dans la législation nationale de la loi uniforme sur le chèque et sa mise en vigueur (*M.B.*, 2 févr. 1962).

112. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 17.

113. Voy. à ce sujet et pour ce qui concerne les contrats internationaux M. FONTAINE, F. DE LY, 2003, *op. cit.*, pp. 130 et s.

légal devront toutefois respecter les diverses dispositions visant à protéger le consommateur¹¹⁴ ou les règles particulières relatives au formalisme probatoire auxquelles il n'est pas permis de déroger¹¹⁵.

◇ La plupart du temps, ces aménagements contractuels sont insérés dans les conditions générales. Dans ce cas, ces dernières ne lient les parties que dans la mesure où elles sont valablement entrées dans le champ contractuel¹¹⁶. Nous reviendrons sur cette problématique au moment d'aborder la question de l'acceptation des conditions générales énoncées au verso de la facture (voy. *infra*, n° 610).

SOUS-SECTION 3. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 25 DU CODE DE COMMERCE

§ 1. *Les actes commerciaux*

440 **Principe**

C'est la nature commerciale de l'acte à prouver qui entraîne l'application du régime de la preuve libre¹¹⁷; le type de juridiction saisie et la qualité des parties sont en principe inopérants¹¹⁸.

◇ Toutefois, dans la mesure où le Code de commerce prévoit que sont réputés actes de commerce tous les actes accomplis par les commerçants (sauf à prouver qu'ils ont une cause étrangère au commerce)¹¹⁹, la qualité de commerçant dans le chef de l'une des parties entraînera, le plus souvent, l'application du régime de la liberté des preuves. L'inscription au registre du commerce d'une société civile à forme commerciale constitue une présomption, jusqu'à preuve du contraire, de sa qualité de commerçant¹²⁰.

450 **Les « engagements » commerciaux**

L'article 25 du Code de commerce mentionne les « engagements » comme étant au centre du régime de la preuve en matière commerciale. Cette formule, proposée par la Commission de la Chambre comme amendement au projet de la Commission du Gouvernement, était destinée à remplacer la référence aux « achats et ventes » contenue dans l'ancien article 109 du Code de commerce. Ainsi, le titre changeait de vocation; de spécial qu'il était auparavant (« Titre VII: Des achats et ventes »), il devenait général (« De la preuve des engagements commerciaux »). Le ministre de la Justice de l'époque, Bara, proposa en conséquence de modifier la place de ce titre (Titre IV)¹²¹.

La place choisie pour l'insertion de ce titre reflète à suffisance le caractère général que ses auteurs ont entendu lui conférer. Dans cette optique toutefois, l'expression

114. Voy. notamment l'article 32.18 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*M.B.*, 29 août 1991): 'Dans les contrats conclus entre un vendeur et un consommateur, sont abusives les clauses et conditions qui ont pour objet de: (...) 18. limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser'.

115. Voy. par ex., l'article 10 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurances terrestres déjà mentionné.

116. A. BENOÎT-MOURY, O. CAPRASSE, *La validité et la force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve*, Série Formation Permanente CUP, Liège, CUP, 1997, p. 120.

117. Pour une définition des actes de commerce, voy. l'art. 2 du Code de commerce.

118. A. BENOÎT-MOURY, O. CAPRASSE, *op. cit.*, 1987, p. 118.

119. Art. 2, *in fine* du Code de commerce.

120. Comm. Hasselt, 5 nov. 1996, *R.D.C.*, 1999, p. 500 (abrégé).

121. P. NAMUR, *op. cit.*, 1876, p.148.

« engagements commerciaux » n'est pas heureuse. En effet, elle ne rend pas compte de l'application du régime de la liberté des preuves aux mécanismes d'extinction des engagements commerciaux. Ainsi, aussi bien la preuve de la dette commerciale que celle de son paiement (qui n'est pourtant pas un « engagement » au sens propre du terme)¹²² pourront être apportées par témoignages et présomptions si le juge les admet.

460 Application de la liberté de la preuve à l'extinction des obligations

L'applicabilité du principe de la liberté de la preuve aux paiements ne fait pas de doute¹²³. Toutefois, sa mise en œuvre soulève quelque difficulté: en effet, quand peut-on recourir à ce régime et à l'encontre de qui?

X. Dieux relève à cet égard deux opinions divergentes: la première tendant à admettre la preuve libre lorsqu'il s'agit de prouver l'« extinction d'un droit de nature commerciale dans le chef du demandeur », la seconde déterminant le régime applicable en fonction de « la nature de l'acte par rapport à la personne contre laquelle la preuve doit être admise »¹²⁴.

◇ Aucune de ces deux solutions ne semble satisfaisante dans la mesure où leur application se heurte à des écueils difficilement surmontables; alors que pour la première, le problème se pose qu'il n'existe pas de « droits » de nature commerciale mais bien des « obligations » commerciales, la deuxième reporte la difficulté sur le fait de déterminer quels paiements peuvent être qualifiés d'actes de nature commerciale.

La jurisprudence retient généralement comme critère celui de la qualité de la personne contre qui le paiement doit être prouvé¹²⁵. Néanmoins, cette solution pragmatique ne reflète pas l'esprit de l'article 25 et les nécessités auxquelles il entend faire face, à savoir la célérité inhérente à la conduite des affaires.

◇ Dans le même sens, Van Ryn et Heenen ont proposé de n'appliquer le régime de la liberté des preuves qu'à l'égard des commerçants et uniquement dans la mesure où la dette n'est pas étrangère à leur activité commerciale¹²⁶. Pour ces auteurs, le régime de la preuve civile devrait être appliqué à chaque fois qu'aucune des parties n'est commerçante, à moins que la preuve ne porte sur le paiement d'un effet de commerce. Bien qu'elle présente l'avantage de la clarté et du pragmatisme, cette solution n'en est pas moins restrictive par rapport au libellé de l'article 25.

La solution que nous retiendrons est proposée par X. Dieux. Selon cet auteur, il faut distinguer les modes d'extinction des obligations résultant de faits juridiques tels la compensation non conventionnelle, la confusion, les nullités, la force majeure qui ne se prêtent pas à la rédaction d'une preuve écrite préconstituée et pour lesquelles la preuve peut être apportée par toutes voies de droit d'une part, et les modes contractuels d'extinction des obligations¹²⁷ pour lesquels s'appliqueraient distributivement les deux régimes de preuves selon les critères de la théorie des actes mixtes d'autre part¹²⁸.

122. Pour une définition de l'engagement, voy. F. DESOER, *op. cit.*, p. 277: 'L'obligation naît d'un contrat; l'engagement a un sens plus étendu. Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; tels les engagements entre propriétaires voisins. Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé; ils résultent des quasi-contrats, délits ou quasi-délits'.

123. Voy. par ex. Cass., 6 déc. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 439.

124. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 7.

125. Ceci n'est pas sans rappeler la théorie des actes mixtes. Voy. *infra*, n^{os} 480 et s.

126. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^{ème} éd., t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, n^o 43.

127. Tels que le paiement, l'échéance du terme extinctif, ...

128. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 8. Sur la théorie des actes mixtes, voy. *infra*, n^{os} 480 et s.

Ainsi, « le régime de la preuve libre pourra (...) être appliqué à l'égard de la partie dans le chef de laquelle l'opération juridique dont résulte l'obligation acquittée avait un caractère commercial (...) »¹²⁹.

◇ Prenons l'exemple d'un contrat de vente entre un concessionnaire automobile et un particulier. L'opération présente un caractère commercial au sens de l'article 2 du Code de commerce dans le chef du concessionnaire. En cas de litige entre ces deux parties, le particulier pourra prouver qu'il a payé le solde du véhicule en bénéficiant du régime avantageux prévu par l'article 25 du Code de commerce. Dans le chef du particulier qui achète une voiture destinée à un usage privé par contre, l'opération revêt un caractère civil. Le concessionnaire devra donc lui prouver qu'il a livré la voiture en respectant les règles du Code civil, si cette livraison est contestée.

470 **L'application de l'article 1282 du Code civil en matière commerciale**

Une controverse existe sur le point de savoir si la remise du titre sous seing privé constitue comme en matière civile¹³⁰ une présomption irréfragable du paiement, ou du moins de l'extinction de la dette¹³¹. Sous réserve de ce qui sera dit à propos des actes mixtes part (voy. *infra*, n^{os} 480 et s.), il semble que le principe de la liberté des preuves retenu par l'article 25 du Code de commerce s'oppose à l'application de cette présomption en matière commerciale. Ce dernier permet en effet toujours au créancier de renverser l'apparence de libération créée par la remise du titre et invoquée à son encontre par le débiteur qui s'en prévaut¹³².

§ 2. *Les actes mixtes*

480 **Problématique**

Il arrive fréquemment que l'acte présente un caractère commercial dans le chef d'une des parties seulement.

Les exemples sont nombreux, le cas le plus fréquent étant la convention entre un commerçant et un non-commerçant. L'acte est commercial dans le chef du commerçant à moins qu'il ne prouve que l'opération est étrangère à son commerce¹³³. Pour la personne qui n'est pas commerçante par contre, l'acte ne sera réputé commercial que s'il entre dans l'une des catégories énumérées à l'article 2 du Code de commerce. Dans la mesure où l'acte n'est pas repris comme étant un acte de commerce, il aura un caractère civil dans le chef de la personne qui n'est pas commerçante.

Quel régime faudra-t-il alors appliquer en cas de litige?

490 **Principe**

La doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement sur la solution à apporter à ce problème¹³⁴. Il s'agit d'appliquer distributivement à chacune des parties soit le

129. *Id.*, p. 9.

130. Art. 1282 du Code civil: « La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération ».

131. Voy. à ce sujet D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 121.

132. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 10.

133. Art. 2 du Code de commerce.

134. Voy. notamment D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 124; A. BENOÎT-MOURY, O. CAPRASSE, *op. cit.*, 1987, p. 119; K. TROCH, *op. cit.*, 2001, p. 102; Cass., 18 janv. 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 593; C.E. n^o 39.776, 23 juin 1992, *R.A.C.E.*, 1992; Comm. Gand, 11 janv. 2001, *R.D.C.*, 2002, liv. 2, p. 135.

régime civil, soit le régime commercial en fonction de la nature que présente l'acte en son chef. Ainsi, le non-commerçant qui devra prouver un acte passé avec un commerçant à l'égard de ce dernier pourra le faire moyennant le respect du prescrit de l'article 25 du Code de commerce¹³⁵. La circonstance que le non-commerçant est déontologiquement obligé de fixer ses contrats par écrit est inopérante à cet égard¹³⁶. Un commerçant qui voudrait apporter la preuve d'un acte passé avec une personne ne jouissant pas de cette qualité devra quant à lui se plier aux exigences du Code civil en matière de preuve¹³⁷.

La libre administration de la preuve ne s'applique donc pas à un non-commerçant, en ce compris l'administration¹³⁸. Cette solution bien établie en jurisprudence ne fait toutefois pas l'unanimité; il semble en effet assez difficile dans certains cas de justifier la différence de traitement dont sont victimes les commerçants¹³⁹.

◇ Outre la difficulté déjà mentionnée de la preuve des paiements entre un commerçant et un non-commerçant (voy. *supra*, n° 460), on peut relever le problème de l'opposabilité de la date d'une convention et de l'applicabilité de l'article 1328 du Code civil aux actes mixtes (voy. *supra*, n° 360). Selon D. Mougenot, on appliquera cet article suivant la nature commerciale ou non de l'obligation à prouver¹⁴⁰.

SOUS-SECTION 4. LES MODES DE PREUVE SPÉCIFIQUES AU DROIT COMMERCIAL

500 Introduction

L'article 109 du Code de commerce de 1808 reprenait tous les moyens de preuve admissibles pour prouver les achats et les ventes en matière commerciale. Y était mentionnée entre autres la preuve par facture acceptée, par la correspondance, par les livres des parties et par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier signé¹⁴¹.

◇ Ce texte ne reprend déjà plus les tailles, toujours prévues par le Code civil¹⁴². Ce mode de preuve était utilisé jadis pour établir les fournitures courantes de certains commerces de détail¹⁴³. Nous pouvons dire avec N. Verheyden-Jeanmart que ce type de preuve ne présente plus qu'un intérêt historique¹⁴⁴.

135. Cass., 18 janv. 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 593.

136. Gand, 23 juin 1994, *T.G.R.*, 1995, p. 9, note G. BAERT. Il s'agit dans cette affaire d'un contrat d'architecte oral accordé par un commerçant. L'architecte est admis à prouver ce contrat conformément aux règles de preuve du droit commercial bien qu'il soit déontologiquement tenu de fixer ses contrats par écrit.

137. Art. 1322 et s. du Code civil.

138. C.E. n° 39.776, 23 juin 1992, *R.A.C.E.*, 1992.

139. Pour des applications jurisprudentielles particulières récentes, voy. K. TROCH, *op. cit.*, 2001, pp. 103 et s.

140. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 125.

141. Art. 109 du Code de commerce de 1808.

142. Art. 1333 du Code civil.

143. F. DESOER, *op. cit.*, p. 748: 'On appelle tailles les deux parties d'un morceau de bois fendu en deux dont on se sert pour marquer les fournitures qu'un détaillant fait chaque fois à ses pratiques (un boulanger par exemple). Le marchand conserve un des deux morceaux qu'on nomme la taille, l'autre, l'échantillon, est remis au consommateur. A chaque fourniture, on joint les deux parties, et on y fait des entailles ou coches qui marquent la quantité des choses fournies (pains ou livres de viande). Les tailles corrélatives à leur échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles se font et reçoivent en détail'.

144. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 303.

Nous nous attacherons dans cette sous-section à étudier les deux principaux modes de preuve spécifiques à la matière commerciale, à savoir les livres de commerce et les factures¹⁴⁵.

§ 1. Les livres de commerce

510 Définition et siège légal de la matière

Les commerçants sont obligés de tenir des livres comptables en respectant diverses règles et ce, sous un certain contrôle. C'est la raison pour laquelle le législateur leur reconnaît une force probante particulière, alors même qu'ils ne comportent pas de signature¹⁴⁶. La preuve par la comptabilité des commerçants est réglementée aux articles 20 à 24 du Code de commerce et par une loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité des entreprises¹⁴⁷. Le Code civil y fait également référence¹⁴⁸.

520 Force probante et conditions d'admissibilité de ce type de preuve

L'article 20 du Code de commerce dispose que « la comptabilité régulièrement tenue peut être admise par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce ».

Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'admissibilité de ces livres comme mode de preuve¹⁴⁹. Des livres irrégulièrement tenus peuvent même être invoqués au titre de présomptions (si le juge l'admet)¹⁵⁰. De plus, ce type de preuve n'est admissible qu'entre commerçants, même si quelques nuances seront apportées ci-après à ce propos. La contestation doit en outre porter sur des engagements commerciaux. Enfin, les livres commerciaux peuvent être invoqués aussi bien en faveur qu'à l'encontre du commerçant qui les tient¹⁵¹. Les modalités d'application varient selon que l'on invoque la comptabilité du demandeur ou celle du défendeur.

530 La preuve par les livres du défendeur

Le Code civil assimile la production des livres du défendeur à un aveu extrajudiciaire¹⁵². Les livres des marchands peuvent ainsi faire preuve contre eux, à condition que celui qui s'en prévaut ne les divise pas en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention¹⁵³. La Cour de cassation a toutefois admis que le demandeur puisse diviser une comptabilité irrégulière¹⁵⁴.

145. Voy. à ce sujet la chronique de jurisprudence de P. VANHELMONT, 'Rechtspraak in kort bestek: handelsrecht, in het bijzonder de faktuur en het bewijsrecht in handelszaken', *Limb. Rechtsl.*, 1994, pp. 120-123.

146. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 298.

147. Loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises (*M.B.*, 4 sept. 1975); VAN RYN et HEENEN, *op. cit.*, 1981, t. I, n^{os} 60 et s. et t. III n^{os} 65 et s.

148. Art. 1329 et 1330 du Code civil.

149. K. TROCH, *op. cit.*, 2001, p. 112.

150. Comm. Hasselt, 11 juin 2001, *R.D.C.*, 2002, liv. 2, p. 152.

151. Art. 1330 du Code civil.

152. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 299.

153. Art. 1330 du Code civil.

154. Cass., 29 janv. 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 631.

540 La preuve par les livres du demandeur

Il est à noter qu'un commerçant peut invoquer sa propre comptabilité à l'appui de ses prétentions contre un autre commerçant.

Selon X. Dieux, il ne s'agira toutefois alors que d'une preuve par présomption laissée à l'appréciation du juge indépendamment de la régularité de la comptabilité du commerçant¹⁵⁵. N. Verheyden-Jeanmart enseigne quant à elle que seuls les livres régulièrement tenus par le demandeur peuvent être invoqués contre un défendeur commerçant, leur force probante ne relevant de la présomption que si ceux-ci ont été tenus de façon irrégulière¹⁵⁶. Etant donné la marge d'appréciation laissée au juge en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve par la comptabilité des commerçants, cette divergence d'opinion nous semble être d'une importance toute théorique s'agissant de prouver des engagements commerciaux entre commerçants. Dans l'hypothèse où les comptabilités ne concordent pas, et qu'il est établi que les livres du défendeur sont régulièrement tenus, les mentions des livres respectifs se neutralisent et il faut avoir égard à d'autres types de preuve¹⁵⁷.

Dans l'hypothèse d'actes mixtes, les livres des marchands ne peuvent être invoqués contre les personnes qui n'ont pas la qualité de commerçant¹⁵⁸. Ils ne seront toutefois pas dénués de toute force probante. X. Dieux analyse ce mode de preuve comme « un commencement de preuve autorisant la délation du serment »¹⁵⁹.

Encore faut-il ajouter que ce mode de preuve n'est admissible qu'en ce qui concerne les fournitures faites au défendeur¹⁶⁰. L'article 1329 du Code civil n'étant pas d'ordre public, la preuve par les livres des marchands pourrait toutefois faire l'objet d'une convention visant à la rendre admissible à l'encontre des non-commerçants¹⁶¹.

550 La production en justice des livres de commerce

La production judiciaire des livres de commerce ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement rendu à cet effet¹⁶².

Le jugement peut en ordonner soit la représentation, soit la communication¹⁶³. La différence entre ces deux modes de production des registres de commerce réside dans l'ampleur de la divulgation ordonnée. Dans le cas de la représentation (*openlegging*)¹⁶⁴, l'adversaire ne peut prendre connaissance que de la partie qui intéresse le différend¹⁶⁵. Le cas échéant, le juge demandera de se faire remettre les livres, sans que la partie adverse y ait accès, afin d'en déterminer – seul ou sur avis d'un expert – les passages pertinents¹⁶⁶. Le juge peut également ordonner la communication des livres (*overlegging*)¹⁶⁷ dans les cas où la loi le prévoit. Dans cette hypothèse, le tribunal permet à une partie de prendre connaissance de toute la comptabilité de l'adversaire. La communication n'est autorisée que dans les affaires de succession,

155. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 23.

156. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 299.

157. Comm. Hasselt, 11 juin 2001, *op. cit.*

158. Art. 1329 du Code civil.

159. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 24.

160. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 299.

161. Voy. à ce sujet A. BENOÎT-MOURY, O. CAPRASSE, *op. cit.*, 1997, pp. 121 et s.

162. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 300.

163. VAN RYN et HEENEN, *op. cit.*, t. III, 1981, n^{os} 74 et s.

164. Art. 22 du Code de commerce.

165. G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCKS, *op. cit.*, 2001, p. 53.

166. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 301.

167. Art. 21 du Code de commerce.

communauté, partage des sociétés et faillites¹⁶⁸. Si une partie offre d'ajouter foi à la comptabilité de l'autre et renonce donc à en contester le contenu, le refus du commerçant de produire sa comptabilité en justice autorisera le juge – sans pourtant l'y contraindre – à déférer à la partie adverse le serment supplétoire¹⁶⁹. Si par contre l'autre partie se réserve le droit de contester le contenu de la comptabilité du commerçant, le refus de ce dernier de produire lesdits documents ne constituera qu'une présomption à son encontre¹⁷⁰.

§ 2. La facture acceptée

560 Notion

Selon Van Ryn et Heenen¹⁷¹, la facture est un document rédigé par un commerçant dans lequel sont mentionnés l'espèce et le prix des marchandises ou des services fournis, le nom du client et l'affirmation de sa dette. Elle contient parfois aussi les conditions générales de la convention¹⁷². Elle n'est généralement pas signée, sinon pour constater un paiement avec la mention « pour acquit »¹⁷³.

570 Le commerçant s'oblige à la délivrance d'une facture

Des dispositions légales contraignent le commerçant à délivrer une facture à ses clients¹⁷⁴. Le Code de la taxe sur la valeur ajoutée (de même que d'autres dispositions fiscales) impose à tous les assujettis l'obligation de délivrer une facture pour les livraisons de biens et les prestations de services qu'ils effectuent¹⁷⁵.

◇ Hormis ces obligations légales, il ressort d'un certain nombre d'arrêts que le commerçant a tout intérêt à se montrer diligent dans l'établissement de ses factures. En effet, lorsqu'une facture est établie tardivement, sa force probante peut être remise en question, une facture transmise après un certain temps étant généralement douteuse¹⁷⁶.

580 La règle de l'article 25, alinéa 2 du Code de commerce

Aux termes de cette disposition, « les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi commerciale ».

168. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 122.

169. Art. 24 du Code de commerce.

170. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 122.

171. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, 1981, t. III, n° 59.

172. Il n'y a pas à notre connaissance de disposition générale portant sur le contenu d'une facture. Voy. toutefois pour des exigences particulières l'article 104 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 (*M.B.*, 28 oct. 1997 – exigence d'une signature), l'article 78 du Code des sociétés du 7 mai 1999 (*M.B.*, 6 août 1999 indications obligatoires des factures d'une société), ou encore l'article 1^{er} de l'A.R. n° 56 du 10 novembre 1967 (*M.B.*, 14 nov. 1967 – mention du compte bancaire).

173. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 118.

174. Voy. à ce sujet K. BYTTEBIER, M.C. DE MEUE, H. GEINGER, *Inleiding tot het handelsrecht*, 4^{ème} éd., Bruges, la Charte, 2002, p. 106.

175. Voy. notamment l'article 53 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée 2003, disponible sur le site du ministère des Finances (www.fisconet.fgov.be): 'Les assujettis, à l'exclusion de ceux qui n'ont aucun droit à déduction, sont tenus aux obligations suivantes: (...) 2° délivrer une facture ou un document en tenant lieu pour les livraisons de biens et les prestations de service qu'ils effectuent'.

176. Voy. entre autres Anvers, 10 mai 1999, *A.J.T.*, 2000-01, p. 40.

Cette règle ne trouve à s'appliquer que moyennant le respect de certaines conditions.

Ainsi, la facture n'aura force probante que si son destinataire est commerçant. Une facture acceptée par un non-commerçant pourrait toutefois jouer dans les limites du droit commun, au titre de présomption lorsque celle-ci est admissible¹⁷⁷.

Ensuite, il ressort des termes mêmes de l'article 25 que le rôle probatoire des factures est limité à la preuve des ventes commerciales. Toutefois, dans l'hypothèse d'un autre acte commercial, la facture pourra toujours jouer comme présomption ainsi que le permet l'article 25, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Ceci explique que la jurisprudence ne tienne que très peu compte de cette dernière condition, ne faisant pas de distinction entre les factures constatant des ventes et celles relatives à d'autres actes commerciaux¹⁷⁸. Cette attitude a d'ailleurs été adoptée par une partie de la doctrine¹⁷⁹ qui admet même que pour les travaux d'entreprise, la facture peut faire preuve de l'accord des parties sur le prix mentionné¹⁸⁰.

Enfin, la facture peut être invoquée à l'encontre du fournisseur, soit comme acte sous seing privé si elle est signée, soit comme constituant un aveu extrajudiciaire¹⁸¹.

590 Une facture acceptée

La facture ne fait preuve contre le client que si elle a été acceptée par ce dernier. Si c'est le cas, la facture fera preuve du contrat et de ses éléments essentiels¹⁸², tels l'objet de la vente, son prix¹⁸³. Cette condition ne fait aucun doute, et une acceptation tacite suffit pour qu'elle soit respectée. Le silence doit pour cela être circonstancié¹⁸⁴. On estime généralement qu'entre commerçants, le silence peut être interprété comme un acquiescement¹⁸⁵. L'acceptation résultera le plus souvent de l'absence de protestation du client dans un délai « normal » qui sera apprécié par le juge¹⁸⁶. La doctrine enseigne à ce sujet que le silence du client commerçant constitue une présomption d'acceptation qui pourra néanmoins être renversée par ce dernier¹⁸⁷. Le vendeur qui fonde sa demande de paiement sur l'acceptation tacite de la facture découlant de l'absence de protestation en temps utile devra prouver à quelle date la facture a atteint son destinataire¹⁸⁸. Il devra également prouver que la facture a

177. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 117.

178. Cass., 29 janv. 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 143. Voy. également G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCKS, *op. cit.*, 2001, p. 55.

179. Voy. par ex. K. BYTTEBIER, M.C. DE MEUE, H. GEINGER, *op. cit.*, 2002, p. 106: 'De factuur zal niet alleen betrekking hebben op verkoopsverrichtingen van roerende goederen, zij kan ook worden opgesteld voor het verrichten van diensten en voor betaling van die prestaties bewijskracht verwerven, hoewel het W. Kh. hieromtrent niets bepaalt'.

180. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 306.

181. *Id.*, p. 305.

182. G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCKS, *op. cit.*, 2001, p. 55.

183. Cass., 29 janv. 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 143.

184. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 19.

185. Voy. notamment Anvers, 10 mai 1999, *Limb. Rechtsl.*, 1999, p. 166; Comm. Hasselt, 28 mai 1996, *R.W.*, 1998-1999, p. 1468 (abrégé). *Contra*: Liège, 21 déc. 2001, *J.T.*, 2002, p. 564. Dans cet arrêt, la Cour estime que les commerçants ne sont pas obligés de répondre à toutes les lettres qu'ils reçoivent s'ils ne les approuvent pas.

186. K. TROCH, *op. cit.*, 2001, p. 115.

187. Cette présomption n'est pas admise si le destinataire n'est pas commerçant. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 304; E. DIRIX et G. BALLON, *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 142 et 147. Voy. également Liège, 18 déc. 2001, *J.T.*, 2002, p. 499.

188. Comm. Hasselt, 27 juin 2001, *R.D.C.*, 2002, liv. 8, p. 638.

été envoyée et reçue¹⁸⁹, si ce point est contesté par la partie adverse¹⁹⁰. Cette preuve peut être apportée par toutes voies de droit, notamment au moyen de l'inscription dans les livres des factures sortantes du demandeur¹⁹¹. S'il n'est pas fait mention de ce document dans le livre des factures rentrées du défendeur, et qu'il est acquis que sa comptabilité est régulière, il reviendra au demandeur de prouver l'envoi de sa facture par tout autre moyen¹⁹².

E. Dirix enseigne que la réception tardive d'une facture ne libère pas le destinataire de son obligation de protester, mais justifie néanmoins un moindre empressement de celui-ci à faire connaître ses protestations¹⁹³. Un arrêt de la Cour d'appel de Gand énonce que la réception tardive d'une facture, même irrégulière d'un point de vue fiscal, n'exonère pas son destinataire de son obligation de protester¹⁹⁴. L'appréciation du délai utile et la consistance de l'obligation de protester dépendent sensiblement des circonstances de la cause et des usages de la profession.

600 Force probante

Selon X. Dieux, une facture acceptée a, par nature, une force probante absolue¹⁹⁵. Une fois que l'acceptation de la facture est prouvée par toute voie de droit, on se trouve en présence d'une présomption irréfragable de l'existence de la vente. Lorsqu'elle se rapporte à une opération commerciale autre que la vente, la facture constituera une simple présomption contre le client qui l'a acceptée, pour autant que l'opération présente un caractère commercial dans son chef¹⁹⁶. Pour Dirix et Ballon par contre, la facture acceptée constitue une présomption légale qu'il n'incombe pas au juge de rejeter, mais qui est toutefois réfragable¹⁹⁷.

La jurisprudence semble avoir adopté la même position. Il a ainsi été jugé que la facture acceptée par défaut de protestation dans le délai est censée être la reproduction fidèle de la convention entre parties¹⁹⁸.

610 Une question particulière: la force probante des conditions générales imprimées sur la facture

Si l'acceptation de la facture fait preuve des éléments essentiels du contrat, la question s'est posée de savoir si l'acceptation emportait également la preuve de l'application des conditions générales imprimées au bas ou au *verso* de la facture.

La doctrine a dégagé une solution qui semble actuellement acceptée de façon générale¹⁹⁹. Le silence du destinataire lors de l'acceptation de la facture n'emporte acceptation des conditions spéciales que sous certaines réserves²⁰⁰.

189. Voy. à ce sujet B. PONENT, 'Hoe bewijst men de verzending en de ontvangst van de facturen?', note sous Comm. Hasselt, 26 déc. 1995, *Limb. Rechtsl.*, 1996, pp. 131-133.

190. Comm. Gand, 3 mai 2001, *T.G.R.*, 2001, p. 299.

191. Comm. Hasselt, 11 juin 2001, *R.D.C.*, 2002, liv. 2, p. 152.

192. Comm. Hasselt, 11 juin 2001, *R.D.C.*, 2002, liv. 2, p. 152.

193. E. DIRIX et G. BALLON, *op. cit.*, 1996, p. 146.

194. Gand, 15 févr. 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 206 et la note de C. VAEREWIICK, 'Het protesteren van een fiscaal onregelmatige factuur'. *Contra*: Liège, 21 déc. 2001, *op. cit.*

195. X. DIEUX, *op. cit.*, 1987, p. 20.

196. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, 1981, t. III, n° 63.

197. E. DIRIX et G. BALLON, *op. cit.*, 1996, p. 136.

198. J.P. Westerlo, 18 janv. 2002, *DAOR*, 2002, liv. 61-62, p. 135.

199. R. MOUGENOT, *op. cit.*, 1999, p. 219, A. BENOÎT-MOURY, O. CAPRASSE, *op. cit.*, 1997, p. 120, J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, 1981, t. III, n° 62.

200. Voy. à ce sujet E. DIRIX et G. BALLON, *op. cit.*, 1996, pp. 156 et s.

◇ L'acceptation devrait ainsi être écartée lorsqu'il n'est pas établi que le client a pu en avoir connaissance ou lorsque les conditions spéciales modifient ce qui a été arrêté antérieurement²⁰¹. Dans le même sens, un jugement du tribunal de commerce de Liège énonce que si la force probante d'une facture peut également s'attacher aux conditions générales reprises au *verso* de celle-ci, ce n'est qu'à la condition que le silence gardé par le destinataire lors de la réception de la facture puisse s'analyser comme l'expression certaine, quoique tacite, de l'acceptation de ces conditions. Sauf circonstances particulières, ce caractère fait défaut si les conditions générales sont imprimées au *verso* sans qu'il y soit fait allusion au *recto*²⁰².

SOUS-SECTION 5. LA PREUVE DES USAGES COMMERCIAUX

620 La preuve de la coutume

Les règles de droit tirant leur force d'une coutume véritable sont devenues très rares; il subsiste cependant des règles relativement anciennes qui constituent un véritable droit coutumier commercial²⁰³. A côté de ces coutumes, il existe certaines pratiques, « en général locales ou professionnelles, habituellement suivies, et que l'on sous-entend dans les actes juridiques, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur »²⁰⁴. On parle alors d'usages conventionnels. Leur rôle est important en matière commerciale: ils suppléeront les lacunes des contrats commerciaux ou serviront à l'interprétation de ces derniers, à moins que les parties ne les aient expressément écartés.

La coutume ne doit pas être prouvée, le juge doit la connaître aussi bien que la loi. Elle ne tire pas sa force obligatoire de la seule volonté des parties; aussi l'appelle-t-on souvent « usages de droit »²⁰⁵.

630 La preuve des usages conventionnels

Par opposition aux règles coutumières, les usages conventionnels doivent être prouvés, si leur existence est contestée. La partie qui s'en prévaut devra alors recourir aux témoignages ou plus généralement aux « parères » pour en prouver la consistance²⁰⁶. On appelle « parères » les avis motivés émanant de milieux professionnels qualifiés et destinés à constater des usages commerciaux²⁰⁷. C'est à la partie qui invoque les usages commerciaux que revient la charge de la preuve de leur existence²⁰⁸.

201. *Id.*, p. 161

202. Comm. Liège, 27 oct. 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 906.

203. Par ex. la règle de la solidarité présumée entre débiteurs contractuels ou de la mise en demeure sans formalité.

204. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. I, 1976, p.35.

205. *Id.*, pp. 34-35.

206. M. FORGES, C. JASSOGNE, J.F. LECLERCQ, R. MOUGENOT et M. VAN WUYTSWINKEL, *op. cit.*, 1990, p. 70.

207. F. DESOER, *op. cit.*, p. 552.

208. Gand, 22 mars 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 72.