

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Preuve et nouvelles technologies en Belgique

Mougenot, Dominique

Published in:
La preuve

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2015, Preuve et nouvelles technologies en Belgique. dans *La preuve: journées Pays-Bas/Belgique*. Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. Tome LXIII/2013, Bruylant, Bruxelles, pp. 521-532.

General rights

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

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

Take down policy

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

PREUVE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES EN BELGIQUE

Dominique MOUGENOT

Magistrat, maître de conférences à l'Université de Namur

1. Quels sont les types de document électronique prévus par la loi ?

La loi n'établit aucune classification des documents électroniques. Indirectement, elle reconnaît l'existence des actes sous seing privés électroniques, en admettant l'usage de modes de signature électronique et en admettant des formes dématérialisées d'écrit.

1.1. Quelles sont les sources de réglementation afférentes ?

Il y a essentiellement trois législations applicables aux actes électroniques en matière civile.

1. Le Code civil (art. 1322) définit la notion de signature électronique en matière de preuve par acte sous seing privé. Cette disposition a été introduite par la loi du 20 octobre 2000, transposant en droit belge la directive sur les signatures électroniques du 13 décembre 1999¹.

2. La loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification réglemente la signature électronique de manière générale. Son champ d'application est très large mais inclut aussi le droit la preuve. Cette loi s'applique à toute utilisation de la signature électronique en droit, en ce compris dans les rapports avec les autorités publiques. Cette loi est également le fruit de la transposition en droit belge de la directive du 13 décembre 1999.

¹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire européen pour les signatures électroniques, *JOUE*, n° L 13, 19 janv. 2000, p. 12 et s.

3. Enfin, le législateur a voulu faciliter les échanges et le commerce électronique en adoptant la loi 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, qui transpose en droit belge la directive du 17 juillet 2000². Cette loi contient une définition de l'écrit électronique. Elle adapte le formalisme contractuel de manière à permettre aux actes électroniques d'y répondre. Le formalisme probatoire est également concerné.

Certaines dispositions légales ne visent pas directement les actes électroniques mais leur sont indirectement applicables. Ainsi, la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs régleme la conclusion de contrats à distance entre un consommateur et une entreprise. Quoique cette loi s'applique à toute forme de contrats à distance, elle régit aussi les contrats conclus par voie de communication électronique.

Les actes électroniques ne sont pas réglementés en matière pénale.

1.2. *Quelle est la valeur probatoire des différents documents électroniques ?*

L'acte sous seing privé électronique a la même force probante qu'un acte sous seing privé traditionnel (C. civ., art. 1322). Il est recevable chaque fois que le Code civil exige une preuve écrite par acte sous seing privé.

Dans les domaines où la preuve est libre³, toute forme de document électronique, même non signé (e-mail, SMS, tweet...), peut être admise comme preuve. Le juge apprécie librement sa valeur probante.

La loi du 11 mars 2003 garantit l'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier. L'article 16 § 2 de cette loi dispose que l'exigence de l'écrit est satisfaite par « une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette disposition vise les hypothèses dans lesquelles l'écrit est requis à titre de condition de forme et concerne notamment le domaine de la preuve (formalisme probatoire). Il y a une telle similitude entre les concepts d'écrits définis dans la loi du 11 mars 2003 et ceux mis en lumière par la doctrine en droit de la

² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOUE*, n° L178 du 17 juill. 2000.

³ En vertu de l'article 1341 du Code civil, il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 €, 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 €. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. On peut en déduire que la preuve est libre en ce qui concerne 1° la preuve des faits (le mot « choses » ne désigne, selon l'interprétation constante, que les actes juridiques), 2° en matière commerciale, 3° pour les actes juridiques d'une valeur inférieure à 375 €. La preuve est également libre 4° lorsqu'une partie peut produire un commencement de preuve par écrit émanant de celui contre qui on veut prouver et rendant vraisemblable le fait allégué (C. civ., art. 1347) ou 5° lorsqu'il existe une impossibilité physique, psychologique ou résultant des usages qui empêche l'établissement d'un acte sous seing privé ou en cas de perte de l'acte sous seing privé par force majeure (C. civ., art. 1348, tel qu'interprété par la jurisprudence).

preuve que l'on peut raisonnablement admettre que ces notions se superposent⁴. Chaque fois qu'un écrit est requis à titre de formalité, celle-ci peut être considérée comme satisfaite par la production d'un écrit électronique conforme à la définition de la loi.

1.3. *Quels sont les types de souscription prévus ?*

Les documents électroniques peuvent être revêtus d'une signature électronique. Il existe plusieurs procédés (signature digitale, signature biométrique, signature manuscrite scannée, utilisation d'une carte à puce et d'un code PIN...) mais tous ne sont pas reconnus comme des signatures au sens juridique du terme.

Le régime de la signature électronique est défini par l'article 1322 du Code civil et la loi du 9 juillet 2001.

L'article 1322 du Code civil se situe dans le chapitre consacré à la preuve et régit les actes sous seing privé. Ceux-ci sont des actes établis par des particuliers et signés par eux (par opposition aux actes authentiques, signés par des officiers publics : notaire, huissier...). L'article 1322 précise que la signature peut être constituée par « un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». Cet article utilise donc une conception fonctionnelle de la signature. Un ensemble de données électroniques constitue une signature s'il remplit les deux fonctions mentionnées par la loi : 1^o permettre l'imputation à une personne déterminée et 2^o garantir l'intégrité du contenu. Les travaux préparatoires indiquent que le concept d'imputation à une personne déterminée recouvre en fait à la fois son identification et l'expression de son consentement (« *animus signandi* »)⁵. La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information (art. 16) précise que l'exigence d'une signature est satisfaite dès que ces conditions sont remplies. En matière probatoire, le juge peut donc librement apprécier si le mécanisme utilisé par les parties remplit ces deux fonctions. Si la réponse est positive, il est obligé de considérer qu'il a affaire à une signature au sens de l'article 1322 du Code civil.

Le législateur s'est avisé de ce que cette disposition, à elle seule, ne transposait pas correctement la directive sur la signature électronique. Le Parlement a donc adopté en outre la loi du 9 juillet 2001, qui met en place un régime général de la signature électronique.

Tout d'abord, cette loi donne une définition de la signature électronique, absente dans l'article 1322. Il s'agit de « une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification » (art. 2).

La loi établit en outre deux principes, repris textuellement de la directive.

⁴ D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 83-2, p. 172 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Vers une définition de l'écrit en droit des obligations », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 586.

⁵ *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 1999-2000, 50-38/006, p. 11.

a. L'article 4 § 5 de cette loi précise que « une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif :

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

Le juge ne peut pas rejeter une signature pour le seul motif qu'elle est électronique ou qu'elle ne répond pas aux conditions de sécurité les plus exigeantes. C'est le principe de « non-répudiation ». Cet article établit donc une règle minimale mais ne dit toutefois rien des conditions que doit remplir une signature électronique pour être assimilée à une signature manuscrite. C'est le principe suivant qui répond à cette question.

b. L'article 4 de la loi assimile également les formes les plus sécurisées de signature électronique à la signature manuscrite, moyennant le respect de trois conditions : « (1) une signature électronique avancée⁶ (2) réalisée sur la base d'un certificat qualifié et (3) conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale. » La signature qui remplit toutes ces conditions est appelée par la doctrine « signature qualifiée »⁷. Dans l'état actuel de la technique, le procédé qui répond le mieux à ces conditions est la signature digitale, utilisant un mécanisme de cryptographie à double clef, dans lequel l'identité du signataire est établie par un certificat émis un tiers de confiance (le prestataire de services de certification). En combinant l'article 1322 du Code civil et l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001, on arrive à la conclusion qu'une « signature qualifiée » constitue automatiquement une signature valable sur un acte sous seing privé et est présumée remplir les deux fonctions énumérées à l'article 1322.

1.4. Comment est garantie l'authenticité du document électronique ?

Dans l'état actuel de la loi, la signature électronique est le seul procédé explicitement prévu pour garantir l'authenticité d'un acte électronique. L'article 1322 du Code civil prévoit expressément que la garantie de l'authenticité de l'acte sous seing privé électronique est une fonction de la signature électronique, tant en ce qui concerne son origine (« imputé à une personne déterminée ») qu'en ce qui concerne son contenu (« établissant le maintien de l'intégrité de l'acte »).

⁶ La signature électronique avancée, concept repris de la directive, est définie à l'article 2 de la loi comme « une donnée électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification et satisfaisant aux exigences suivantes :

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

⁷ Cette appellation est absente dans la loi elle-même.

L'archivage électronique n'est toujours pas réglementé en droit belge et les mécanismes utilisés par l'archiviste n'ont pas de valeur juridique particulière, ni quant à la date des documents conservés, ni quant à leur contenu. En pratique, un archiviste qui utiliserait des procédures de conservation jugées fiables pourrait convaincre le juge de l'authenticité des documents qu'il détient mais le juge conserve une entière liberté d'appréciation à ce sujet.

1.5. Comment est transmis le document électronique ?

La loi ne réglemente pas, de manière générale, les modes de transmission des actes électroniques. On peut déduire des principes généraux qu'un mode de transmission qui ferait disparaître la signature électronique (suite à l'impression du document sur papier par exemple) ne permettrait pas de maintenir le statut d'acte sous seing privé d'un acte.

La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs, dans le cadre de la réglementation des contrats à distance, oblige les entreprises à communiquer certaines informations au consommateur sur un *support durable*. Un tel support doit permettre de stocker les informations adressées au consommateur « d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (art. 2, 25^o). Il est admis que ce concept, issu de certaines directives européennes, concerne également des écrits électroniques⁸. Donc, même si la conclusion de contrats à distance peut se faire autrement que par voie électronique, cette loi impose que, lorsque la communication au consommateur des informations exigées par la loi se fait de manière électronique, elle doit utiliser un tel support durable. Répondent notamment à cette définition : un document enregistré sur un disque dur, une clef USB ou un CD Rom ou encore un message électronique adressé au consommateur⁹. Ce n'est en revanche pas le cas d'une page web publiée sur le site de l'entreprise, qui est trop fugace pour être considérée comme durable¹⁰.

2. Quelles preuves scientifiques sont admises ?

La loi n'exclut *a priori* aucun type de preuve scientifique. La production d'une telle preuve devra évidemment respecter la vie privée et l'intégrité physique des intéressés et se conformer aux principes du procès équitable.

⁸ M. DEMOULIN, « La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 4/2000, p. 361 et s., n^o 6 ; E. MONTERO, « La conclusion du contrat à distance », in *Obligations. Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, f. mob., 2007, p. 83 ; D. MOUGENOT, « La preuve – évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Chartre, 2004, p. 121 et s., n^{os} 65 et s.

⁹ Voir l'énumération figurant à l'article 1, 17^o de la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances, qui utilise le même concept.

¹⁰ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel – mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, n^o 279.

2.1. Quelles normes règlent l'usage probatoire d'enquêtes scientifiques ?

Il n'y a pas de normes générales relatives à l'usage probatoire d'analyses scientifiques.

L'analyse génétique fait l'objet d'une réglementation particulière. Son régime sera analysé plus loin, au point 2.7. L'analyse sanguine destinée à déterminer le taux d'alcoolémie est également réglementée¹¹.

Chaque fois qu'il doit statuer sur un problème technique, le juge peut désigner un expert pour obtenir un avis technique. La procédure d'expertise judiciaire est réglementée par les articles 962 et suivants du Code judiciaire. L'expertise est, en règle générale, facultative. Le juge peut s'en passer s'il trouve dans le dossier suffisamment d'éléments pour trancher les questions techniques. Ainsi, le juge peut parfaitement se fonder sur un rapport scientifique produit par l'une des parties, s'il l'estime convaincant.

2.2. Comment déterminer la validité scientifique de la preuve ?

Il n'y a aucune procédure officiellement utilisée par les tribunaux à cette fin. Même dans le cas des expertises réglementées (expertise sanguine et génétique en matière pénale), le juge conserve sa liberté d'appréciation, sous réserve néanmoins du respect des règles méthodologiques imposées par la législation et ses arrêtés d'exécution. En cas de contestation, il appartient à chaque partie de convaincre le juge de la validité ou l'invalidité des preuves utilisées.

2.3. Quels contrôles sont mis en œuvre pour évaluer la validité de la méthode scientifique employée ?

De manière générale, aucun mode de contrôle particulier n'est mis en place. Le juge apprécie souverainement la validité des preuves produites par les parties ou par l'expert qu'il a désigné.

2.4. Qui décide de l'emploi d'une preuve scientifique ?

En matière civile, les parties ou le juge peuvent y recourir. Une partie peut toujours consulter un conseiller technique, qui établira un rapport qu'elle produira à son dossier (expertise unilatérale). Les deux parties peuvent décider conjointement de consulter un expert, sans intervention du juge (expertise amiable contradictoire). Enfin le juge peut décider de désigner un expert (expertise judiciaire contradictoire).

En matière pénale, la partie civile ou le ministère public peuvent également consulter un conseiller technique. Le juge d'instruction ou le juge du fond peuvent désigner un expert judiciaire.

¹¹ Code d'instruction criminelle, art. 44 *bis* ; loi du 16 mars 1968 relative à la circulation routière, art. 61 *bis* et s. et arrêté royal du 10 juin 1959 relatif au prélèvement sanguin en vue du dosage de l'alcool. Dans cette matière, il n'existe pas de méthode uniforme de calcul de l'évolution du taux d'alcoolémie avec l'écoulement du temps. Les résultats peuvent donc varier d'un laboratoire à l'autre (J. DE CODT, « Preuves criminalistiques et vérité judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 205, note 2).

2.5. *Quel est le rôle du juge ?*

En matière civile, le juge dispose d'une grande liberté dans le choix de la procédure. Il peut décider, par une décision motivée, de ne pas recourir à la preuve scientifique demandée par une partie s'il l'estime inutile. À l'inverse, il peut décider d'office de recourir à une telle preuve, même si aucune des parties n'en fait la demande¹². La seule exception à cette liberté est l'accord exprès des parties. Lorsque toutes les parties sont d'accord pour recourir à une preuve de ce type, le juge est lié¹³.

Le juge dispose de la même liberté en matière pénale. Contrairement à la matière civile, le juge n'est pas lié par l'accord des parties sur le recours à certaines procédures. Le juge du fond est seul juge de l'utilité que peuvent revêtir les preuves proposées par les parties pour former son jugement¹⁴.

En matière civile, à défaut de contestation, le juge doit considérer comme admis le fait établi par preuve scientifique. En matière pénale, compte tenu du caractère d'ordre public des règles applicables, le juge reste tenu de vérifier le caractère convaincant des preuves scientifiques versées au dossier pour apprécier la culpabilité du prévenu, même si celui-ci ne les conteste pas.

2.6. *Comment et par qui est déterminée la valeur probatoire d'une preuve scientifique ?*

Qu'il s'agisse d'une preuve proposée unilatéralement par une partie, d'une expertise amiable ou d'une expertise judiciaire¹⁵, le juge conserve un pouvoir d'appréciation entier concernant la validité des conclusions de l'expertise, aussi bien en matière civile que pénale. S'il n'est pas convaincu par les conclusions de l'expertise et que les éléments du dossier ne lui permettent pas de statuer, il peut ordonner la réalisation d'une expertise complémentaire par le même expert ou d'une nouvelle expertise par un autre expert¹⁶.

L'étendue du pouvoir d'appréciation du juge par rapport aux preuves scientifiques doit être nuancée. D'une part, à défaut de contradiction, le juge est spontanément amené à entériner le rapport d'expertise, parce qu'il ne dispose pas lui-même des connaissances techniques permettant de le critiquer (sauf si la qualité du rapport est tellement pauvre que même un profane peut l'apprécier).

¹² De manière générale, le pouvoir du juge de désigner d'office un expert n'est pas prévu par la loi mais est unanimement admis. En matière de test génétique, il est expressément prévu par l'article 331octies du Code civil.

¹³ « Par un accord procédural explicite, les parties peuvent lier le juge sur un point de droit ou de fait sur lequel elles entendent circonscrire le débat » (Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, 721, note VAN DROOGENBROECK. Voir aussi : Cass., 28 sept. 2012, R.G. C.12.0049.N). Dans la matière spécifique de l'expertise, O. MIGNOLET (*L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 65, n° 30) relève toutefois que quelques doutes peuvent exister à ce sujet dans l'état actuel de la loi, vu que le législateur impose au juge de ne recourir à l'expertise que lorsqu'il n'existe pas d'alternative moins lourde. La doctrine se demande si ce principe, énoncé à l'article 875 bis du Code judiciaire, n'empêcherait pas les parties d'imposer une expertise au juge qui n'en veut pas.

¹⁴ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 1159.

¹⁵ En ce qui concerne l'expertise judiciaire, l'article 962 du Code judiciaire dispose que le juge n'est point tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose.

¹⁶ Code judiciaire, article 984.

D'autre part, en cas de contestation, il n'est pas exceptionnel que le juge ne tienne pas compte du rapport, ne retienne pas l'intégralité des conclusions de l'expert ou construise son propre raisonnement en prélevant de manière sélective certains éléments des rapports techniques versés au dossier¹⁷.

2.7. En particulier, quand on admet le test génétique et comment on détermine sa valeur probatoire ?

a. En matière civile, le test génétique est utilisé pour établir ou contester la filiation d'un individu. La filiation peut être prouvée par toutes voies de droit (C. civ., art. 331septies). L'expertise génétique est donc un moyen parmi d'autres pour établir une filiation, même si elle connaît en pratique un statut privilégié, du fait de sa fiabilité.

En Belgique – contrairement à la France – rien n'empêche le recours à des examens génétiques privés, disponibles, par exemple, sur internet. Les parties peuvent donc prendre l'initiative de recourir à un test génétique et d'en produire les résultats devant un tribunal. Puisque la filiation peut être établie par toutes voies de droit, rien n'empêche – sur le plan des principes du moins – qu'un juge se satisfasse de cette preuve pour trancher un conflit relatif à la filiation du demandeur¹⁸. Cette hypothèse risque cependant de rester un cas d'école, tant que le juge n'a pas toutes les assurances requises concernant la manière dont le test a été réalisé.

Dès lors, même lorsqu'une des parties a fait préalablement réaliser un test génétique privé, le tribunal recourt systématiquement à l'expertise génétique. L'article 331octies du Code civil dispose que, en matière d'établissement de la filiation, les tribunaux peuvent ordonner, même d'office, l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées. L'administration de cette preuve ne déroge pas au droit commun de l'expertise¹⁹. Cela signifie que le juge est libre de l'ordonner ou non, suivant les circonstances du cas d'espèce²⁰, et apprécie librement les conclusions de l'analyse génétique (art. 962 C. Jud.). Dans la pratique toutefois, on ne connaît pas de jurisprudence publiée, en matière civile, dans laquelle le juge aurait écarté le résultat de l'expertise parce qu'il lui apparaîtrait non fiable. En revanche, le juge est en droit de refuser l'établissement d'une filiation, nonobstant la preuve irréfutable de l'existence d'un lien génétique entre l'enfant et le demandeur, s'il est démontré que la

¹⁷ L. DUMOULIN, « Les experts judiciaires : droit, science et enjeux professionnels », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 322.

¹⁸ G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 700.

¹⁹ Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 618 ; G. GÉNICOT, *op. cit.*, p. 699.

²⁰ Ce type d'action est assez étroitement encadré par la loi. Le juge doit donc préalablement vérifier que le demandeur remplit toutes les conditions de recevabilité de sa demande (quant à sa personne et à la personne du défendeur, quant au délai, quant à l'existence ou non d'une possession d'état, etc.).

reconnaissance légale du lien de filiation pourrait se révéler gravement préjudiciable pour l'enfant²¹.

En matière civile, ce mode de preuve n'est pas réglementé. Le juge choisit librement le laboratoire d'analyse, qui opère suivant la méthode qui lui apparaît la plus adéquate, sans devoir suivre une ligne de conduite imposée par la loi ou un arrêté d'exécution.

b. En matière pénale, l'expertise génétique permet au tribunal de statuer sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé. Elle est réglementée par le Code d'instruction criminelle et ses arrêtés d'exécution. Tout d'abord, il faut que des traces de cellules humaines aient été découvertes au lieu de la commission d'une infraction et aient été prélevées et conservées conformément aux conditions prescrites par l'arrêté royal du 4 février 2002²². Tant le ministère public que le juge d'instruction peuvent désigner un expert faisant partie d'un laboratoire agréé pour établir le profil génétique de cet échantillon.

La procédure de prélèvement de cellules sur un individu, aux fins de comparaison avec les traces retrouvées sur les lieux de l'infraction, varie suivant les hypothèses. Le prélèvement à la demande du ministère public (procureur du Roi) ne peut se faire qu'avec l'accord préalable et écrit de l'intéressé, pour autant qu'il soit majeur et ait été préalablement informé des conséquences qui s'y attachent (art. 44 *ter* du Code d'instruction criminelle). En cas de refus de l'intéressé, le prélèvement ne pourra être effectué que sur ordonnance d'un juge d'instruction (art. 90 *undecies* du Code d'instruction criminelle)²³.

Les modalités techniques à respecter pour une analyse ADN en matière pénale sont fixées par l'arrêté royal du 4 février 2002. Les laboratoires doivent être agréés par le Ministre de la Justice. Les résultats sont conservés dans une banque de données gérée par l'Institut National de Criminologie et de Criminalistique (I.N.C.C.). Le non-respect des formalités prescrites par arrêté royal n'entraîne pas la nullité de l'expertise²⁴. En revanche, la validité de l'expertise pourrait en être affectée²⁵. À défaut de respecter les règles imposées par l'arrêté royal (notamment la précision des marqueurs utilisés et la mention d'une probabilité statistique qui indique dans quelle mesure l'identification positive diffère d'une correspondance fortuite), l'expertise ne constitue pas une preuve légale d'identification par analyse ADN²⁶.

²¹ A.-C. VAN GYSEL *et al.*, *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 399.

²² A.R. du 4 févr. 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale.

²³ La loi du 7 nov. 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale (*M.B.*, 30 nov. 2011) a introduit plusieurs modifications importantes (notamment la possibilité pour le ministère public, moyennant l'accord écrit de l'intéressé, d'ordonner un prélèvement sur une personne ayant atteint l'âge de 16 ans). Cette loi n'entrera toutefois en vigueur qu'à une date fixée par l'exécutif.

²⁴ Cass., 2 nov. 2005, *Pas.*, 2005, p. 2097, concl. VANDERMEERSCH ; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 218, concl. VANDERMEERSCH.

²⁵ J. DE CODT, « Preuves criminalistiques et vérité judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 207.

²⁶ Cass., 25 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 481 ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1408 ; *N.C.*, 2006, p. 402 ; *Pas.*, 2005, p. 1113 ; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 1297.

En raison de la libre appréciation des preuves en matière pénale, la preuve génétique n'est revêtue d'aucune force probante particulière²⁷. Elle reste entièrement soumise à l'appréciation du juge, même si les règles méthodologiques imposées par l'arrêté royal ont été respectées. Sa valeur probante est fondée sur la théorie des probabilités et donc dépendante des données du cas d'espèce, même si, en règle générale, sa fiabilité emportera la conviction du juge²⁸.

3. Quels sont les futurs développements de la preuve avec les nouvelles technologies ?

Les développements futurs de la preuve technologique sont encore incertains. Il est évident, avec un recul de plus de dix ans, que la législation sur la signature électronique n'a pas eu le succès escompté. La grande majorité des transactions électroniques est réalisée sans utilisation d'une signature. Dans le commerce électronique, l'utilisation de la signature électronique reste marginale. Ce n'est que dans les rapports entre les banques et leurs clients que de tels mécanismes sont devenus d'utilisation courante.

L'introduction de la carte d'identité électronique, assortie d'un certificat permettant l'utilisation d'une signature digitale, a permis d'espérer une généralisation de l'emploi de la signature électronique. Il n'en est rien entre particuliers. L'utilisation de la signature électronique liée à la carte d'identité dans les rapports avec l'administration reste limitée à quelques applications (dépôt en ligne de la déclaration d'impôt, communication de certaines données par les assujettis en matière de sécurité sociale...). Les lois sur la procédure électronique en matière judiciaire (2006), qui auraient fait un usage important de la signature électronique en matière procédurale, ne sont jamais entrées en vigueur²⁹ par manque d'infrastructure et de développement d'une application permettant le *case management* électronique.

La jurisprudence en cette matière est peu abondante. Les juges sont d'ailleurs mal à l'aise avec les concepts introduits par le législateur en matière de signature électronique³⁰.

On constate par ailleurs que, alors que le législateur avait privilégié des formes sophistiquées et sécurisées de signature (signature digitale), la pratique voit apparaître des formes assez élémentaires et moins sûres de signature électronique, telles que la signature manuscrite scannée. C'est ce mécanisme qui est utilisé

²⁷ L. KENNES, « Vérité et preuve pénale », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Commission Université Palais, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, p. 170.

²⁸ M.-N. VERHAEGEN, « La nouvelle loi relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale », *Rev. dr. Santé*, 1999-00, p. 265 ; J.-M. HAUSMAN, « Chronique de criminologie. Tests et banques de données ADN en matière pénale : modes de régulation et de contrôle », *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 387 et s.

²⁹ Mis à part quelques dispositions accessoires, entrées en vigueur le 1^{er} janv. 2013.

³⁰ E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A. O.R.*, 2011/98, p. 235.

par l'Office des étrangers dans le cadre du contentieux relatif aux refus d'accès au territoire ou d'éloignement des étrangers³¹.

4. Cas pratique : F prétend être le fils naturel de P. P dénie être le père naturel de F, mais au même temps il refuse de se soumettre au test génétique. Qu'est-ce que fait le juge ?

La règle de base est que l'article 331octies du Code civil n'autorise pas le juge à contraindre physiquement le père prétendu à se soumettre à une expertise génétique³². Toutefois la jurisprudence récente tend à considérer que la protection de l'intégrité physique doit céder devant le droit à l'établissement de la filiation³³. L'atteinte à l'intégrité physique provoquée lors de l'examen génétique (frottis, recueil d'une goutte de sang...) est en effet jugée minime et ne constitue pas un motif légitime pour se refuser à pratiquer cet examen³⁴. La Cour de cassation a également décidé que le droit au respect de la vie privée ne pouvait faire obstacle à l'examen génétique³⁵. Les juges sont dès lors de plus en plus nombreux à considérer que, en l'absence de toute possibilité de contrainte physique, l'examen peut être imposé sous peine d'astreinte³⁶. À défaut d'astreinte, il n'est pas douteux que le refus de pratiquer l'examen, non justifié par un motif légitime³⁷, peut constituer une présomption de l'existence du fait que le test devait établir³⁸. La question de savoir si ce refus suffit à lui seul à établir ce fait ou s'il doit être complété par d'autres éléments du dossier reste controversée à ce jour³⁹.

³¹ E. MONTERO, *op. cit.*, p. 231 et s.

³² Cass., 17 déc. 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233 et p. 1240 ; G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 701.

³³ Bruxelles, 12 sept. 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 749, note MATHIEU ; Liège, 13 oct. 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 175 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 167 ; Bruxelles, 11 oct. 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 356 ; Bruxelles, 22 déc. 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1218, note MATHIEU ; Bruxelles, 29 sept. 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 468 ; Anvers, 18 déc. 2001, *R.W.*, 2002-03, p. 949.

³⁴ G. MATHIEU, « Le recours à l'expertise génétique comme mode de preuve de la filiation : le droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique face au droit de l'enfant à voir sa filiation établie », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 758 et s.

³⁵ Cass., RG C.01.0502.N, 24 oct. 2002, *Pas.*, 2002, p. 2039 ; *R.W.*, 2004-05 p. 436.

³⁶ Bruxelles, 22 déc. 2008, précité ; Anvers, 18 déc. 2001, précité ; Civ., Namur, 28 juin 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 690 ; Gand, 6 févr. 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1391 ; Civ., Gand, 21 sept. 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 97 ; Civ., Namur, 14 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1997, p. 503 ; voy. aussi : A. HEYVAERT *et al.*, « De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht », *R.W.*, 1986-1987, 2563 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *Rép. not.*, T. I, L. 12, p. 58 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987 », *Ann. dr.*, 1987, p. 268 ; F. LOOSVELDT, « De dwangsom : reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zaken », *A.J.T.-Dossier*, 1994-1995, p. 106. Cette jurisprudence n'est toutefois pas unanimement approuvée. Voy. : P. SENAËVE, « De dwangsom in conflict met het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de integriteit van het lichaam », *R.W.*, 1998-1999, p. 98 et s. ; J. VAN COMPENOLLE, « Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation », *Ann. dr.*, 1987, p. 337 et « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, l. IV/6, éd. 1992, n° 45 – voy. cependant l'évolution de cet auteur dans l'édition de 2007 du Répertoire notarial.

³⁷ Et la jurisprudence publiée ne connaît pas (encore) de cas de motif légitime admis par les tribunaux (A.-C. VAN GYSEL *et al.*, *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 400).

³⁸ Cass., 17 déc. 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233 et p. 1240.

³⁹ G. MATHIEU, « L'astreinte et les mesures d'expertise génétique : la recherche d'un juste équilibre des intérêts en présence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1219.

Ajoutons que la prééminence du droit à l'établissement de la filiation justifie aussi que l'on pratique le prélèvement sanguin sur un autre enfant mineur, lorsque le père présumé est décédé⁴⁰, ou que l'examen soit pratiqué *post mortem*, par exhumation du corps⁴¹. La question de l'opportunité d'une exhumation dans ce contexte n'est pas réglementée en droit belge⁴².

⁴⁰ Gand, 24 mai 2012, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2012, p. 244.

⁴¹ Liège, 27 févr. 2007, *J.T.*, 2007, p. 464 ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 112 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1251 ; Liège, 27 nov. 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 156 ; Anvers, 1^{er} oct. 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 60 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 111 ; Civ. Liège, 25 oct. 1995, *Rev. not. b.*, 1998, p. 53 ; Civ. Bruges, 9 oct. 1995, *R.G.D.C.*, 1998, p. 210, note HERBOTS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 597 ; Civ. Bruxelles (réf.), 4 avr. 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 679 ; *R.G.D.C.*, 1995, p. 501 ; Liège, 27 févr. 2007, *J.T.*, 2007, p. 464 ; Civ. Liège (réf.), 17 avr. 1989, *Journ. Proc.*, 1989, n° 158, 32.

⁴² G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 705.