

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Questions de preuve posées par le paiement

Jacquemin, Hervé

Published in:
Le paiement

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2009, Questions de preuve posées par le paiement. dans *Le paiement*. Recyclage en droit, numéro 3, Anthemis, Louvain-la-Neuve, pp. 173-209.

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.

QUESTIONS DE PREUVE POSÉES PAR LE PAIEMENT

Hervé JACQUEMIN

Docteur en droit

Maître de conférences aux FUNDP

(Centre de Recherche Informatique et Droit – CRID)

Introduction

1. Importance de la preuve – Pour souligner l'importance pratique des règles de preuve, l'adage *idem est non esse aut non probari* est généralement rappelé. Il signifie qu'à défaut de preuve valable, si un litige survient, il sera extrêmement difficile à la partie sur laquelle repose la charge de la preuve de faire valoir ses droits¹.

La règle vaut assurément pour le paiement², quelle que soit, du reste, l'acceptation que l'on donne au terme. Si le « paiement » désigne, dans le langage

¹ Pour F. GÉNY, « l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité » (*Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 110, n° 205). H. DE PAGE note aussi que « la preuve est, dans son principe, de nécessité absolue en droit. Ce qui n'est pas prouvé n'est pas affecté, pour cela, dans son existence, sans doute, mais est pratiquement privé de toute utilité, est frappé de stérilité » (*Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 695, n° 707). J. DABIN estime quant à lui que « si le 'bon droit' – qui est la prétention conforme au droit – peut bien exister théoriquement, et par conséquent s'imposer au regard de la conscience, en dehors de toute espèce de preuve, l'on comprend qu'il ne puisse bénéficier d'aucune reconnaissance extérieure, sociale ou juridique, ni a fortiori d'aucune sanction tant qu'il n'est pas appuyé d'éléments de conviction qui le rendent certain ou tout au moins probable » (« La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil », *B.J.*, 1932, col. 353). A. COLIN et H. CAPITANT relèvent que « sans doute, au point de vue théorique, il y a une différence essentielle entre la *forme* et la *preuve*. La *forme* est un élément constitutif de la convention, en l'absence de laquelle celle-ci ne naît pas à la vie juridique. La *preuve*, au contraire, n'a rien à voir avec la formation du lien juridique. Mais, en pratique, cette différence disparaît presque totalement. Car l'absence de l'une comme de l'autre prive le lien juridique de toute efficacité » (*Traité de droit civil*, (refondu par L. JULIOT DE LA MORANDIERE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, t. 2, p. 350, n° 620). Voy. aussi P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 899, n° 4; PH. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 3; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 70, n° 5; D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 108, n° 37; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 20, n° 160.

² De manière générale, sur la preuve du paiement, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 483 et s., n° 477 et s.; J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 149 et s.; I. GEERS, « Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 Burgerlijk Wetboek », note sous Cass., 6 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, pp. 720-722; D. MOUGENOT, « Paiement et commencement de preuve par écrit », note sous Anvers, 20 novembre 2006, *R.D.J.P.*, 2007, pp. 288-290; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, 3^e éd. par A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 329-332, n° 580-586.

courant, le versement d'une somme d'argent, on sait que, de manière plus large, il doit être entendu comme le *mode normal d'exécution* des obligations³. La présente contribution porte sur le paiement en général mais nous nous intéresserons principalement à l'hypothèse dans laquelle l'objet de l'obligation de donner est d'ordre pécuniaire.

L'importance des questions probatoires n'a pas échappé au législateur (voyez les articles 1315 et s. du Code civil) : aussi impose-t-il notamment l'accomplissement de règles de forme pour offrir aux parties un moyen de preuve efficace et, ce faisant, garantir la sécurité des opérations contractuelles. En matière civile, le principe de la prééminence de l'écrit sur les présomptions et les témoignages est ainsi consacré à l'article 1341 du Code civil.

2. Quelles sont les questions de preuve posées par le paiement? – D'un point de vue pragmatique, les parties conscientes du caractère crucial de la preuve et, par conséquent, soucieuses de se conformer au prescrit légal, doivent être amenées à se poser diverses questions au moment d'établir les règles à observer.

Elles doivent d'abord identifier celui des cocontractants sur lequel repose le fardeau de la preuve (section 1^{ère}). À cet égard, il n'est pas rare que, suivant les obligations dont elles sont créancières ou débitrices, chacune des parties doit supporter la charge de prouver le droit dont elle se prétend titulaire.

Ensuite, il convient d'établir de quelle manière la preuve doit être apportée par le(s) cocontractant(s) concerné(s). L'irrecevabilité des présomptions et des témoignages et l'exigence corrélatrice de la preuve littérale n'est d'application que dans certaines hypothèses. Nous veillerons à circonscrire précisément le domaine d'application de l'article 1341 du Code civil, qui consacre cette règle, avant d'identifier précisément les conditions auxquelles est soumise la preuve littérale (dans l'environnement traditionnel et numérique), et les conséquences qui peuvent résulter de leur méconnaissance (section 2). Nous examinerons aussi les cas – et ils sont nombreux – dans lesquels la preuve peut être valablement apportée autrement que par un écrit signé (section 3).

Ce qui, par voie de conséquence, conduit à l'extinction de l'obligation. À ce sujet, voy. la formule de N. CATALA, qui considère que « le paiement est un mode d'extinction de l'obligation par son exécution » (*La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 329, n° 241). Sur la notion de paiement, voy. not. P. VAN OMMESLACHE, « Le paiement: rapport introductif », *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 10-11, n° 4; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 391, n° 394 (« le paiement est l'exécution par le débiteur, telle qu'elle doit être, de l'obligation à laquelle il est soumis. C'est l'accomplissement de son obligation. Payer, c'est s'exécuter; c'est effectuer la prestation à laquelle on s'est obligé, quel que soit par ailleurs l'objet de cette prestation (donner, faire, ne pas faire) »); S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 835, n° 42.

Enfin, en marge de la preuve du paiement en tant que telle, les règles de preuve peuvent également trouver à s'appliquer pour établir l'accord de volontés des parties visant à modifier l'objet du paiement, déterminer son lieu ou son moment, voire régler son imputation (section 4).

Section 1

Qui doit prouver le paiement?

3. Quelle partie supporte la charge de la preuve? – L'article 1315 du Code civil désigne la partie qui supporte le fardeau de la preuve⁴ et, corrélativement, le risque de la preuve, avec les conséquences qui en résultent sur l'issue du litige.

En principe, il incombe au créancier de démontrer que l'obligation doit être exécutée (*actori incumbit probatio*, article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil). Comme l'énonce l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » (*reus in excipiendo fit actor*). Deux phases doivent ainsi être clairement distinguées.

4. Application au paiement – Si l'on prend l'exemple simple de la vente d'un produit quelconque, dont la livraison aurait déjà eu lieu, il incombe au vendeur de démontrer l'existence du contrat et, ainsi de prouver l'obligation de paiement du prix de son cocontractant (1^{re} phase). En cas de contestation, c'est par contre sur l'acheteur que repose la charge de démontrer, le cas échéant, que le prix a été payé et qu'il s'est acquitté de son obligation (2^e phase)⁵.

Section 2

La preuve du paiement par un écrit signé

5. Article 1341 du Code civil – Conformément à l'article 1341 du Code civil, un écrit (acte authentique ou acte sous seing privé) est requis pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 EUR (1^{re} règle) ou pour prouver contre ou outre un écrit (2^e règle).

⁴ Voy. aussi l'art. 870 C. jud., en vertu duquel « chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ». Sur les règles relatives à la charge de la preuve, de manière générale, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 37 et s., n°s 57 et s.; D. MOUCENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 92 et s., n°s 26 et s.

⁵ Pour une application des règles relatives à la charge de la preuve en matière de paiement, voy. Cass., 19 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 416; Cass., 24 septembre 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 107; Cass., 26 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 396; Anvers, 19 novembre 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 1111; Civ. Bruxelles, 26 septembre 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 378. Voy. aussi *infra*, n° 34.

Il importe de circonscrire précisément les hypothèses dans lesquelles ces deux règles doivent être observées (§ 1^{er}), avant de nous pencher sur le formalisme de la quittance et la manière de le respecter dans l'environnement numérique (§ 2).

§ 1. Champ d'application de l'article 1341 du Code civil

6. Éléments conditionnant l'application de l'article 1341 du Code civil – Les deux règles de l'article 1341 du Code civil s'appliquent aux parties⁶ à l'acte juridique (*infra*, n° 7), lorsque l'engagement de celui contre lequel la preuve doit être apportée est de nature civile (*infra*, n° 8) et pour autant que les parties n'y aient pas dérogé conventionnellement (*infra*, n° 9). L'observation de la 1^{re} règle de l'article 1341 du Code civil est également subordonnée à la satisfaction d'une condition de montant (la valeur doit être supérieure à 375 EUR).

7. L'article 1341 du Code civil s'applique aux actes juridiques – Le champ d'application matériel des deux règles de l'article 1341 du Code civil est limité aux actes juridiques⁷. Se pose dès lors la question de savoir si le paiement doit être considéré comme un acte juridique ou comme un fait juridique.

La nature juridique du paiement est discutée en doctrine française. Au début des années soixante, dans sa thèse consacrée à *la nature juridique du paiement*, Nicole Catala défend l'idée que le paiement est un fait juridique « parce que l'extinction de l'obligation est un effet de droit attaché par la loi à une situation de fait (la satisfaction du créancier) »⁸. Si sa thèse a été remarquée, il faut reconnaître qu'elle n'a pas conduit à une modification radicale de la position des auteurs français⁹. De manière générale, ceux-ci considèrent en effet que le paiement est une convention; en d'autres termes, le créancier devrait donner son accord pour que le paiement soit valable¹⁰.

⁶ J. LIMPENS et R. KRUIHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 544, n° 149; H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 886-887, n° 858; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 174; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 145, n° 300 et, spécialement pour la seconde règle, p. 166, n° 350; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 118-119, n° 51.

⁷ Tel est le sens du mot « choses », retenu à l'art. 1341 C. civ.

⁸ N. CATALA, *op. cit.*, pp. 238 et s., n° 159 et s., et spéc. p. 241, n° 161.

⁹ Pour une critique de la qualification du paiement en fait juridique, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement : rapport introductif », *op. cit.*, pp. 13-14, n° 6 et pp. 19-21, n° 9.

¹⁰ En France, considérant que le paiement est un acte juridique, plus précisément une convention, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2007, p. 77, n° 101; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1935, p. 275, n° 281. Voy. aussi G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 558, n° 1511, qui estiment que l'opération se réalise « normalement par l'accord du créancier » mais ajoutent que celui n'est pas indispensable et que « le débiteur peut [...] forcer le créancier à rece-

voir le paiement ». En Belgique, la doctrine¹¹ et la jurisprudence¹² s'accordent pour considérer qu'en matière civile, la preuve du paiement est soumise au prescrit de l'article 1341 du Code civil. Il est en effet considéré comme un acte juridique unilatéral. Deux arrêts récents de la Cour de cassation confirment l'application de la règle de la prééminence de l'écrit¹³.

8. L'article 1341 du Code civil s'applique aux engagements de nature civile – La nature civile ou commerciale de l'engagement des parties détermine également l'application de l'article 1341 du Code civil.

En matière commerciale, cette disposition ne doit pas être observée (article 1341, alinéa 2 du Code civil et article 25 du Code de commerce) : par conséquent, la preuve est libre et tous les moyens de preuve sont recevables. Ce principe vaut assurément pour le paiement¹⁴.

Pour distinguer les cas d'espèce où la preuve peut être apportée par toutes voies de droit et ceux dans lesquels le principe de la prééminence de l'écrit est d'application, il convient de se référer à la nature de l'acte accompli¹⁵ dans le

voir le paiement ». La thèse de la convention est contestée, pour diverses raisons (sur cette thèse et les critiques dont elle peut faire l'objet, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement : rapport introductif », *op. cit.*, pp. 13-14, n° 6 et pp. 17 et s., n° 9; H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 392-394, n° 396; N. CATALA, *op. cit.*, pp. 159-200; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 835, n° 42). Parmi celles-ci, on relève qu'il est injustifié d'exiger le consentement du créancier : ce faisant, on lui permettrait en effet de refuser son accord alors même que le paiement est exécuté conformément à l'obligation. En outre, un tiers peut en principe valablement s'acquitter de la dette sans l'accord du créancier.

¹¹ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 393, n° 396; P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement : rapport introductif », *op. cit.*, pp. 16-17, n° 8 et pp. 17 et s., n° 9; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 835, n° 42; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 373; R. STEENNOT, « Betaling », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f.m., 2003, n° 2; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, 3^e éd. par A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, Anvers, Intersentia, 2007, p. 312, n° 547 et p. 330, n° 581; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 136, n° 276; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 111, n° 40; I. GEERS, « Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 Burgerlijk Wetboek », note sous Cass., 6 décembre 2002, R.A.B.G., 2004, p. 721, n° 2; D. MOUGENOT, « Paiement et commencement de preuve par écrit », note sous Anvers, 20 novembre 2006, R.D.J.P., 2007, p. 289.

¹² Civ. Hasselt, 7 octobre 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 548; Mons, 14 février 2000, *J.T.*, 2000, p. 468; Anvers, 9 janvier 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 399; Civ. Hasselt, 17 décembre 2001, *A.J.T.*, 2001-02, p. 872; Civ. Hasselt, 18 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 873; Civ. Bruxelles, 26 septembre 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 378. Comp. J.P. Zelzate, 24 avril 2003, R.A.B.G., 2004, p. 762 où le juge décide que « même si une remise de fonds au comptant s'inscrit dans le cadre de l'exécution d'un acte juridique, cette remise est un fait matériel qui peut être prouvé par toute voie de droit ».

¹³ Cass., 6 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2349, R.A.B.G., 2004, p. 717, note I. GEERS; Cass., 26 octobre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2163, *J.T.*, 2007, p. 51.

¹⁴ En ce sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, pp. 240-241, n° 1240; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *R.D.C.*, 1986, p. 90. En jurisprudence, voy. Mons, 14 février 2000, *J.T.*, 2000, p. 468.

¹⁵ On se référera à cet égard à la définition des actes de commerce, reprise à l'article 2 du Code de commerce.

chef de celui contre qui il faut prouver¹⁶. La qualité des cocontractants n'est pas déterminante : un commerçant peut en effet accomplir un acte de nature civile et certains actes de nature commerciale peuvent être exécutés par des non-commerçants. Pour les actes mixtes (de nature commerciale dans le chef de l'une des parties et de nature civile dans le chef de son cocontractant), les règles doivent être observées de manière distributive¹⁷.

Appliquée au paiement, cette analyse signifie par exemple que, dans une relation contractuelle nouée entre un consommateur, qui agit à titre privé, et un vendeur professionnel, ce dernier doit établir l'existence de l'obligation de remboursement par écrit, alors que son cocontractant peut démontrer qu'il s'est acquitté de ses obligations – et établir que le paiement a été effectué, par exemple – par toutes voies de droit.

9. Dérogations conventionnelles admises – Dès lors que l'article 1341 du Code civil n'est ni impératif, ni d'ordre public, les parties sont autorisées à y déroger conventionnellement¹⁸ (pour des applications en matière de paiement, voyez *infra*, n° 25).

Cette position se comprend sans peine dans la mesure où la règle vise à protéger toutes les parties au contrat, en leur offrant un moyen de preuve efficace (l'écrit) en cas de contestation. Si, pour des raisons pratiques de rapidité ou de simplicité, elles préfèrent s'en dispenser, rien ne s'y oppose. Il ne paraît pas nécessaire de protéger *a priori* l'un des cocontractants, qui serait en position d'infériorité par rapport à l'autre partie, ou l'intérêt général.

¹⁶ O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, p. 118; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 124, n° 58; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 33, n° 440; Bruxelles, 28 octobre 1993, *J.T.*, 1994, p. 296 (« la règle de la liberté des preuves est applicable quelle que soit la qualité des parties, s'agissant du paiement d'effets de commerce, dès lors que ceux-ci sont des instruments spécifiques au commerce »).

¹⁷ D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 124-125, n° 59; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, pp. 35-36, n°s 480-490. Sur l'application distributive, spéc. en matière de paiement, voy. X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *R.D.C.*, 1986, pp. 92-93.

¹⁸ En doctrine, de manière générale, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 747-748, n° 737; J. LIMPENS et R. KRUIHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 543, n° 148; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 156, n° 238; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 148 et s., n°s 303 et s.; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, pp. 115 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 68-69, n° 10 et p. 118, n° 50; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 21, n° 210. En jurisprudence, voy. not. Cass., 1^{er} juillet 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 37; Cass., 6 janvier 1927, *Pas.*, 1927, I, p. 119 (de manière générale, sur les règles de preuve); Cass., 26 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 149; Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; Cass., 21 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 8; Cass., 11 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 700; Bruxelles, 6 février 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 150; Cass., 27 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1131; Cass., 15 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1118; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 651.

§ 2. La quittance

10. Un écrit signé – Si l'article 1341 du Code civil doit être observé, seul un acte authentique ou sous seing privé est recevable pour prouver le paiement. L'*instrumentum* est généralement qualifié de « quittance » ou de « reçu ».

Sur le plan formel, l'exigence d'une quittance ou d'un reçu suppose l'accomplissement de deux formalités. Il faut en effet un écrit (1) revêtu de la signature du créancier¹⁹ (2).

L'article 1328 du Code civil, qui énonce limitativement les hypothèses dans lesquelles les actes sous seing privé ont date certaine contre les tiers, ne doit pas être observé²⁰. Les articles 1325 (formalité du « double » ou des « originaux multiples ») et 1326 (formalité du « bon pour ») du Code civil sont également inapplicables pour prouver le paiement²¹.

Par ailleurs, il est généralement admis que le débiteur est en droit d'exiger une quittance, à charge pour lui d'en supporter les frais (article 1248 du Code civil)²².

11. Accomplissement des formalités dans l'environnement traditionnel ou par voie électronique – Dans l'environnement traditionnel, l'exigence d'un écrit signé est respectée par la délivrance d'une feuille de papier, sur laquelle figurent diverses mentions et qui est revêtue de la signature du créancier.

Avec le développement croissant des technologies de l'information et de la communication, de nombreux rapports contractuels sont désormais noués par le biais des réseaux (à travers l'internet – le web ou le courrier électronique). Aussi se pose la question de savoir à quelles conditions une quittance pourrait être établie et transmise par voie électronique.

Après avoir présenté la méthode choisie par le législateur belge pour lever les obstacles formels à l'accomplissement de ces exigences dans l'environnement numérique (A), nous analysons sa mise en œuvre pour la signature (B) et l'écrit (C).

¹⁹ Anvers, 23 novembre 1988, *Rev. not.*, 1989, p. 526. Il a été jugé que la signature d'une facture, par le créancier, sans autre mention, valait preuve du paiement (Anvers, 19 novembre 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 1111).

²⁰ J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 157-158; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 137, n° 277; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 486, n° 481. On note néanmoins que la question est controversée.

²¹ En effet, le paiement est considéré comme un acte juridique unilatéral (inapplicabilité de l'art. 1325 C. civ.) et en vertu de celui-ci, l'une des parties ne s'engage pas à « payer une somme d'argent ou une chose appréciable » (inapplicabilité de l'art. 1326 C. civ.).

²² Il est donc autorisé à surseoir au paiement, aussi longtemps que l'écrit n'a pas été établi. Voy. J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, pp. 156-157; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 485, n° 480.

A. Théorie des équivalents fonctionnels

12. Méthodologie retenue – Dans le courant des années quatre-vingt, parallèlement aux progrès techniques, des auteurs ont rapidement cerné les enjeux juridiques posés par le développement de l'informatique et des technologies de l'information. Ils ont esquissé les premières solutions en la matière, essentiellement sous l'angle du droit de la preuve²³. Si d'autres solutions ont également été proposées²⁴, la théorie des équivalents fonctionnels a progressivement pris corps, avant d'être consacrée, au niveau international, par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), dans sa loi-type sur le commerce électronique²⁵ (1996). Les travaux de celle-ci ont inspiré les législateurs européen, puis belge²⁶.

²³ Voy. en ce sens les réflexions de B. AMORY et Y. POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique: approche de droit comparé », *D.I.T.*, 1985/5, pp. 11 et s.; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 1 et s.; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 8 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 233-234, n° 492-493; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39 et s.; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 660 et s.; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, pp. 671 et s.

²⁴ Plusieurs alternatives ont été proposées en doctrine pour résoudre les difficultés posées par l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique. Sur ces arguments, voy. B. AMORY et Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 16-17; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 16-20; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 8-9; Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 73 et s., n° 95 et s.; Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 42-44, n° 5; R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 672-673; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000, p. 18. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2141/001, pp. 13-15.

²⁵ Comme indiqué dans le Guide pour son incorporation, « la loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation 'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel', qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New-York, Publ. des Nations Unies, 1999, p. 21, n° 16). À ce propos, voy. de E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382: « Dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé ».

²⁶ Une intervention législative se justifiait: les formalités de l'« écrit » ou de la « signature » renvoient, il est vrai, à un procédé déterminé dans l'environnement traditionnel (un support papier recouvert de signes exprimant un langage pour l'écrit; un graphisme personnel tracé directement sur le support, pour la signature). À la faveur d'une interprétation large, on pourrait estimer qu'un procédé électronique, accompli dans l'environnement numérique, puisse être qualifié de la sorte, sans forcément méconnaître la définition du terme. On observe qu'à l'origine, lorsque s'est posée la question de savoir comment

Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposé directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format pdf enregistré sur un CD-Rom pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

13. Mise en œuvre de la théorie des équivalents fonctionnels par le législateur – À la suite d'une directive européenne de 1999²⁷, le législateur belge a d'abord mis en œuvre cette théorie pour la formalité de la signature,

accomplir les formes en recourant aux technologies de l'information, les auteurs ont défini les concepts traditionnels par référence, notamment, à leurs fonctions, de sorte que les procédés accomplis dans l'environnement numérique puissent être visés (voy. not. M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 6-9; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 11 et s., n° 13 et s.). Une insécurité juridique pourrait cependant en résulter selon que le juge saisi de la question de savoir si la formalité est valablement accomplie, à la lumière du procédé mis en œuvre, accepte ou, au contraire, refuse une telle interprétation. On pourrait en effet imaginer que le juge rejette toute interprétation large de la notion d'écrit ou de signature ou, tout en acceptant une telle interprétation, décide néanmoins que le procédé mis en œuvre ne peut être qualifié de la sorte (parce qu'il ne posséderait pas certaines qualités). Dans ces hypothèses, le recours aux technologies de l'information pour nouer les rapports contractuels soumis aux législations retenues serait gravement compromis: les prestataires pourraient en effet s'efforcer de profiter des opportunités offertes par l'internet, par crainte de voir leurs conventions contestées ou annulées. En outre, le risque existe également que le juge accepte de qualifier d'écrit ou de signature des procédés qui ne permettent pas d'atteindre les fonctions généralement reconnues aux procédés mis en œuvre pour accomplir ces formalités dans l'environnement papier.

²⁷ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000.

en adoptant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification²⁸ (ci-après, la loi sur la signature électronique et les services de certification) et l'article 1322, alinéa 2, Code civil. Il convient d'examiner ces textes, dès lors qu'en matière de paiement, la quittance doit être signée par le créancier (*infra*, n^{os} 14 et s.).

La directive sur le commerce électronique (2000) impose aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » (article 9, § 1^{er}). Le considérant n^o 34 de la directive confirme que les exigences de forme sont clairement visées²⁹. L'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information³⁰ (ci-après, LSSI) transpose cette exigence : plus précisément, une clause transversale générale énonce la théorie des équivalents fonctionnels (article 16, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières l'appliquent aux formes les plus fréquentes – l'écrit, la signature et la mention manuscrite – en énonçant les qualités fonctionnelles que le procédé doit préserver dans l'environnement numérique (article 16, § 2). Sous réserve des hypothèses exclues par l'article 17, des nombreux obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique sont désormais levés. La clause transversale particulière relative à l'écrit retiendra particulièrement notre attention : les termes « quittance » ou « reçu » désignent en effet un écrit (*infra*, n^{os} 18 et s.).

B. Signature

14. Deux principes – Pour saisir correctement le mécanisme établi par le législateur belge en matière de signature électronique, il convient d'articuler deux principes majeurs, inspirés de l'article 5 de la directive sur les signa-

²⁸ M.B., 29 septembre 2001.

²⁹ Aux termes de ce considérant, « chaque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat. Il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique [...] ». Des obstacles étrangers aux règles de forme pourraient également être rencontrés (à ce sujet, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID n^o 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 160-161 et les exemples cités). La délégation au Roi, prévue par l'article 16, § 3, de la LSSI et devenue caduque aujourd'hui, avait notamment pour objet de lever ces obstacles (*Ibid.*, pp. 190 et s.). M.B., 17 mars 2003.

tures électroniques : le principe d'assimilation (article 5, § 1^{er}, de la directive et article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) et le principe de non-discrimination (article 5, § 2, de la directive et article 4, § 5, de la loi sur la signature électronique et les services de certification)³¹.

On note que, s'agissant en l'occurrence d'examiner la formalité de la signature requise dans une perspective probatoire, il n'est pas nécessaire de se fonder sur l'article 16, § 2, 2^e tiret, de la LSSI (clause transversale particulière relative à la signature).

15. Principe d'assimilation – Conformément à l'article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification, en présence d'une « signature électronique avancée »³², « réalisée sur la base d'un certificat qualifié »³³ et « conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique »³⁴, le juge doit assimiler le procédé – on parle dans ce cas de *signature électronique qualifiée* – à une signature manuscrite³⁵. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit se borner à vérifier si les conditions sont remplies (principe d'assimilation)³⁶.

³¹ Sur ce point, voy. not. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *D.A./O.R.*, 2002, pp. 13 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 115 et s.

³² Celle-ci est définie à l'article 2, 2^e, de la loi sur la signature électronique et les services de certification 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;
- d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée ».

³³ Suivant l'art. 2, 4^e de la loi sur la signature électronique et les services de certification, il faut « un certificat qui satisfait aux exigences de l'annexe I de la présente loi et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II de la présente loi ».

³⁴ Il s'agit du « dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe III de la présente loi » (art. 2, 7^e, de la loi sur la signature électronique et les services de certification).

³⁵ Sur le régime établi par cette disposition, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 119-120; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 197 et s., n^o 122-3; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *D.A./O.R.*, 2002/61-62, pp. 25-26; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 118-121.

³⁶ Faut-il que le prestataire soit accrédité pour que le signataire puisse bénéficier de la clause d'assimilation ? La réponse est négative. Dans le cas contraire, on porterait atteinte au principe de l'interdiction de toute autorisation préalable, énoncée à l'art. 4, § 2, de la loi (à ce sujet, voy. D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 150-152). Si le prestataire est accrédité, il est probable que le juge considérera plus facilement que les conditions de l'art. 4, § 4, sont réunies. (en ce sens, P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 119-120; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 198, n^o 122-3; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 558). À défaut, le signataire devra en principe le démontrer.

Sur le plan probatoire, l'écrit muni d'une telle signature électronique peut dès lors être considéré comme un acte sous seing privé, recevable comme preuve en justice et qui fait pleine foi de son contenu (même force probante). Il demeure toutefois possible de mettre en œuvre une procédure en vérification d'écriture, sur la base des articles 1323 et suivants du Code civil (article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification)³⁷.

16. Principe de non-discrimination – Si l'une des exigences posées par l'article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification pour que la signature électronique soit assimilée de plein droit à une signature manuscrite fait défaut, la signature ne doit pas être forcément être écartée (principe de non-discrimination)³⁸.

On peut s'en remettre à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Aux termes de cette disposition, « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputées à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». Les travaux préparatoires de la loi et les commentaires doctrinaux sont unanimes pour dire que la notion d'imputabilité couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite : l'identification du signataire – à comprendre comme l'authentification de son identité – et son adhésion au contenu de l'acte³⁹.

En matière probatoire, cela signifie qu'en cas de contestation⁴⁰, la signature électronique est recevable (en vertu du principe de non-discrimination) et, si les conditions d'imputabilité et d'intégrité sont respectées, elle possède la

³⁷ La question est toutefois controversée. À ce propos, voy. E. MONTERO, « Introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 198 et s., n^{os} 13 et s.

³⁸ En effet, aux termes de l'article 4, § 5, de la loi sur la signature électronique et les services de certification, « une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif :

- que la signature se présente sous forme électronique ; ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ; ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification ; ou

– qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature ».

³⁹ Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n^o 38/008, p. 30. En doctrine, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique », *op. cit.*, p. 16; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 114; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 558.

⁴⁰ Si la signature électronique n'est pas contestée, le juge doit lui reconnaître des effets juridiques identiques à ceux de la signature manuscrite.

même force probante qu'une signature manuscrite⁴¹. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour vérifier si ces conditions sont satisfaites en l'espèce⁴².

17. Procédés de signature électronique – Concrètement, on peut se demander quel procédé peut être considéré comme une signature électronique qualifiée (au sens de l'article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) ou respecte les conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil⁴³.

Actuellement, c'est surtout la signature digitale, basée sur la cryptographie asymétrique, qui permet d'atteindre le plus adéquatement les critères⁴⁴⁻⁴⁵. En pratique, ladite signature électronique pourrait être supportée par la puce de la carte d'identité électronique. Pour signer, il suffirait d'insérer la carte dans un lecteur et d'introduire un mot de passe pour valider le processus de signature.

On note par ailleurs qu'en égard aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, un juge pourrait être amené à accepter d'autres formes de signature électronique, exerçant ainsi le pouvoir d'appréciation que la loi lui octroie⁴⁶.

⁴¹ E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique », *op. cit.*, pp. 18-19; E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 193-196, n^o 11. Comp. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 113.

⁴² Sur le pouvoir du juge concernant les conditions d'intégrité et d'imputabilité, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique », *op. cit.*, pp. 19-25; E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 189 et s., n^{os} 9 et s.

⁴³ Pour une description des différentes formes de signature électronique (combinaison d'une carte et d'un code secret, signatures biométriques, signatures digitales, etc.), voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle », *op. cit.*, pp. 19-21; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 169 et s., n^o 121.

⁴⁴ En ce sens, voy. not. les travaux préparatoires de l'art. 1322, al. 2, C. civ. (rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n^o 38/008, p. 30); P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 77; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 197, n^o 122-3.

⁴⁵ Dans ce mécanisme, il y a deux clés: une clé privée, connue uniquement de son titulaire et une clé publique, connue de tous. Les deux clés sont liées et la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée. Cette technique permet de garantir l'identification du signataire, la confidentialité et l'intégrité du message. L'internet est un réseau ouvert, dans lequel les intervenants ne se connaissent généralement pas. Pour que chacun puisse avoir la certitude que telle clé publique appartient bien à la personne qui s'en prétend titulaire, l'intervention d'un tiers de confiance était nécessaire. C'est la raison pour laquelle l'activité des prestataires de service de certification est désormais visée par la loi. Sur ce mécanisme, voy. D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 174, n^o 121-2; L. GUINOTTE, *op. cit.*, pp. 555-556; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 77-84; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1515-1516.

⁴⁶ Énumérant des procédés *a priori* concernés par l'art. 1322, al. 2, C. civ., voy. E. MONTERO, « Introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 196-197, n^o 12; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 117-118.

En pratique, le recours à un procédé susceptible d'être qualifié de « signature électronique qualifiée » demeure extrêmement rare. Aussi faut-il se référer aux conditions établies à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. À cet égard, l'utilisation de logiciels de signature électronique, fondés sur la cryptographie asymétrique et téléchargeables sur l'internet (la PGP, par exemple⁴⁷) pourrait suffire. Qu'en est-il d'un courriel transmis par le vendeur d'un bien quelconque à l'acheteur et confirmant qu'il a bien reçu le paiement et va procéder à la livraison de la chose? En cas de contestation, peut-on considérer que ce courriel constitue une quittance valable, revêtue de la signature du créancier? S'agissant de la condition d'imputabilité, on pourrait considérer que tel est le cas si le créancier a utilisé son adresse e-mail habituelle, dont l'accès est protégé par un mot de passe connu de lui seul, si le contenu du courriel manifeste sans ambiguïté sa volonté d'accuser réception du paiement du prix et reprend diverses informations personnelles ou relatives à l'opération litigieuse (son nom, une adresse de livraison, le numéro de compte sur lequel la somme a été versée et son montant, un numéro de téléphone, etc.). Le respect de la condition du maintien de l'intégrité du contenu de l'acte pourrait être plus délicat à établir. On note néanmoins qu'à nos yeux, il ne s'agit pas d'une fonction de la signature, mais d'une fonction de l'écrit (infra, n° 18) et que, *de lege ferenda*, le cadre normatif devrait être amendé en conséquence⁴⁸.

C. Écrit

18. Fonctions de l'écrit – S'agissant de l'écrit, on peut se fonder sur la clause transversale particulière établie à l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Aux termes de cette disposition, « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

Trois fonctions peuvent être reconnues à l'écrit: pour être considéré comme une quittance valable, le procédé utilisé dans l'environnement numérique doit garantir la lisibilité, la pérennité et l'intégrité de l'information⁴⁹. (1) Le desti-

⁴⁷ Voy. www.pgp.com.

⁴⁸ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, à paraître, 2010, n° 304. Pour un regard critique sur la fonction d'intégrité, requise par l'art. 1322, al. 2, C. civ., voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique », *op. cit.*, pp. 24-25; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 194, n° 122-3.

⁴⁹ On note que la fonction d'intégrité est controversée (infra, note 50). La fonction de lisibilité est généralement reprise par la doctrine (Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 55, n° 12; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 663-664; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, p. 671, n° 39; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 124;

nataire de l'information doit pouvoir prendre connaissance de celle-ci, directement ou indirectement (fonction de lisibilité). (2) Ensuite, le procédé doit préserver la pérennité de l'information. La loi exige que l'information ou les signes soient accessibles *pour être consultés ultérieurement*. À cette fin, ils doivent nécessairement résister au temps, pendant une période minimale. (3) Enfin, à notre estime, l'écrit doit aussi préserver l'intégrité de l'information. Cette fonction signifie que l'écrit doit contribuer à empêcher, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information, par les parties ou des tiers. Plus précisément, ces modifications sont empêchées dans la mesure où, eu égard aux caractéristiques de l'écrit, elles pourront être détectées; les parties ou les tiers sont ainsi dissuadés de les commettre⁵⁰.

19. Procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits – Dans l'environnement numérique, la liste des procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits est assez longue. Comme le précise l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, dès lors que le procédé préserve les fonctions de l'écrit, peu importe le support ou le mode de transmission de l'information.

P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 72, n° 27; B. FRANCO et C. FRANCO, « Nouveautés en matière de pratiques du commerce », *Le point sur le droit commercial*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 174; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1509, n° 17; B. DE GROOTE, « He bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 885, n° 16; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 555; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 143, n° 83-1). Il en va de même de la fonction de pérennité, plus généralement qualifiée exigence de durabilité (M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, pp. 8-9; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 12-13, n° 17; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 143, n° 83-1) ou de stabilité (Y. POULLET, *op. cit.*, p. 55, n° 12; E. DAVIO, *op. cit.*, pp. 663-664; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *op. cit.*, p. 671, n° 39; B. FRANCO et C. FRANCO, *op. cit.*, p. 174; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 124; P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 72, n° 27; B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 885, n° 16; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 555; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 141, n° 83-1).

⁵⁰ Cette fonction ne figure pas expressément dans la définition fonctionnelle de l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Ni les travaux préparatoires, ni le texte de cette disposition ne permettent cependant de considérer que le législateur a souhaité exclure cette fonction. On constate en effet que les travaux préparatoires ne traitent pas de cette fonction (et, *a fortiori*, ne l'écartent pas non plus): voy. l'exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 44. Au contraire, dans la mesure où l'information (ou les signes) doit être accessible *pour être consultée ultérieurement*, cela suppose nécessairement qu'avec une efficacité minimale, l'intégrité de l'information ait été préservée. À défaut, la fonction de pérennité perdrait tout effet utile. De même, on peut lire dans l'exposé des motifs de la LSSI que l'écrit « doit [...] présenter une stabilité suffisante, le rendant accessible pour une consultation ultérieure » (exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 44.). A nos yeux, il faut comprendre l'exigence de stabilité comme visant non seulement la pérennité, mais également l'intégrité. Sur la fonction d'intégrité et les controverses à son égard, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, nos 79-81, et les réf. citées.

On peut songer à un document au format Word ou pdf, reprenant le texte d'une quittance et enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, sur un CD-Rom ou une clé USB⁵¹. Un courrier électronique, enregistré dans la messagerie du destinataire et, le cas échéant, de l'expéditeur, pourrait également être vu comme un écrit.

§ 3. Conséquences de l'inobservation de l'article 1341 du Code civil

20. Recevabilité, force probante, valeur probante – Pour comprendre en quoi consiste la sanction applicable en cas de méconnaissance des formes probatoires, plusieurs notions doivent être précisées. Schématiquement, lorsqu'un *instrumentum* a été établi, mais qu'il est irrégulier, il est *annulé* (ou mieux, *converti*). En conséquence, la partie sur laquelle repose la charge de la preuve ne dispose pas d'un moyen de preuve *recevable* ou, s'il est recevable, sa *force probante* (ou sa *valeur probante*) est inférieure à celle d'un moyen de preuve valablement constitué. Suite à cela, il lui est *plus difficile de prouver* ce qu'elle allègue.

Pour présenter ces différentes notions et expliquer précisément comment les articuler, nous examinons successivement l'incidence de l'irrégularité formelle sur la validité de l'*instrumentum*, autrement dit son annulation (ou sa conversion) et l'incidence de l'annulation (ou de la conversion) de l'*instrumentum* sur le *negotium*, qui est plus difficile à prouver.

Seule l'exigence de l'écrit sous seing privé, requise conformément à l'article 1341 du Code civil, est envisagée dans la présente contribution. L'acte authentique, plus rare, n'est pas analysé.

21. Incidence de la méconnaissance des formes sur l'*instrumentum* – Lorsque l'acte sous seing privé, requis au titre de preuve littérale, est irrégulier, la sanction consiste généralement en la nullité de l'*instrumentum*. La nullité est de mise, par exemple, en l'absence de signature sur la quittance⁵².

À nos yeux, la « nullité » de l'*instrumentum* ne désigne pas adéquatement la sanction de l'inobservation des formes. Dès lors que l'*instrumentum* produit toujours certains effets, qui peuvent être exploités utilement en matière probatoire, il nous semble plus indiqué de parler de conversion⁵³. Par application des règles propres à la théorie des nullités, il faut en principe considérer que la nullité qui frappe l'*instrumentum* irrégulier opère de manière rétroactive, *ex tunc*. Lorsque la

⁵¹ Voy. ég. les travaux préparatoires de la LSSI, qui citent la disquette, le CD-R, le CD-RW, le DVD, la carte à puce ou la fibre optique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 44).

⁵² H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 803, n° 788.

⁵³ H. JACQUEMIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », *La nullité des contrats*, Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 136-137, n° 37.

nullité est prononcée, celui-ci ne peut donc produire aucun effet pour l'avenir. Pourtant, lorsque les formalités prescrites n'ont pas été observées, des effets sont reconnus à l'*instrumentum* irrégulier : on estime en effet que l'écrit, nul en tant qu'acte sous seing privé, peut valoir comme commencement de preuve par écrit⁵⁴ ou constituer, au moins, une présomption. Ce faisant, on le convertit en commencement de preuve par écrit ou en présomption. Ce constat nous conduit à penser qu'il faut préférer la conversion à la nullité. En outre, une telle analyse permet de mieux comprendre les implications de cette sanction intermédiaire sur le plan de la recevabilité, de la force probante ou de la valeur probante (*infra*, n° 22).

22. Incidence de la nullité (ou de la conversion) de l'*instrumentum* sur le *negotium* – La méconnaissance des formes probatoires a pour effet, en définitive, de rendre plus difficile la preuve des obligations, sans toutefois affecter la validité de l'acte juridique.

Pour comprendre comment la nullité (ou la conversion) de l'*instrumentum* rend plus difficile, voire même impossible dans certaines hypothèses concrètes, la preuve des obligations, il faut raisonner en termes de « recevabilité », « force probante » ou « valeur probante ». À ce propos, nous aurons l'occasion de montrer qu'en préférant la conversion à la nullité, le lien entre cette sanction et la difficulté de prouver apparaît plus clairement.

En principe, sous réserve des hypothèses dans lesquelles la preuve peut être apportée autrement que par un écrit signé (*infra*, nos 23 et s.), seuls l'acte sous seing privé ou l'acte authentique sont recevables. Les présomptions et les témoignages sont irrecevables. Lorsqu'il est question de *recevabilité*, on vise généralement « l'admissibilité d'un mode de preuve en justice »⁵⁵. Il s'agit du premier contrôle auquel est soumise la preuve : le juge doit en effet déterminer s'il reçoit la preuve qui lui est présentée⁵⁶.

L'acte sous seing privé auquel il manque la signature est irrégulier et, en principe, irrecevable. En cas de contestation, à moins d'invoquer l'un des moyens de défense propres aux règles de preuve (*infra*, nos 23 et s.), l'acte juridique ne

⁵⁴ Pour justifier le commencement de preuve par écrit, H. De Page estime que « l'acte est nul comme acte, c'est-à-dire comme preuve complète. Mais on ne peut en déduire qu'il ne puisse valoir comme commencement de preuve. Le commencement de preuve ne constitue pas une preuve complète, comme on est tenté de le croire en pratique, dans notre cas. Il ne fait que donner ouverture à la preuve elle-même » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 832, n° 805, note 1. Voy. aussi J. LIMPENS et R. KRUIJTHOF, *op. cit.*, p. 542, n° 146, qui considèrent que « l'acte est nul en tant que preuve littérale complète »).

⁵⁵ D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 74-75, n° 14-2.

⁵⁶ Pour une critique de cette notion de recevabilité, M.-E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1507, n° 9.

pourra pas être prouvé. On peut en effet considérer que l'écrit irrégulier est converti en présomption⁵⁷. Or, dans les hypothèses visées à l'article 1341 du Code civil⁵⁸, les présomptions sont irrecevables.

L'écrit irrégulier peut toutefois constituer un commencement de preuve par écrit (article 1347 du Code civil); les exceptions de l'article 1348 du Code civil (impossibilité de prouver par écrit) peuvent également être invoquées. Dans ces hypothèses, la preuve n'est pas impossible à apporter puisque les présomptions et les témoignages sont recevables. Elle demeure toutefois plus difficile à établir. Il en va de même si le débiteur se fonde sur les registres ou papiers domestiques, voire sur les écritures sur titre.

En effet, les témoignages et les présomptions n'ont pas de force probante⁵⁹. Le juge doit donc apprécier leur *valeur probante*. La valeur probante d'un acte est «son aptitude à emporter la conviction du juge»⁶⁰. C'est «la crédibilité, la confiance, le crédit, le sérieux que le juge peut lui accorder en conscience»⁶¹. S'agissant des témoignages, le juge possède un pouvoir souverain d'appréciation⁶²: sous réserve d'une interprétation inconciliable avec les termes des témoignages, il peut en effet «apprécier la valeur des témoignages, quel que soit leur nombre, la qualité des témoins entendus et il peut donc se déclarer convaincu par la déposition d'un seul témoin même si elle est contredite par plusieurs autres»⁶³. L'adage *testis unus, testis nullus* n'est plus d'application⁶⁴. Les témoignages peuvent donc être contestés par les autres parties, qui peuvent apporter d'autres moyens de preuve, et le juge est libre de choisir le mode de preuve qui lui semble le plus convaincant. Quant aux présomptions, elles sont, aux termes de l'article 1353 du Code civil, «abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre

⁵⁷ La Cour de cassation a d'ailleurs admis que la présomption de l'homme pouvait résulter d'un écrit non signé: voy. Cass., 5 février 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 641; J. LIMPENS et R. KRUIHOF, *op. cit.*, p. 548, n° 154.

⁵⁸ Par contre, lorsque la preuve est libre – comme en matière commerciale – on peut accepter qu'un écrit revêtu d'un cachet, par exemple, engage le signataire (N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 243, n° 514; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 167, n° 114). Une présomption est en effet admise dans ce cas, mais sa force probante est relativement faible, voire nulle: la preuve contraire est plus facile et le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

⁵⁹ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 957, n° 929; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 414, n° 971; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 285, n° 239.

⁶⁰ D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 75, n° 14-2.

⁶¹ F. DUMON, «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», *J.T.*, 1978, pp. 486-487, n° 35.

⁶² H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 881, n° 854; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 280-281, n° 225; Cass., 1^{er} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643; Cass., 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 528; Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391.

⁶³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946.

⁶⁴ Voy. par ex. Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391 (somm.): «n'étant pas lié par le nombre de témoins déposant dans tel sens par rapport au nombre de ceux déposant en sens contraire, le juge peut former sa conviction sur la déposition d'un seul témoin».

que des présomptions graves, précises et concordantes». Le juge dispose là aussi d'un pouvoir souverain d'appréciation⁶⁵.

Section 3

La preuve du paiement autrement que par un écrit signé

23. Hypothèses visées – Il n'est pas rare que la preuve du paiement puisse être apportée autrement que par un écrit signé. Les hypothèses rencontrées peuvent être divisées en deux groupes principaux.

Soit le cas d'espèce ne satisfait pas aux conditions d'application de l'article 1341 du Code civil, car, par exemple, l'engagement est de nature commerciale dans le chef de celui contre qui il faut prouver, la valeur de l'obligation n'est pas supérieure à 375 EUR ou les parties ont convenu d'un autre mode de preuve, auquel ils accordent valeur probante (§ 1^{er}).

Soit le cas d'espèce entre dans les conditions d'application de l'article 1341 du Code civil, mais la sanction ne doit pas être mise en œuvre nonobstant la méconnaissance des exigences formelles. Tel est le cas en l'absence de contestation⁶⁶ ou, si litige il y a, moyennant une impossibilité de prouver par écrit, un aveu, un serment, un commencement de preuve par écrit, une remise de l'écrit ou la preuve par les registres ou papiers domestiques et les écritures sur titres (§ 2).

§ 1. L'hypothèse ne satisfait pas aux conditions d'application de l'article 1341 du Code civil

24. L'engagement est de nature commerciale dans le chef de la personne contre laquelle la preuve doit être apportée – L'application de l'article 1341 du Code civil est limitée aux engagements de nature civile: si l'engagement est de nature commerciale dans le chef de celui contre qui il faut prouver, la preuve par toutes voies de droit est admise (*supra*, n° 8).

Lors d'un achat sur un site de commerce électronique, il n'est pas rare que le seul moyen de paiement proposé soit un règlement par carte de crédit. À l'issue de la procédure, un message du vendeur apparaît généralement à l'écran, indiquant que le paiement a été accepté, avec diverses références. L'impression ou l'enregistrement de cette page web, pour autant qu'ils soient possibles, pourraient par la suite être utilisés par l'acheteur pour prouver, par toutes voies de droit, contre le prestataire (si d'aventure celui-ci conteste la réalité du paiement).

⁶⁵ Cass., 5 février 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 641.

⁶⁶ À noter que l'absence de contestation pourrait être considérée comme un accord tacite des parties visant à déroger au prescrit de l'article 1341 du Code civil.

Par ailleurs, il convient d'ajouter qu'en matière commerciale, certains écrits, qui ne répondent pas aux conditions de l'acte sous seing privé ou de l'acte authentique, peuvent servir de preuve et bénéficient d'une force probante particulière. Tel est le cas de la comptabilité commerciale (article 1329-1330 du Code civil et article 20-24 du Code de commerce)⁶⁷. Deux hypothèses doivent être distinguées.

- (1) Lorsque la comptabilité commerciale est invoquée contre celui qui l'a tenue, l'article 1329 du Code civil dispose que « les livres des marchands font foi contre eux ». Ceux-ci sont assimilés à un aveu extrajudiciaire. S'ils constatent un paiement, ces livres peuvent valablement être invoqués par le débiteur pour établir, le cas échéant, l'extinction de ses obligations.
- (2) La comptabilité commerciale peut également être invoquée par celui qui l'a tenue (autrement dit, le commerçant peut se forger une preuve à lui-même, ce qui est exceptionnel). On note que le régime diffère selon que la personne contre laquelle la preuve doit être apportée est commerçante (et pour autant que son engagement soit de nature commerciale) ou non. Dans le premier cas, la comptabilité régulièrement tenue a force probante⁶⁸. Par contre, lorsqu'il s'agit de prouver contre un non-commerçant, les livres ne peuvent être invoqués contre lui, à moins qu'il ne s'agisse de fournitures faites à ce dernier et que le serment supplétoire soit déféré (article 1329 du Code civil)⁶⁹.

25. Dérogations conventionnelles aux règles de preuve – On peut encore imaginer que les parties décident conventionnellement de s'affranchir des exigences formelles de l'article 1341 du Code civil en déclarant recevables et en donnant valeur probante à certains modes de preuve.

Ainsi, les conditions contractuelles établies par les institutions bancaires (et auxquelles le client consent en ouvrant un compte et en utilisant les services qui y sont associés) contiennent généralement des dispositions relatives à la

⁶⁷ Sur ce point, voy. not. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 298 et s., nos 648 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 264 et s., nos 203 et s. En matière de paiement, voy. spéc. J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, pp. 159-160.

⁶⁸ À défaut de régularité, les livres valent comme simples présomptions (N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 299, n° 654; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 266, n° 207; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 37, n° 520).

⁶⁹ Régulièrement tenue, la comptabilité peut constituer un commencement de preuve qui autorise le juge à déférer d'office le serment (art. 1367, al. 1^{er}, 2^o, C. civ.). Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 299-300, nos 655-657; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 267, n° 207; Cass., 10 octobre 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 321; Bruxelles, 22 juin 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 118; Cass., 30 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 186.

preuve de certaines opérations, notamment les paiements réalisés au moyen de l'informatique et des technologies de l'information⁷⁰.

Par exemple, dans le règlement d'une banque relatif à certaines cartes de débit, il est indiqué que « les opérations effectuées au moyen de la carte sont enregistrées automatiquement sur une bande journal ou un support informatique. La Banque, le titulaire de la carte, le porteur et le titulaire du compte reconnaissent [la] force probante de la bande journal, sur laquelle sont enregistrées les données relatives à toutes les opérations du distributeur de billet ou du tribunal, et/ou au support informatique qui la remplacerait ou la complèterait ».

De même, dans le Règlement général des opérations d'une autre banque, on peut lire que « le Client accepte que les données informatiques/électroniques enregistrées par la Banque font preuve des opérations ainsi que des ordres, avis ou information échangés par voie électronique, quel que soit le support sur lequel ces données sont enregistrées. Pour ces opérations électroniques, la signature électronique du Client remplace la signature manuscrite ». Il est ensuite précisé quels sont les procédés qui peuvent être considérés comme une signature électronique. Il s'agit notamment de l'introduction d'un code pin, d'un code secret, d'un code d'accès, voire de la combinaison de l'introduction d'une carte bancaire ou de crédit avec un code personnel.

S'agissant de la signature, il est permis de se demander si un juge aurait pu décider que ces procédés répondent aux conditions fixées par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. *A priori*, sous réserve d'un examen approfondi du cas d'espèce, la réponse devrait être positive, spécialement pour la combinaison de la carte et du code personnel⁷¹⁻⁷².

⁷⁰ De manière générale, sur les questions de preuve posées par ces opérations, voy. J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, pp. 172 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 297 et s., nos 253 et s.

⁷¹ Dans le règlement d'une autre banque, on lit qu'« afin de signer de manière électronique des opérations, en ce compris des contrats, le titulaire de la carte utilise ses moyens de signature, à savoir la carte mise à sa disposition par [la banque] et son code secret de 4 chiffres. [...] Pour toutes ses opérations, le titulaire du compte accepte que la signature électronique du titulaire de la carte – validée par les systèmes informatiques de [la banque] et reconnue comme émanant du titulaire de la carte – remplit les conditions d'identification du titulaire de la carte et d'intégrité du contenu attachées à une signature au sens de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et que l'opération revêtue de cette signature électronique a la même valeur probante qu'une opération écrite signée de manière manuscrite par le titulaire de la carte et engage le titulaire du compte comme tel ». On note que la fonction d'adhésion au contenu de l'acte, pourtant dérogée de l'exigence d'imputabilité, n'est pas reprise.

⁷² À ce sujet, il est intéressant de noter que la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instrument de transfert électronique de fonds (M.B., 17 août 2002) prévoit, en son article 8, § 2, qu'en cas de perte ou de vol de l'instrument de transfert électronique de fonds, le titulaire est responsable, jusqu'à la notification de ces événements, des conséquences qui en résultent, à concurrence d'un montant de 150 EUR (sauf si le titulaire a agi avec une négligence grave ou frauduleusement). L'article 8, § 4, de cette même loi dispose cependant que « par dérogation aux dispositions du § 2 du présent article,

De manière générale, on note que la validité de ces clauses doit notamment être appréciée à la lumière des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs, relatives aux clauses abusives (voyez not. l'article 32, 18°, qui considère comme abusive la clause qui « limite les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser »).

26. Autres hypothèses dans lesquelles la preuve par toutes voies de droit est admise – On peut recenser d'autres cas de figure dans lesquels il n'est pas requis de se conformer au prescrit de l'article 1341 du Code civil (sur les conditions d'application de l'article 1341 du Code civil, voyez *supra*, nos 6 et s.). Il en est ainsi lorsque la valeur du litige ne dépasse pas 375 EUR.

La solution est identique si la personne sur laquelle repose la charge de la preuve est un tiers à l'acte juridique. Cette circonstance explique que lorsque le paiement est reçu par le mandataire du créancier, le débiteur soit autorisé à apporter la preuve de ce mandat par toutes voies de droit⁷³. Si le débiteur n'a pas payé au créancier lui-même, mais à son représentant conventionnel, il importe pour lui d'établir la preuve du mandat, de manière à être libéré de ses obligations⁷⁴. Puisqu'il est tiers au contrat de mandat conclu entre son créan-

la responsabilité du titulaire n'est pas engagée si l'instrument de transfert électronique de fonds a été utilisé sans présentation physique et sans identification électronique. La seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire» (sur cette disposition, voy. not. M. DEMOULIN, « Le paiement électronique », *Obligations – Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, V.1.7, p. 26; Th. LAMBERT, « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2003, p. 584, n° 40). Les travaux préparatoires évoquent à cet égard le recours à un mécanisme de signature électronique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1389/001, p. 36). En pratique, les banques proposent des lecteurs de carte ou des Digipass qui génèrent un code chiffré nécessaire pour accéder au service en ligne et effectuer des transactions. *A priori*, ces mécanismes permettent à tout le moins d'authentifier l'identité du titulaire et, par conséquent, remplissent la condition relative à l'identification électronique, au sens de l'article 8, § 4, de la loi. Peut-on les qualifier de signature électronique ? *A priori*, ces mécanismes devraient à tout le moins de remplir les exigences prescrites par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Il importe de noter qu'un projet de loi relatif aux services de paiement et déposé à la Chambre le 30 septembre 2009 (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2008-2009, n° 2179/001) abroge la loi précitée du 17 juillet 2002 (art. 77, 3°, du projet de loi). On trouve néanmoins des règles similaires à l'art. 37 du projet de loi (absence de responsabilité du payeur s'il n'a pas agi frauduleusement ou intentionnellement et si « l'instrument de paiement a été utilisé sans présentation physique et sans identification électronique ». L'exposé des motifs précise à cet égard que « l'identification électronique vise le cas où l'instrument est par exemple identifié au moyen d'un lecteur de carte (smart card reader). [...] La simple utilisation d'un 'code secret' ou d'une preuve similaire n'est pas suffisante en soi pour engager la responsabilité du payeur-titulaire de la carte » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2008-2009, n° 2179/001, p. 71).

⁷³ Sur la preuve par toutes voies de droit dans cette hypothèse, P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *op. cit.*, p. 101, n° 195; P. WÉRY, *Le mandat*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 129, n° 73; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 118-119, n° 51.

⁷⁴ Sur le caractère libératoire du paiement effectué au créancier ou à son mandataire, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 415 et s., n° 421 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 836, n° 44. En jurisprudence, voy. not. C. trav. Mons, 22 novembre 1995, *Bull. ass.*, 1996, p. 267; J.P. Tournai, 8 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2003,

cier et un mandataire déterminé, la preuve de celui-ci n'est pas soumise au prescrit de l'article 1341 du Code civil⁷⁵.

§ 2. Un moyen de défense permet d'échapper à la sanction de l'inobservation de l'article 1341 du Code civil

27. Panorama des moyens de défense – À défaut d'écrit signé, si le cas d'espèce entre dans le champ d'application de l'article 1341 du Code civil, la preuve du paiement pourra être valablement apportée s'il y a aveu ou serment (*infra*, n° 28), impossibilité de prouver par écrit (*infra*, n° 29), commencement de preuve par écrit (*infra*, n° 30), remise du titre (*infra*, n° 31), production de registres et de papiers domestiques ou écriture sur titre (*infra*, n° 32).

28. Aveu et serment – L'aveu et le serment sont recevables en toute hypothèse⁷⁶. La force probante de l'aveu est particulièrement élevée, en quelque sorte absolue⁷⁷. En vertu de l'article 1356 du Code civil, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait est indivisible et irrévocable. L'aveu extrajudiciaire a les mêmes effets, si ce n'est que le juge « doit vérifier si la déclaration n'a pas été obtenue par surprise, si elle a été volontaire, si son contenu est suffisamment explicite, en d'autres termes si la reconnaissance revêt tous les caractères d'un aveu »⁷⁸. La force probante du serment litisdécisoire est également très élevée : le juge doit en effet statuer dans le sens de celui-ci⁷⁹.

p. 1243 (le paiement effectué entre les mains d'un agent-délégué, considéré comme étant le mandataire du créancier, libère valablement le débiteur); J.P. Anvers, 30 juin 1992, *T. not.*, 1992, p. 535 (le paiement du loyer d'un bail à ferme entre les mains du notaire n'est pas libératoire dès lors que celui-ci n'est pas porteur de plein droit d'une procuration).

⁷⁵ Sur ce point, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 415 et s., n° 421 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 836, n° 44. En jurisprudence, voy. not. C. trav. Mons, 22 novembre 1995, *Bull. ass.*, 1996, p. 267.

⁷⁶ Pour l'aveu, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1079-1080, n° 1015; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 329, n° 741; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 336, n° 278; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthemis, 2008, pp. 166 et s. Pour le serment, voy. l'art. 1358 C. civ. (« ...quelque espèce de contestation que ce soit ») ou l'art. 1360 C. civ. (« ... en tout état de cause... »). Sur ce point, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 350, n° 301.

⁷⁷ Sur la force probante de l'aveu, H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 1084-1085, n° 1016; P. VAN OMMESLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 18; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 340, n° 288; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, pp. 171 et s.

⁷⁸ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 337, n° 767; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1087, n° 1024; P. VAN OMMESLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 15; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 340, n° 288; Cass., 18 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 421 (« la Cour d'appel a pu légalement décider que les 'aveux' obtenus au moyen d'éléments de preuve illicitement recueillis ne pouvaient être retenus contre les défendeurs »). Sur l'aveu extrajudiciaire, voy. *réf. Cass.*, 20 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 452, note L. VAN VALCKENBORGH.

⁷⁹ Voy. l'art. 1363 C. civ.: « lorsque le serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». Sur ce point, H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1135, n° 1060; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 384-385, n° 897; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 352, n° 303.

L'aveu peut être écrit ou oral. Il est généralement exprès, mais on admet qu'il soit tacite et résulte du comportement de la partie à laquelle on l'oppose. L'exécution spontanée de ses obligations par le débiteur constitue un exemple d'aveu tacite⁸⁰. On parle dans ce cas d'aveu en action⁸¹. L'hypothèse peut se rencontrer en pratique si, dans le cadre d'une vente à distance, par exemple, les conditions générales du vendeur stipulent que le bien ne sera pas livré avant la réception du paiement par virement bancaire et que le vendeur exécute ses obligations en livrant la chose commandée. L'exécution par le vendeur de ses obligations constitue en effet un aveu tacite de la réception du paiement et permet à l'acheteur de démontrer l'exécution de ses propres obligations (payer le prix).

29. Impossibilité de prouver par écrit – L'article 1348 du Code civil énonce qu'il est fait exception au prescrit de l'article 1341 « 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 ». Quatre hypothèses sont ensuite envisagées (article 1348, alinéa 2 du Code civil). L'énumération n'est pas limitative⁸² et la jurisprudence a donné une extension considérable à cette exception, notamment en consacrant l'impossibilité morale. Il est possible de regrouper les hypothèses visées par l'article 1348 en deux catégories principales⁸³. Elles s'appliquent sans conteste en matière de paiement⁸⁴.

D'une part, en se fondant sur l'article 1348, alinéa 2, 2° et 3°, la doctrine et la jurisprudence ont distingué, de manière générale, l'impossibilité matérielle, morale et résultant des usages⁸⁵.

S'agissant spécifiquement de l'impossibilité morale, on admet qu'elle peut être invoquée lorsqu'un obstacle d'ordre psychologique s'oppose à la rédaction d'un écrit⁸⁶ ou « chaque fois que l'exigence d'un écrit apparaît comme une atteinte à la confiance réciproque »⁸⁷. Des relations de parenté, d'amitié, ou simplement de travail ont ainsi pu justifier la recevabilité des témoignages et des présomptions⁸⁸. Dans un secteur professionnel donné ou dans les relations entre parties, un usage certain, constant et unanimement suivi autorise de déroger au principe de la prééminence de l'écrit. Tel est ainsi le cas dans les relations entre un avocat et son client ou entre un médecin et son patient.

D'autre part, la perte du titre est également visée : un écrit a été rédigé, mais « par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure » (article 1348, alinéa 2, 4°), il a disparu. Si ces hypothèses sont rencontrées, les témoignages et les présomptions deviennent recevables.

On sait que la jurisprudence tend à interpréter largement l'exception fondée sur l'article 1348 du Code civil (ainsi que celle fondée sur l'article 1347 Code civil, d'ailleurs), ce qui a pour effet de dispenser les parties de se conformer au prescrit de l'article 1341 du Code civil⁸⁹. Le constat se vérifie également en matière de paiement⁹⁰, en particulier lorsqu'il ne consiste pas en un versement d'une somme d'argent⁹¹. Pour les obligations autres que pécuniaires (la fourniture d'une prestation par un entrepreneur ou une leçon particulière dispensée par un professeur de sport, par exemple), on conçoit difficilement qu'une quit-

⁸⁰ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 314, n° 707; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 332, n° 271.

⁸¹ D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 332, n° 271.

⁸² Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 7; J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », Bruxelles, Ed. de l'ULB, 1983, p. 350; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 176, n° 364; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 132, n° 70; Id., « La preuve : évolution et révolution », P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 156, n° 54; Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 833.

⁸³ Il faut également mentionner l'hypothèse visée à l'art. 1348, al. 2, 1° (obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits). En réalité, on est en présence de faits juridiques, qui échappent à l'application de l'article 1341 du Code civil. Il ne s'agit donc pas vraiment d'une exception à la règle, mais d'une exclusion de son champ d'application (N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 175, n° 363).

⁸⁴ Pour des illustrations en matière de paiement, voy. les réf. citées par J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, pp. 162 et s.

⁸⁵ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 927 et s., n° 901; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 176 et s., n° 364 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 132 et s., n° 69 et s.; P. WÉRY, « L'impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins », note sous Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 895-896; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 24, n° 270; Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 202, note C. Goux.

⁸⁶ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 931, n° 904; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 178, n° 366; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 133, n° 71.

⁸⁷ Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 18. Cet auteur ajoute d'ailleurs qu'« alors que la loi avait imposé la preuve écrite dans un souci de sécurité, voilà que la jurisprudence la considère comme une insulte à la parole donnée. Il est, dit-on, des circonstances où se ménager une preuve écrite serait offenser son cocontractant ».

⁸⁸ Pour une application en matière de paiement, voy. Cass., 24 septembre 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 107.

⁸⁹ Voy. A. PIÉDELIÈVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, Thèse, Paris, 1959, pp. 75 et s.; R. SAVATIER, « Rapport », *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. VII (1952), Montréal, Eugène Doucet, 1956, p. 609; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 130, n° 260; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligations*, A. Collin, 1999, p. 30, n° 59; J. HERBOTS, « La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé : ne point prouver contre ou outre l'écrit », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 385, n° 5. D'ailleurs, des auteurs estiment qu'une telle interprétation de ces dispositions conduit à rapprocher les régimes probatoires du droit civil et du droit commercial (I. MOREAU-MARGREVE et P. DELNOY, « L'interprétation par le juge belge des règles écrites de droit civil et commercial », *J.T.*, 1979, p. 23, note 57; J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Ed. de l'ULB, 1983, p. 364).

⁹⁰ À ce sujet, voy. J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, pp. 162 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 137, n° 278.

⁹¹ Comp. D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 111, n° 40, « le mot paiement a aussi le sens général d'exécution d'une obligation. Il semble que lorsqu'il s'agit de la livraison ou de la remise d'une chose – vendue ou fabriquée –, on se trouve en présence d'un fait qui peut être prouvé autrement que par écrit ».

tance soit délivrée par le client pour constater celles-ci. L'impossibilité morale ou résultant des usages pourra dès lors être invoquée avec succès.

30. Commencement de preuve par écrit – S'il y a commencement de preuve par écrit, les témoignages et les présomptions deviennent recevables. Encore faut-il que les trois conditions de l'article 1347 du Code civil soient réunies.

Un écrit est requis. Un écrit quelconque (brouillon, reçu, etc.) ou qui ne respecterait pas les règles de validité propres aux preuves littérales suffit⁹².

Cet écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de son représentant⁹³. Il n'est pas requis, pour que la condition soit remplie, que l'écrit ait été rédigé par celui à qui on l'oppose, pour autant que celui-ci l'ait approuvé (en le signant, par exemple) ou se le soit approprié⁹⁴. Comme le relèvent des auteurs, «le juge apprécie souverainement d'après les circonstances de l'espèce s'il en est bien ainsi, mais il doit se montrer très circonspect dans son appréciation»⁹⁵.

Enfin, il faut que l'acte admis comme commencement de preuve par écrit rende vraisemblable le fait allégué⁹⁶, ce qui requiert une analyse du contenu de celui-ci. Il faut une apparence de vérité⁹⁷.

Si ces conditions sont remplies, la preuve par témoins et par présomptions est admise⁹⁸. Elle est, du reste, requise : le commencement de preuve par écrit est un admicule de preuve, insuffisant en soi⁹⁹.

⁹² H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 912 et s., n° 892; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «Kroniek van het verbintenisrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-1986, col. 175; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 167-169, n° 353-356; C. GOUX, «Observations sur le commencement de preuve par écrit», note sous Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 206; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 128-129, n° 62.

⁹³ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 917-919, n° 894; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 169-170, n° 357; C. GOUX, *op. cit.*, pp. 207-210; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 129-130, n° 63.

⁹⁴ Comme l'indique C. Goux, «un écrit émane de la partie contre laquelle on l'oppose si on peut établir qu'il lui est propre. Ce caractère lui sera reconnu si l'écrit a été rédigé de sa main, si elle l'a signé ou s'il présente un caractère authentique. A défaut, il faudra établir, par toutes voies de droit, soit que le document lui était propre dès l'origine, étant l'œuvre intellectuelle de cette personne, soit qu'elle a fait sien, en tout ou en partie, un document émanant d'un tiers» (C. GOUX, *op. cit.*, p. 210). En jurisprudence, voy. Cass., 19 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 37 (une personne s'approprie l'écrit en le soumettant à ses cocontractants); Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 960; Cass., 12 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 709; Civ. Liège, 26 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 773 (somm.); Civ. Liège, 10 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1335; Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 202, note C. GOUX.

⁹⁵ J. LIMPENS et R. KRUIHOF, *op. cit.*, p. 545, n° 151.

⁹⁶ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 919-922, n° 895; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 171-172, n° 358; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 130, n° 64.

⁹⁷ Cass., 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1078.

⁹⁸ Cass., 4 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 624.

⁹⁹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 173, n° 360; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 127, n° 61; Cass., 6 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 298; Mons, 18 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 370. En matière d'assurances, voy. J. P. Beringen, 10 février 1961, *Bull. ass.*, 1963, p. 254.

Une quittance non signée pourrait ainsi être considérée comme un commencement de preuve par écrit si les conditions précitées sont réunies¹⁰⁰.

31. Remise du titre – Aux termes de l'article 1282 du Code civil, «la remise volontaire du titre original, sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération». Il s'agit d'une présomption légale irréfragable¹⁰¹.

Pour les actes authentiques, l'article 1283 du Code civil établit que la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer le paiement. Dans cette dernière hypothèse néanmoins, la preuve contraire est expressément admise (article 1283 du Code civil, *in fine*).

Si ces dispositions figurent dans une section du Code civil consacrée à la remise de dette, il n'est pas contesté que leur application n'est pas limitée à cette hypothèse particulière.

32. Les registres et papiers domestiques ainsi que les écritures sur titres – Des écrits spécifiques, régis par les dispositions du Code civil, peuvent également être admis comme preuve d'un paiement, tout en bénéficiant d'une force probante relativement élevée.

Conformément à l'article 1331 du Code civil, les registres et papiers domestiques peuvent être invoqués contre leur auteur¹⁰². En effet, ils font foi contre lui «dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu» (article 1331, 1°). L'agenda ou le livre de comptes d'un créancier non commerçant qui mentionnerait la réception du paiement d'une somme d'argent pourra ainsi être produit contre celui-ci¹⁰³ (on note qu'à la différence de la quittance, il ne doit pas être signé). Encore faudrait-il, toutefois, que le débiteur soit informé de l'existence d'un tel écrit ce qui, en pratique, semble très improbable.

¹⁰⁰ Voy. D. MOUGENOT, «Paiement et commencement de preuve par écrit», note sous Anvers, 20 novembre 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 289. Voy. aussi la décision de Civ. Hasselt, 7 octobre 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 548, dans laquelle ce moyen de défense est invoqué.

¹⁰¹ En faveur du caractère irréfragable, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 487, n° 484; R. DEKKERS, *op. cit.*, p. 331, n° 584. Si J. Van Ryn et J. Heenen ne contestent pas le caractère irréfragable de la présomption en matière civile, ils estiment néanmoins qu'en matière commerciale, elle est réfragable (*Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, pp. 241-242, n° 1241). Jugeant que la présomption irréfragable ne s'applique pas lorsque l'une des parties est commerçante, voy. Comm. Bruxelles, 2 décembre 1963, *Jur. comm. Brux.*, 1964, p. 181.

¹⁰² Sur cette disposition, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 301-302, n° 662-665; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 261-262, n° 196-198. En matière de paiement, voy. spéc. J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *op. cit.*, pp. 160-161.

¹⁰³ Pour une application, voy. Bruxelles, 14 septembre 2000, *A.J.T.*, 2001-02, p. 628. Voy. aussi J.P. Grâce-Hollogne, 16 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1341.

L'article 1332 du Code civil vise quant à lui les hypothèses dans lesquelles l'une des parties appose diverses mentions sur son titre (la mention d'un paiement reçu à telle date, par exemple)¹⁰⁴. Même en l'absence de date ou de signature, ce titre fait foi contre le créancier lorsqu'il est resté en sa possession et tend à établir la libération du débiteur. La solution est identique lorsque l'écriture figure sur le double du titre ou d'une quittance, entre les mains du débiteur¹⁰⁵.

Section 4

La preuve des dérogations conventionnelles aux règles du Code civil en matière de paiement

33. Autres questions de preuve posées par le paiement – L'analyse des principes régissant le paiement et ses modalités¹⁰⁶ montre que, dans diverses hypothèses, les parties sont autorisées à déroger conventionnellement aux règles applicables en la matière. Tel est le cas pour la modification de l'objet du paiement, la détermination du lieu et du moment du paiement ou son imputation. Nous examinons ces quatre hypothèses, en voyant de quelle manière la preuve de cet accord doit être apportée et sur qui repose le fardeau de la preuve.

34. Accord des parties visant à modifier l'objet du paiement – Par application du principe de la convention-loi (article 1134 C. civ.), pour être libéré de son obligation, le débiteur doit payer très exactement ce qui est dû, ni plus, ni moins¹⁰⁷.

Rien ne s'oppose néanmoins à ce que les parties, conventionnellement, s'entendent pour modifier l'objet du paiement. Dans le cadre d'un prêt, par exemple, le prêteur et l'emprunteur peuvent s'accorder sur une diminution du montant à rembourser. Dans une affaire soumise à la Cour d'appel d'Anvers, telle était la thèse défendue par l'emprunteur. Dans un arrêt du 20 novembre 2006, celle-ci a néanmoins confirmé l'arrêt *a quo* et l'a condamné à rembour-

ser le solde dans la mesure où il n'apportait pas la preuve de cet accord¹⁰⁸. Dès lors que la preuve de l'obligation de remboursement était apportée par le créancier, l'établissement d'un accord ultérieur modificatif, qui le dispensait de rembourser la totalité de la somme, incombait à l'emprunteur, conformément à l'article 1315, alinéa 2, du Code civil¹⁰⁹. Cet arrêt est également intéressant dans la mesure où, pour établir l'existence d'une obligation de remboursement, la Cour vérifie si le paiement partiel constitue un commencement de preuve par écrit. Le paiement devient ainsi un mode de preuve¹¹⁰. Plus précisément, dès lors que le paiement en tant que tel ne constitue pas un écrit, comme l'exige l'article 1347 du Code civil, il convient de se fonder, par exemple, sur les formulaires de virement utilisés pour réaliser le paiement. Cet écrit doit aussi émaner de celui contre qui on l'oppose (en l'occurrence, l'emprunteur) et rendre vraisemblable le fait allégué.

Il résulte de l'application du principe de la convention-loi que le créancier n'est pas tenu d'accepter en paiement une chose qui diffère de celle constituant l'objet de la dette, même si sa valeur est égale ou supérieure à ce qui est dû (article 1243 du Code civil). Avec l'accord du créancier, le débiteur peut

¹⁰⁸ Anvers, 20 novembre 2006, R.D.J.P., 2007, p. 287, note D. MOUGENOT.

¹⁰⁹ On note que la Cour introduit ces considérations au moment de décider si le paiement partiel rend vraisemblable le fait allégué (autrement dit, l'obligation de remboursement) ce qui, comme le note fort justement le commentateur de l'arrêt, laisse perplexe (D. MOUGENOT, « Paiement et commencement de preuve par écrit », *op. cit.*, p. 290).

¹¹⁰ On note également que, s'agissant d'un mode d'exécution des obligations, le paiement peut être considéré comme un aveu, plus précisément un aveu en action. En matière d'assurance, il a ainsi été admis que le paiement de primes permettrait d'apporter la preuve du contrat ou de ses modifications. Voy. Cass., 30 mai 2003, R.G.A.R., 2004, n° 13872, R.A.B.G., 2004, p. 723, et la note de G. JOCQUÉ, « Bewijs van de wijziging van de verzekeringsovereenkomst », *Bull. ass.*, 2004, p. 105, note F. DOFFAGNE, « Betalen van de nieuwe premie impliceert akkoord ». S'agissant de la preuve d'une modification du contrat d'assurance, la Cour estime que celle-ci procède de l'écrit que l'assureur a communiqué au preneur et de l'exécution volontaire par ce dernier du contrat ainsi modifié (« Dat deze bepaling [art. 25 Loi 11 juin 1874] er niet aan in de weg staat dat het bewijs van een wijziging van een verzekeringsovereenkomst wordt afgeleid uit een geschrift dat door de verzekeraar aan de verzekeringsnemer wordt meegedeeld en uit de vrijwillige uitvoering die de verzekeringsnemer van de aldus gewijzigde overeenkomst heeft gegeven; overwegende dat de appèlrechter oordeelt dat het bewijs van de instemming van eiser met de gewijzigde polisvoorwaarden blijkt uit de betaling van de krachtens die wijziging verhoogde premie; dat de appèlrechter aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt »). En l'occurrence, il a payé les nouvelles primes. Voy. aussi Gand, 11 décembre 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 729; Bruxelles du 25 février 1988, R.G.D.C., 1990, p. 132, note Ph. COLLE (dans cet arrêt, la Cour décide que, même en l'absence de signature de l'assuré, en l'occurrence décédé, « sa veuve peut invoquer l'exécution du contrat comme preuve de l'existence de celui-ci »; même si la Cour ne le qualifie pas comme tel, il y a un aveu extrajudiciaire tacite de la part de l'assureur, cf. aussi Ph. COLLE, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, R.G.D.C., 1990, pp. 144-145, n° 11). Sur l'aveu en action, voy. de manière générale, D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 332, n° 271; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Liège, Athémis, 2008, pp. 170-171.

¹⁰⁴ Sur cette disposition, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 302-303, n°s 666-669; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 262-263, n°s 199-201. En matière de paiement, voy. spéc. J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, pp. 161-162; Anvers, 7 mai 2007, R.G.D.C., 2009, p. 51.

¹⁰⁵ Pour une application, voy. Civ. Liège, 15 septembre 1976, J.L., 1976, p. 21: on note toutefois que, dans cette affaire, le débiteur produit des factures revêtues de la mention « payé par chèque », de la date du paiement et signées par le créancier. Celles-ci peuvent par conséquent être considérées comme des quittances valables, qui satisfont aux conditions de l'article 1341 du Code civil (le tribunal semble d'ailleurs l'admettre). Il était par conséquent inutile de faire référence à l'article 1332 du Code civil.

¹⁰⁶ Pour un examen approfondi, voy. la contribution de Coralie Marr, dans le présent ouvrage.

¹⁰⁷ Sur l'objet du paiement, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 445 et s., n°s 445 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 836, n° 45; W. VAN GERVEN et S. COVEMAER, *op. cit.*, pp. 377-378; R. DEKKERS, *op. cit.*, pp. 322 et s., n°s 565 et s.

toutefois se libérer valablement en accomplissant une prestation dont l'objet est différent de celui qui était dû initialement. Dans cette hypothèse, il est question de dation en paiement¹¹¹. Outre la remise d'une chose autre que celle qui était due d'après l'obligation et qui libère néanmoins le débiteur, l'existence d'un accord de volontés entre les parties est requise¹¹². S'agissant d'un acte juridique bilatéral, cet accord de volontés doit être prouvé conformément aux règles du Code civil, en particulier l'article 1341 (pour autant que l'hypothèse entre dans son champ d'application).

35. Accord des parties sur le lieu du paiement – Pour diverses raisons, tenant notamment à la désignation de la juridiction compétente *ratione loci* pour connaître du litige (voyez l'article 624, 2°, du Code judiciaire), il importe de déterminer avec précision le lieu du paiement¹¹³.

Aux termes de l'article 1247, alinéa 1^{er}, du Code civil, « le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention ». À défaut, si l'objet de la dette n'est pas un corps certain et déterminé, le principe de la quérabilité des dettes s'applique et le paiement doit être fait au domicile du débiteur¹¹⁴ (article 1247, alinéa 2, du Code civil).

La preuve de cet accord doit être apportée conformément aux règles de preuve établies par le Code civil ou le Code de commerce. En matière civile, pour les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 EUR, un écrit signé est en prin-

cipe requis. En pratique, les parties peuvent par exemple respecter cette exigence en insérant une clause *ad hoc* dans l'*instrumentum* constatant le contrat¹¹⁵. On admet également que la dérogation soit tacite, pour autant que la volonté des parties soit établie avec certitude¹¹⁶. Cette circonstance n'a pas pour effet de dispenser la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve de se conformer aux règles de preuve établies par le Code civil. Il convient en effet de distinguer clairement l'existence d'un accord de volontés¹¹⁷, d'une part, sa preuve, d'autre part¹¹⁸.

La portabilité des dettes peut encore résulter d'un usage certain et unanimement admis, notamment en matière commerciale. Dans ce cas, la dérogation n'est pas fondée sur la volonté des parties, mais sur cet usage et c'est ce dernier qu'il échet d'établir¹¹⁹. S'agissant des honoraires d'avocat, par exemple, après

¹¹¹ Sur la dation en paiement, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 506 et s., n° 505 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 836, n° 45. Elle est généralement comprise comme « une modalité du paiement, consistant en une convention en vertu de laquelle les parties conviennent de modifier l'objet du paiement, en sorte que la remise d'une chose différente de celle qui était convenue entraîne néanmoins la libération du débiteur » (P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 109, n° 202). Voy. aussi H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 513, n° 511; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 836, n° 45. En jurisprudence, voy. Mons, 8 janvier 1990, *Rev. not. b.*, 1990, p. 255.

¹¹² Soulignant cette exigence, voy. Liège, 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 557; Civ. Bruxelles, 6 février 1967, *Pas.*, 1968, III, p. 121; Cass., 26 février 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 790.

¹¹³ Sur cette question, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 475 et s., n° 471 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 108-109, n° 201; R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, pp. 695-697, n° 373; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 837, n° 47; R. DEKKERS, *op. cit.*, pp. 327-328, n° 577.

¹¹⁴ Pour des applications, voy. T. arr. Malines, 11 avril 2007, *R.D.J.P.*, 2007, p. 56; Anvers, 5 décembre 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 283; Anvers, 27 mars 2006, *R.D.J.P.*, 2006, p. 254; Comm. Hasselt, 8 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 96; Mons, 22 novembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 634; Liège, 26 mai 2000, *R.R.D.*, 2001, p. 47; Civ. Namur, 25 juin 1996, *R.G.D.C.*, 1998, p. 156; Anvers, 21 février 1994, *Pas.*, 1994, II, p. 62; Comm. Turnhout, 11 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 730, note J. ERAUW; Liège, 18 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 492, note A. DEBRULE; Comm. Bruxelles, 31 décembre 1986, *R.D.C.*, 1989, p. 529, note N. WATTÉ; C.P. Liège, 12 janvier 1962, *J.T.*, 1963, p. 67.

¹¹⁵ Voy. Comm. Liège, 13 mai 1981, *J.L.*, 1982, p. 57, qui juge que la dette est portable dans la mesure où « il a été explicitement stipulé de commun accord que les paiements de la défenderesse devaient être réalisés par une inscription au crédit du compte ouvert au nom de la demanderesse dans une agence bancaire sise à Liège [...] ». Voy. toutefois Comm. Bruxelles, 27 janvier 1961, *R.G.A.R.*, 1961, n° 6652, où une dette déclarée portable conformément à la police, est redevenue quérable dans la mesure où, en faisant encaisser le montant au domicile de l'assuré de manière continue et régulière, l'assureur est censé, d'après l'usage, avoir renoncé au bénéfice de la clause.

¹¹⁶ Constatant le versement par la défenderesse (débitrice) d'une somme d'argent qui a été encaissée par la banque de la demanderesse (créancière), à Bruxelles, et la signature par la défenderesse de deux lettres de change en francs belges et adressées à la demanderesse, le tribunal de commerce de Bruxelles juge le 2 septembre 1997 qu'il ne « peut être contesté que la défenderesse a pris toutes les dispositions utiles pour que les paiements parviennent à la banque de la partie demanderesse à Bruxelles » (*A.J.T.*, 1999-2000, p. 140, note K. ROOX. Constatant un accord tacite, voy. aussi Comm. Liège, 22 novembre 1988, *J.L.M.B.*, 1991, p. 424). Elle conclut dès lors que « cet élément suffit à établir que les parties avaient convenu de rendre les paiements portables dérogeant tacitement à la règle non impérative de l'article 1247 du Code civil ». Dans ce contexte, il a toutefois été décidé que « le seul fait de procéder à un paiement par virement bancaire est banal et n'est pas nécessairement révélateur – en l'absence de circonstances plus significatives entourant cette opération – d'une acceptation du caractère portable de la dette, même s'il est vrai que juridiquement (en droit français comme en droit belge) le paiement par transfert bancaire est censé réalisé au lieu où le bénéficiaire est crédité du montant transféré » (Mons, 7 janvier 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 881, note A. KOHL et dans une espèce similaire, Liège, 9 décembre 2002, *R.G.D.C.*, 2005, p. 123). Voy. aussi Comm. Hasselt, 8 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1595 (en l'espèce, le tribunal décide que « l'acceptation tacite d'une facture avec la mention du numéro de compte bancaire d'une banque, qui possède des agences dans tous les arrondissements du pays, ne prouve pas en soi qu'il existe un accord entre l'émetteur de la facture et son destinataire visant à renoncer au principe de la quérabilité de dettes »).

¹¹⁷ Cet accord de volontés peut être exprès, lorsqu'il s'extériorise clairement. Il peut aussi être tacite et résulter, par exemple, d'un silence circonstancié.

¹¹⁸ Une analyse similaire, en matière de mandat tacite (qui peut par exemple s'induire de circonstances, à partir du moment où elles sont certaines), conduit la doctrine à considérer qu'il doit être prouvé conformément à l'article 1341 du Code civil (N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 125-126, n° 252; P. WÉRY, *Le mandat, op. cit.*, p. 128, n° 71).

¹¹⁹ Pour une analyse similaire, à propos du mandat tacite fondé sur les usages, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 125, n° 251; P. WÉRY, *Le mandat, op. cit.*, p. 128, n° 71).

avoir posé que ceux-ci sont, en règle, payés au bureau de l'avocat ou à son compte à cette adresse, le Tribunal de première instance de Bruxelles a décidé, dans un jugement du 15 avril 1999, que la dette n'était pas quérable, mais portable¹²⁰.

Dans de nombreuses décisions, les juges appliquent le principe de la quérabilité des dettes, après avoir constaté qu'il n'existait aucune preuve qu'une convention avait été conclue entre les parties relativement au lieu du paiement¹²¹.

36. Accord des parties sur le moment du paiement – Le paiement doit avoir lieu lorsque l'obligation du débiteur devient exigible¹²². Le moment du paiement doit être établi avec précision, compte tenu des conséquences qui peuvent en résulter. Si le débiteur n'a pas respecté ses obligations en temps et en heure, diverses dispositions légales ou conventionnelles peuvent en effet trouver à s'appliquer (des clauses déterminant le montant des intérêts en cas de retard, par exemple¹²³).

L'exigibilité du paiement se détermine à la lumière de la volonté des parties, des usages ou, à défaut, conformément aux dispositions supplétives qui seraient d'application¹²⁴.

¹²⁰ R.G.D.C., 2001, p. 318. Plus précisément, le tribunal se fonde sur les usages en la matière et décide que ceux-ci s'incorporent de droit à la convention. Voy. aussi Anvers, 21 février 1994, *Pas.*, 1994, II, p. 62.

¹²¹ Voy. par ex. T. arr. Malines, 11 avril 2007, *R.D.J.P.*, 2007, p. 56; Liège, 9 décembre 2002, *R.G.D.C.*, 2005, p. 123; Mons, 22 novembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 634 (dans ce litige, il est jugé que « les factures litigieuses (et les bons de commandes s'y rapportant) ne comportent pas des conditions générales du demandeur attribuant compétence territoriale aux Tribunaux de l'arrondissement judiciaire de Mons »; se fondant sur le lieu du paiement, en l'occurrence le domicile du débiteur, la Cour renvoie la cause à la Cour d'appel de Liège); Liège, 26 mai 2000, *R.R.D.*, 2001, p. 47 (après avoir notamment constaté que « les conditions générales de l'intimée ne prévoient pas la compétence des tribunaux de Dinant [et] qu'il n'y a pas de convention écrite prévoyant que le lieu du paiement est le siège de l'intimée », la Cour conclut que le paiement doit intervenir au domicile du débiteur »); Civ. Namur, 25 juin 1996, *R.G.D.C.*, 1998, p. 156 (le tribunal constate que « la convention produite au débat ne précise aucunement le lieu dans lequel le paiement doit être effectué »).

¹²² Sur le moment du paiement, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 474-475, n° 470; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 836-837, n° 46; R. DEKKERS, *op. cit.*, p. 327, n° 576.

¹²³ Voy. par ex. l'art. 4.2. de l'A.R. du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, *M.B.*, 9 août 2000, qui dispose qu'à défaut de paiement comptant au moment de la livraison, « le solde porte de plein droit et sans mise en demeure un intérêt au taux légal ».

¹²⁴ En matière de vente, par exemple, l'article 1651 du Code civil dispose que « s'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer du lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance ». Voy. aussi l'art. 4.2. de l'A.R. du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, qui dispose que « le paiement complet, ou celui du solde en cas de paiement d'un acompte, se fait au comptant au moment de la livraison, sauf convention contraire expresse ».

Dans la première hypothèse, le droit commun de la preuve doit être observé. Par exemple, les parties peuvent conclure un contrat affecté d'un terme suspensif; moyennant cette modalité, les obligations des parties existent dès la conclusion du contrat, mais leur exigibilité est suspendue à l'arrivée de l'événement convenu. Ce n'est qu'à ce moment que le paiement doit être fait. De même, les factures émises par les commerçants fixent précisément le délai dans lequel la dette doit être acquittée.

37. Accord des parties sur l'imputation des paiements – Les dispositions du Code civil relatives à l'imputation des paiements sont supplétives¹²⁵. Il en résulte que les parties peuvent conventionnellement décider de la manière dont la question doit être réglée¹²⁶. Il est admis que l'accord des parties puisse être exprès ou tacite. À cet égard, on souligne que le caractère tacite de l'accord de volontés ne dispense pas de respecter les règles établies par le Code civil pour prouver celui-ci (*supra*, n° 35 et les références citées).

L'article 1254 du Code civil pose le principe selon lequel le paiement doit s'imputer sur les intérêts par priorité au capital¹²⁷. Cette disposition exige que le débiteur obtienne l'accord du créancier pour imputer le paiement sur le capital par préférence aux intérêts¹²⁸. On admet à ce propos que l'accord des parties ne doit pas nécessairement être exprès. Une convention contraire tacite est ainsi admise; encore faut-il qu'elle soit certaine, ce qui peut engendrer des difficultés pratiques, spécialement en cas de silence du créancier. Il convient en effet d'observer les règles de preuve applicables en l'espèce. Par exemple, dans un arrêt du 27 juin 1994, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que « l'absence de protestation de l'intimée au sujet de la mention répétée 'imputation sur le capital' sur les documents relatifs aux paiements partiels effectués par les appelants constitue, en l'espèce, un silence circonstancié qui doit être considéré comme une présomption que l'intimée consentait à ce mode d'imputation; qu'il s'agit

¹²⁵ À propos de l'imputation des paiements, voy. Ch. DALCQ, « L'imputation des paiements », *J.T.*, 1988, pp. 77 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 837, n° 48; R. DEKKERS, *op. cit.*, pp. 332-334, n° 587-589.

¹²⁶ Donnant priorité à la volonté des parties sur les règles du Code civil, voy. Civ. Arlon, 13 mars 2003, *D.A./O.R.*, 2003, p. 78, note D. BLOMMAERT.

¹²⁷ Pour une application en matière de frais judiciaires, voy. Comm. Gand, 3 février 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 97.

¹²⁸ Voy. Bruxelles, 20 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 660 où le débiteur a imputé le paiement sur le capital sans le consentement du créancier. Le débiteur est par conséquent condamné à payer des intérêts moratoires sur la partie du capital qui aurait dû être remboursée. Imputant également le paiement sur le capital en l'absence d'accord du créancier, voy. Liège, 19 février 2002, *Entr. Dr.*, 2002, p. 368. Voy. encore Liège, 29 juin 2000, *Entr. Dr.*, 2002, p. 185, où non seulement le créancier n'est pas resté muet quant à l'imputation des paiements, mais a en outre déclaré par courrier qu'il sera contraint de faire application de l'article 1254 du Code civil lors de tout paiement.

d'une communication faite clairement à une commerçante qui n'émet aucune protestation [...]»¹²⁹. Par contre, dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Liège, celle-ci a décidé, le 19 février 2002, que l'accord du créancier n'était pas établi; elle a par conséquent imputé la dette par priorité sur les intérêts¹³⁰.

Conclusion

38. Exigence d'un écrit signé – En principe, lorsque le cas d'espèce entre dans les conditions d'application de l'article 1341 du Code civil, un écrit signé est requis, dans le chef de la personne sur laquelle repose la charge de la preuve, pour apporter la preuve de l'acte litigieux. Cette règle s'applique assurément au paiement, dès lors qu'il s'agit d'un acte juridique unilatéral. Elle doit également être observée s'il convient de prouver l'accord de volontés des parties au paiement visant à modifier son objet ou à établir son moment, son lieu ou son imputation.

On note que le législateur est intervenu pour lever les obstacles formels à l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique: conformément à la théorie des équivalents fonctionnels, on peut identifier les procédés électroniques qui satisfont aux conditions de l'écrit et de la signature.

39. Existence de nombreuses hypothèses dans lesquelles la preuve peut être apportée autrement que par un écrit signé – Si le principe de la prééminence de l'écrit doit être rappelé, il faut constater que les hypothèses dans lesquelles la preuve peut être valablement apportée autrement que par un écrit signé sont très nombreuses, parce que les conditions d'application de l'article 1341 du Code civil ne sont pas réunies (engagement de nature commerciale, dérogations conventionnelles, etc.) ou dans la mesure où il est possible d'invoquer un moyen de défense permettant d'échapper à la sanction de l'inobservation de l'article 1341 du Code civil (aveu, commencement de preuve par écrit, impossibilité de prouver par écrit, papiers domestiques, remise du titre, etc.).

Si ces considérations, en phase avec la pratique, permettent de garantir un équilibre entre le recours au formalisme et son absence pure et simple (eu égard à ses avantages, liés à la sécurité des relations contractuelles, d'une part, les inconvénients qui peuvent en résulter, en termes de lourdeur ou de complication inutile, d'autre part), il convient de souligner que la partie sur laquelle repose la charge – et le risque corrélatif – de la preuve, sera bien inspirée de se ménager un moyen de preuve efficace. Dans ce cadre, même s'il n'est pas requis conformément à l'article 1341 du Code civil, l'écrit occupe une place de choix eu égard à ses conditions de recevabilité et sa force (ou à sa valeur) probante élevée.

¹²⁹ J.L.M.B., 1995, p. 394. Voy. toutefois Liège, 3 février 1995, *R.G.E.N.*, 1995, n° 24.491, p. 190, note A. CULOT, qui exige, mais à tort, un accord exprès du créancier à consentir une autre imputation (jugeant la position de la Cour d'appel trop rigoureuse, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 837, n° 49. Sur cette question, CH. BIQUET-MATHIEU et C. DELFORGE, « Le régime juridique des intérêts – Essai de synthèse », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruxelles, La Charte, 2008, p. 302, n° 104.

¹³⁰ Liège, 19 février 2002, *Entr. Dr.*, 2002, p. 369.