

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve

Mougenot, Dominique

Published in:

Traité pratique de droit commercial

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2010, La preuve. dans *Traité pratique de droit commercial*. vol. T.1-2e éd., Kluwer, Waterloo, pp. 91-188.

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.

2^e Partie

La preuve

par Dominique MOUGENOT

*Juge au Tribunal de commerce de Mons et Maître de conférences aux FUNDP
Namur*

*Version actualisée et complétée d'un texte rédigé pour la première édition par feu
Raymond MOUGENOT*

		n ^{os}
Titre I	Notions générales et principes de la liberté des preuves en droit commercial	
CHAPITRE I	GÉNÉRALITÉS	
Section 1	Notion et importance de la preuve	108
Section 2	Objet de la preuve judiciaire : les faits et non le droit	109
Section 3	Charge de la preuve	112
§ 1.	PRINCIPE	112
§ 2.	APPLICATION EN DROIT JUDICIAIRE : LA POSITION PROCÉDURALE DES PARTIES	115
§ 3.	APPLICATION EN DROIT CONTRACTUEL : LES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RÉSULTAT	117
§ 4.	PREUVE D'UN FAIT NÉGATIF – THÉORIE DE LA MEILLEURE APTITUDE À LA PREUVE	118
Section 4	Les moyens illégitimes d'obtention d'une preuve	119
Section 5	Le rôle du juge	121
Section 6	L'apport du Code judiciaire	123
Section 7	Le référé et l'expertise	124
§ 1.	LE RÉFÉRÉ	124
§ 2.	L'EXPERTISE	125
CHAPITRE II	LA LIBERTÉ DES PREUVES EN DROIT COMMERCIAL	
Section 1	Plan adopté	126
Section 2	Caractéristiques du système civil	127
Section 3	La prééminence de l'écrit en matière civile	129
Section 4	Le formalisme de l'écrit	130
Section 5	La preuve libre en matière commerciale	131
Section 6	Conséquences de la liberté des preuves	132
Section 7	Critère d'application de la preuve libre : nature de l'acte	134
Section 8	Actes mixtes	135
Section 9	Exceptions au régime de la liberté des preuves	137
Section 10	Formalisme commercial	138

		n ^{os}
Titre II	Les modes de preuve	
CHAPITRE I	LES MODES DE PREUVE DU DROIT COMMUN	
Section 1	Plan	139
Section 2	Notions de base : recevabilité, valeur probante, force probante	140
Section 3	Acte authentique	143
Section 4	Acte sous seing privé	145
§ 1.	NOTION ET IMPORTANCE	145
§ 2.	CONTENU	146
§ 3.	FORME	147
§ 4.	SIGNATURE	148
§ 5.	LIEU ET DATE	149
§ 6.	FORCE PROBANTE DE L'ÉCRIT COMMERCIAL	150
Section 5	Lettres missives	151
Section 6	Preuves de paiement	152
Section 7	Les copies	153
Section 8	Les témoignages	154
Section 9	Les présomptions	155
Section 10	Présomptions (suite). Le silence	156
§ 1.	POSITION DU PROBLÈME	156
§ 2.	LE RÔLE DU SILENCE EN MATIÈRE COMMERCIALE	157
§ 3.	CONDITIONS GÉNÉRALES. ACCEPTATION TACITE	158
Section 11	Présomptions – suite – techniques nouvelles. Renvoi	160
Section 12	L'aveu : Nature – Objet	161
Section 13	L'aveu – suite – variétés	162
§ 1.	AVEU JUDICIAIRE ET EXTRAJUDICIAIRE	163
§ 2.	AVEU ÉCRIT ET AVEU VERBAL	164
§ 3.	AVEU EXPRES, AVEU TACITE	165
§ 4.	AVEU SIMPLE, AVEU COMPLEXE (OU QUALIFIÉ)	166
Section 14	De qui l'aveu doit-il émaner ?	167
Section 15	Aveu – Effets	168
§ 1.	IRRÉVOCABILITÉ	168
§ 2.	INDIVISIBILITÉ	169
§ 3.	STATUT DE L'ABSENCE DE CONTESTATION EN DROIT JUDICIAIRE	170
Section 16	Serment judiciaire	171
§ 1.	LE SERMENT LITISDÉCISOIRE	172

		n°
	§ 2. LE SERMENT SUPPLÉTOIRE ET LE SERMENT ESTIMATOIRE	173
CHAPITRE II	LES TECHNIQUES NOUVELLES ET LE DROIT DE LA PREUVE	
Section 1	Problématique	174
Section 2	L'acte sous seing privé électronique	175
	§ 1. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE	176
	§ 2. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE	177
Section 3	Télécopie – messages écrits envoyés par GSM	181
Section 4	Courrier électronique	183
Section 5	Photocopie – scanner – microfilms	185
Section 6	Enregistrements de sons ou d'images	186
Section 7	Le commerce électronique et la preuve	187
Section 8	L'échange de données informatisées (EDI)	190
Section 9	Preuve de paiements par voie électronique	191
Section 10	Questions particulières : horodatage et archivage	192
CHAPITRE III	LES MODES DE PREUVE PROPRES AU DROIT COMMERCIAL	
Section 1	La facture	196
	§ 1. PREUVE DES VENTES PAR FACTURE ACCEPTÉE ..	196
	§ 2. LA FACTURE : NATURE – CONTENU	197
	§ 3. L'ACCEPTATION	198
	§ 4. L'ACCEPTATION TACITE ET LES CONDITIONS GÉNÉRALES	199
	§ 5. LA FACTURE ÉLECTRONIQUE	200
Section 2	La comptabilité commerciale	201
	§ 1. COMPLEXITÉ DE LA MATIÈRE	201
	§ 2. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA PREUVE PAR LA COMPTABILITÉ	202
	§ 3. TROIS HYPOTHÈSES SONT À ENVISAGER	203
	§ 4. MODALITÉS DE LA PRODUCTION DE LA COMPTABILITÉ	206

BIBLIOGRAPHIE

Titre I

Notions générales et principes de la liberté des preuves en droit commercial

Chapitre I

Généralités

Bibliographie importante

Ouvrages généraux

- ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 2007.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967.
- FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Coll. Scient. Fac. Dr. Liège, 1987.
- VAN OMMEESLAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1968-1973) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 708 et s.
- VAN OMMEESLAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 145 et s.

Traités sur la preuve

- GOUBEUX, G. et BIHR, P., *Répertoire de droit civil*, v^o Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « Het bewijsrecht in burgerlijke zaken », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MOUGENOT, D. et R., *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.
- MOUGENOT, D., « La preuve – évolution et révolution », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Charte, 2004, p. 121 et s.
- MOURLON, BEERNAERT, F., « Le droit de la preuve », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN, L., « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.

Section 1

Notion et importance de la preuve

108. Notion

La preuve juridique consiste dans la démonstration de ce sur quoi l'on se fonde pour faire valoir un droit. En théorie, l'absence de droit et l'absence de preuve sont des choses différentes. Elles se rejoignent néanmoins dans la pratique : celui qui, sur le plan juridique, doit rapporter la preuve des éléments qui fondent son droit et est incapable de le faire se trouve dans la même situation que s'il n'avait aucun droit.

On a pu dire de la sorte que la preuve vivifiait le droit. Son importance est capitale. Elle concerne toutes les branches du droit : civil, commercial, social, pénal, administratif...

Section 2

Objet de la preuve judiciaire : les faits et non le droit

109. Preuve des faits et des actes

Ce qu'un plaideur doit prouver en justice, ce sont les **actes juridiques** ou les **faits** qui servent de fondement au droit dont il se prévaut.

Il devra, par exemple, prouver, en matière de bail commercial, une demande de renouvellement du bail (acte juridique unilatéral), l'existence et le contenu d'un contrat de vente (acte juridique bilatéral), la réalité d'une inondation qui a paralysé une usine (fait matériel constitutif de force majeure) ou l'existence d'une faute commise par un cocontractant (fait juridique, c'est-à-dire un fait involontaire auquel la loi attache des effets juridiques).

110. Pas de preuve de la loi

En revanche, le plaideur ne doit jamais prouver la loi ; le juge est censé la connaître.

On avait prétendu le contraire quand il s'agit de l'application de la loi étrangère mais, par un important arrêt du 9 octobre 1980¹, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'il y a lieu d'appliquer le droit étranger, le juge belge est obligé de rechercher lui-même la loi applicable et d'en déterminer le contenu, au besoin en se renseignant à bonne source et en respectant les droits de la défense, c'est-à-dire en soumettant aux parties, avant d'en faire usage, les renseignements ainsi recueillis. La loi étrangère n'est dès lors plus considérée comme un fait à prouver¹.

1. Pas., 1981, I, 159.

gnant à bonne source et en respectant les droits de la défense, c'est-à-dire en soumettant aux parties, avant d'en faire usage, les renseignements ainsi recueillis. La loi étrangère n'est dès lors plus considérée comme un fait à prouver¹.

111. Preuve des usages

Lorsque l'on dit que le juge connaît ou est censé connaître le droit, il s'agit de tous les **textes légaux** applicables en Belgique mais aussi des sources de droit non écrit que sont les **coutumes** et les **usages de droit**.

On peut citer comme coutumes commerciales la solidarité présumée des codébiteurs commerçants et la possibilité de mettre un débiteur en demeure sans devoir respecter les formalités de l'article 1139 du Code civil.

L'article 1135 du Code civil vise en outre les **usages conventionnels**², qui s'incorporent dans les contrats en raison de la volonté expresse ou tacite des contractants³.

La plupart du temps, il s'agit d'usages professionnels, plus fréquents en matière commerciale qu'en matière civile.

Contrairement à la coutume, les usages conventionnels doivent être prouvés. Si une contestation s'élève quant à leur existence, le plaideur qui les invoque devra les prouver par des témoignages ou généralement sous forme de **parères**, c'est-à-dire d'attestations écrites émanant de milieux professionnels qualifiés pour affirmer l'existence de tels usages⁴.

1. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 2007, p. 328 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3^e éd., n° 25 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 15 et s.
2. Cette distinction que nous faisons entre les usages de droit et les usages conventionnels est l'objet d'une controverse. Tous les auteurs ne s'y rallient pas. Cf. sur ce point P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence - les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, n° 231, p. 148, renvoyant à *R.C.J.B.*, 1986, n° 80, p. 180.
3. Art. 1135 C. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation selon sa nature ».
4. J. VAN RYN et J. HEENEN, T. I, 2^e éd., n° 21.

Section 3 Charge de la preuve

§ 1. PRINCIPE

112. Charge de la preuve et administration de la preuve

L'article 1315 du Code civil dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». L'alinéa 2 de cette disposition ajoute : « réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » Le créancier est donc tenu de prouver les faits et les actes qui fondent sa créance. Mais une fois l'existence de cette créance établie, le créancier ne doit pas prouver en outre qu'elle ne s'est pas éteinte et qu'elle existe toujours au moment où il en demande l'exécution. C'est au débiteur qu'il appartient d'établir le paiement ou l'événement susceptible de le libérer de son obligation. Ce double mécanisme constitue le principe de base en matière de charge de la preuve.

Le Code judiciaire complète les règles du Code civil. L'article 870 du Code judiciaire énonce le même principe que l'article 1315 du Code civil, d'une manière plus lapidaire : « chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue » (les faits entendus au sens large et comprenant les actes juridiques, voir *supra* n° 109). L'article 871 du Code judiciaire dispose que le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante¹ de produire les éléments de preuve dont elle dispose.

Les articles 870 et 871 du Code judiciaire posent les deux grands principes applicables à la réception des preuves en droit judiciaire. L'article 870 a trait à la charge de la preuve et l'article 871 à l'administration de la preuve.

Il ne faut pas confondre ces deux mécanismes. Lors de l'instruction du dossier, toutes les parties doivent produire les éléments de preuve dont elles disposent. On dit qu'elles doivent collaborer à l'administration de la preuve, qu'elles soient demanderesse ou défenderesse. C'est à ce niveau que l'article 871 indique que si une partie (peu importe laquelle) ne produit pas spontanément les preuves dont elle dispose, elle peut y être contrainte.

Lorsque l'instruction du dossier est terminée, le juge examine les éléments de preuve produits devant lui (par toutes les parties). Il se peut que ces éléments soient insuffisants pour lui permettre de trancher. Cette situation se produit fréquemment

en matière commerciale. En effet, du fait de la liberté des preuves, les parties ne prennent pas toujours la précaution de constituer des preuves écrites. En cas de litige, le juge ne disposera que d'éléments de preuve fort réduits.

Exemple : les parties ont conclu un contrat verbal et il est impossible de reconstituer les engagements qu'elles ont pris.

Or, le juge est obligé de statuer, sous peine de déni de justice, même lorsque le dossier est lacunaire. Il doit alors déterminer qui supporte les conséquences des obscurités du dossier. C'est l'examen de la charge de la preuve. Si le juge constate qu'il appartenait au demandeur de justifier sa demande, il décide que le demandeur supporte la charge de la preuve (la doctrine parle parfois du « risque de la preuve »). Dès lors, si les éléments de preuve sont insuffisants pour donner raison au demandeur, le juge le déboute de sa demande.

Exemple : le demandeur veut obtenir le remboursement d'une somme prêtée à un ami ; cet ami prétend que la somme lui a été donnée et qu'il n'a pas à la rembourser ; le demandeur doit alors prouver qu'il s'agit d'un prêt et non d'un don ; il supporte la charge de la preuve ; si, au terme de l'administration de la preuve, le juge constate que la preuve du prêt n'est pas rapportée, il devra constater que la charge de la preuve pesait sur le demandeur, que les éléments de preuve présentés devant le tribunal sont insuffisants pour établir la preuve du prêt et il devra donc débouter le demandeur.

113. Interactions entre charge de la preuve et administration de la preuve

En principe, l'administration de la preuve et la charge de la preuve n'interagissent pas entre elles : le fait, par exemple, que le défendeur collabore à l'administration de la preuve n'a pas pour effet de transférer sur sa tête la charge de la preuve, qui pèse normalement sur le demandeur.

Il est important de réaliser que l'administration de la preuve et la charge de la preuve interviennent à des stades différents de la procédure : l'administration de la preuve concerne l'instruction de la cause. La question de la charge de la preuve ne se pose que lorsque cette instruction est terminée et que le juge délibère pour rendre son jugement.

L'obligation de collaboration qui pèse sur les parties dans le cadre de l'administration de la preuve peut être lourde. Non seulement le défendeur doit fournir les éléments de preuve qui lui sont demandés mais il peut aussi être amené à prendre certaines initiatives pour éviter la déperdition de moyens de preuve, alors qu'il ne supporte pas la charge de la preuve. Il fournit alors involontairement des armes à son adversaire. C'est ainsi que l'acheteur d'un bien défectueux, même dans l'hypothèse où il ne supporte pas le fardeau de la preuve, devra néanmoins prendre des mesures conservatoires pour permettre les constats, voire demander une expertise

1. Cela veut dire : en litige.

judiciaire, si le vendeur n'a pas eu, en fait, la possibilité de la provoquer lui-même¹. Cette extension du devoir de collaboration des parties à l'administration de la preuve peut vider le débat sur le risque de la preuve d'une bonne part de son objet. En effet, plus les éléments produits dans le cadre de l'instruction du dossier sont complets et étoffés, plus la part d'incertitude se rétrécit.

114. Présomptions légales

Dans certains cas, la loi intervient pour modifier les règles qui gouvernent le fardeau de la preuve. C'est le mécanisme des **présomptions légales** : celles-ci agissent comme des dispenses de preuve. Aux termes de l'article 1352 du Code civil : « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». Ainsi, aux termes de l'article 1384 du Code civil, la personne qui invoque la responsabilité des parents suite à un accident causé par leur enfant doit uniquement établir l'acte illicite accompli par l'enfant. Elle ne doit pas en outre prouver la faute des parents. Cette faute est présumée par la loi.

Dans la plupart des cas, ces présomptions entraînent uniquement un renversement de la charge de la preuve : la preuve contraire est possible mais elle incombe au débiteur qui, sans le jeu de la présomption, n'aurait supporté aucune preuve. C'est ce qu'on appelle les **présomptions réfragables**. Dans certains cas toutefois, la preuve contraire n'est pas possible : le bénéficiaire de la présomption ne peut donc jamais être privé de l'avantage que la loi lui accorde. On parle alors de **présomptions irréfragables**. Cette problématique sera abordée, en droit commercial, lorsque nous parlerons des présomptions déduites de l'acceptation d'une facture (voir *infra*, n° 196) ou lorsque nous aborderons le statut juridique de la signature électronique (voir *infra*, n° 179).

En principe, seule la loi peut créer de telles présomptions. La jurisprudence a toutefois créé de toutes pièces des « quasi-présomptions légales ». C'est le cas pour la « présomption de mauvaise foi » du vendeur professionnel².

§ 2. APPLICATION EN DROIT JUDICIAIRE : LA POSITION PROCÉDURALE DES PARTIES

115. Preuve incombant au demandeur

Il résulte donc du premier alinéa de l'article 1315 que la charge de la preuve incombe au demandeur : celui qui introduit une procédure en justice est tenu rapporter la preuve des faits qui fondent le droit qu'il invoque. Mais, lorsque défendeur adopte à son tour un rôle actif et réclame quelque chose au demandeur (**demande reconventionnelle**), il supporte alors la charge de la preuve. Chacune des parties supporte donc le risque de la preuve dans le cadre de la demande qu'elle a formée.

La doctrine majoritaire¹ applique ce principe en matière de contrat de vente, lorsqu'un problème de conformité de la chose vendue apparaît. Puisqu'il incombe au demandeur prouver les faits générateurs de son droit, la charge de la preuve ne peut être attribuée d'une manière systématique au vendeur ou à l'acheteur. Tout dépend de qui prend l'initiative de la procédure. Si le vendeur est demandeur en paiement du prix, il devra prouver la bonne exécution du contrat et la délivrance conforme de la chose vendue. Si l'acheteur est demandeur en résolution du contrat, il devra prouver le défaut de conformité de la chose vendue. Dans ce système, la position procédurale de la partie (demandeur ou défendeur) est déterminante et non sa position au contrat (vendeur ou acheteur). Certains auteurs estiment cependant qu'il faut attribuer la charge de la preuve de l'inexécution partielle du contrat, c'est toujours elle qui supporte la charge de la preuve de cette inexécution, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse². Cette position est donc plus nuancée que la position majoritaire, puisqu'elle aboutit à pas imputer systématiquement la totalité de la charge de la preuve au demandeur.

1. A. DE BERSAQUES, « Note sous Cass., 24 avril 1947 », *R.C.J.B.*, 1949, p. 135, n° 11 ; B. DUBUISSON et J.M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles - Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2001, p. 103, n° 59 ; M. CLAVI, « La charge de la preuve, questions choisies en matière contractuelle », *La preuve*, CUP, 2002, n° 54, p. 5 et s., n° 7 ; J. HEENEN, « Preuve de la conformité des marchandises vendues », *R.C.J.B.* 1952, p. 211 ; Y. MERCHERS, « La vente », *Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 44 ; J. MICHEL, « L'article 1315 du Code civil : contours et aléatoires », *Act. dr.*, 1998, p. 363 et s., n° 1 ; R.P.D.B., v° vente, n° 455 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE & P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1976, p. 403, n° 36 ; M.-E. STORME, « De exceptio non adimpli contractus als uitlegsvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, me bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast », *R.W.*, 1989-90, p. 318, n° 14 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, 2^e éd., n° 683. Voir aussi : Liège, 17 juin 1999, *R.D.C.*, 2000, 198.
2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 162 et s. ; F. MOURLET-BEERNAERT, « [Le droit de la preuve] Règles générales », *Obligations. Commentaire pratique*, Mares, Kluwer, f. mob., 2006, n° 4.28.

1. J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, 2^e éd., n° 683.

2. Pour plus de détails à ce sujet, consulter : B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel », *Ann. dr. Louvain*, 1988, pp. 177 et s. ; P.-A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », in *De koop - La vente*, Bruges, La Charte, 2002, p. 17 et s. ; voir aussi la partie consacrée à la vente commerciale dans le présent tome (spéc. n° 462).

116. Preuve dans les contrats synallagmatiques

Le principe énoncé à l'article 1315 paraît simple. En pratique, la détermination de la charge de la preuve n'est pas toujours facile.

En matière contractuelle, la règle doit être précisée. Lorsque les deux parties sont tenues l'une envers l'autre d'obligations réciproques (c'est le cas dans un **contrat synallagmatique**, voir n° 262, chaque partie peut suspendre l'exécution de ses obligations lorsque son cocontractant est en défaut d'exécuter les siennes. C'est le mécanisme de l'**exception d'inexécution** (voir n° 347 et s.).

Exemple : l'acheteur est tenu de payer le prix ; si toutefois, le vendeur est en défaut de livrer une chose conforme, l'acheteur est autorisé à suspendre le paiement du prix tant que le vendeur ne s'est pas exécuté.

La détermination de la charge de la preuve en cas d'application de ce mécanisme est délicate. Le défendeur – débiteur qui invoque l'exception d'inexécution se borne-t-il à contester l'existence de la créance (auquel cas, il ne supporte pas la charge de la preuve – art. 1315, al. 1) ? Ou doit-on considérer que, lorsqu'il invoque l'exception d'inexécution, il devient lui-même demandeur et supporte alors le risque de la preuve (art. 1315, al. 2) ? La Cour de cassation a opté pour la seconde proposition : le débiteur, même s'il est défendeur, supporte la charge de la preuve lorsqu'il invoque l'exception d'inexécution¹. L'application pratique de cette jurisprudence est toutefois délicate².

§ 3. APPLICATION EN DROIT CONTRACTUEL : LES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RÉSULTAT

117. Obligations de moyens et de résultat

Un second critère peut guider le praticien dans sa quête de solution : la qualification de l'obligation litigieuse. La distinction entre **obligations de moyens** et **obligations de résultat** (voir n° 252 et s.), constitue toujours, dans la jurisprudence belge, un critère majeur de détermination de la charge de

la preuve¹. Lorsque l'obligation peut être qualifiée comme une obligation de moyens, la charge de la preuve de la faute du débiteur pèse sur le créancier². En revanche, lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, la faute du débiteur est présumée et il lui incombe d'établir l'existence d'une cause d'exonération. Si on combine ce critère avec celui de la position procédurale, le créancier d'une obligation de résultat, même demandeur en justice, ne supporte pas la charge de la preuve.

L'application concrète de ce principe donne toutefois lieu à des difficultés, du fait des nuances introduites par la doctrine et la jurisprudence³.

§ 4. PREUVE D'UN FAIT NÉGATIF – THÉORIE DE LA MEILLEURE APTITUDE À LA PREUVE

118. Meilleure aptitude à la preuve – preuve des faits négatifs

Un plaideur peut-il être contraint de prouver non seulement un fait positif mais aussi, éventuellement, un fait négatif, par exemple « je n'ai jamais conclu de contrat avec vous » ?

La difficulté d'une telle preuve a amené certains auteurs à proposer dans ce cas un renversement de la charge de la preuve, en obligeant l'adversaire à rapporter la preuve du fait positif contraire. Il apparaissait plus équitable d'imposer la charge de la preuve à la partie la mieux placée pour fournir des éléments de preuve au juge. C'est la théorie de la « **meilleure aptitude à la preuve** »⁴.

1. Cass., 24 avril 1947, *R.C.J.B.*, 1949, 131 ; Cass., 13 janvier 1949, *Pas.*, 1949, I, 30 ; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 977 ; Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, 1094 ; Cass., 21 novembre 2003, *R.G.* C01357N ; Cass., 13 mai 2004, *R.G.* C02497N.

2. Voir : L. SIMONT, « La charge de la preuve », in *Actualité du droit des obligations*, Bruylant, 2005, p. 29, n° 9 ; D. MOUGENOT, « La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : mission impossible ? », *D.A. O.R.*, 2006, n° 79, p. 310 et s., n° 8.

1. Les apports de cette théorie sont de plus en plus critiqués par la doctrine française : J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 189 et 196 ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Mélanges offerts à G. Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 437 ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *R.T.D.Civ.*, 1994, p. 231, n° 23.

2. B. DUBUSSION, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. XVII, déc. 1998, p. 104, n° 11 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil – Permanences et transformations*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 104 ; Ph. LE TOURNEAU & L. CADIET, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1521 ; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 28 ; A. TUNC sur H. & L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, T. Ier, 6e éd., 1965, n° 694-4 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 131.

3. Voir : D. MOUGENOT, « La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : mission impossible ? », *op. cit.*, n° 10 et s.

4. Pour plus de détails sur l'origine de cette théorie, voir : D. MOUGENOT, « La preuve – évolution et révolution », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Charte, 2004, p. 121 et s., n° 7 et s.

Dans un arrêt du 27 février 1958¹, la Cour de cassation a refusé d'admettre le renversement des preuves : « Si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire ».

Cet arrêt sonne donc, en principe du moins, le glas de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve. Elle n'a cependant pas disparu de notre droit. Ainsi, la doctrine considère généralement que le second alinéa de l'article 1315 (le débiteur qui se prétend libéré doit rapporter la preuve de son paiement) est une illustration de cette théorie, parce qu'il est plus facile pour le débiteur d'apporter la preuve positive d'un paiement que pour le créancier de rapporter la preuve de l'inexistence d'un paiement.

On aurait pu concevoir que la charge de la preuve repose intégralement sur le créancier : il devrait, dans un premier temps, prouver l'existence de sa créance et, dans un second temps, prouver qu'elle ne s'est pas éteinte. Cela aurait placé le créancier devant une tâche souvent impossible et aurait fait la part belle aux débiteurs indécidés.

Ainsi donc, dans toute la mesure de ce qui est raisonnablement possible, on est tenu de prouver un fait négatif. Il n'y a pas de renversement du fardeau de la preuve. On remarquera cependant que la Cour adoucit son affirmation en admettant que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée « avec la même rigueur » que celle d'un fait affirmatif. Plus que de certitudes, il sera ici question de vraisemblance.

En toute hypothèse, il n'existe aucun problème lorsqu'un fait négatif peut être démontré par la preuve positive du contraire : « je ne me trouvais pas à Bruxelles à telle date parce qu'à ce moment j'étais à Liège et je le prouve ».

Les difficultés deviennent sérieuses si l'on se trouve en présence d'un fait négatif indéfini, qui ne comporte pas d'antithèse. Mais un fait positif indéfini (je me suis toujours trouvé à cet endroit) peut également être difficile à prouver.

Section 4.

Les moyens illégitimes d'obtention d'une preuve

119. Modes de preuve illégitimes

Tout n'est pas permis dans l'obtention des preuves. Certains modes de preuve devront être écartés par le juge lorsque, pour les obtenir, la partie qui les invoque a

violé la loi ou un principe général de droit¹. Cela pose donc la question de la légitimité de la preuve.

Le problème se présente notamment en matière commerciale, compte tenu des facilités offertes par la technologie moderne en ce qui concerne les enregistrements de conversations ou d'images et l'interception et la reproduction de documents. Certaines procédures peuvent parfois être détournées de leur fonction pour tenter d'obtenir des renseignements sur l'activité d'un concurrent (voir *infra*, n° 120).

Il convient tout d'abord de préciser qu'en principe, **tout mode de preuve obtenu en violation de la loi doit être écarté**. Cela vaut, même si ce mode de preuve est parvenu de manière tout à fait licite entre les mains de la personne qui l'invoque et que celle-ci est étrangère à la violation de la loi. Il en va ainsi des modes de preuve falsifiés ou obtenus en violation du secret professionnel. En revanche, l'enregistrement d'une communication téléphonique à l'insu de son correspondant n'est pas en soi illégal ou contraire à la vie privée. Tout dépend des circonstances². Ainsi une tolérance existe pour des conversations non confidentielles entre commerçants, qui ont pour objet la conclusion d'un contrat³.

1. *Pas.*, 1958, I, 713. Jurisprudence confirmée par un arrêt du 10 avril 2003, C.02.0213.F.

1. Sur cette question, voir : B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, p. 41 et s. ; B. ALLEMEERSCH, « De heimelijke opname van een eigen (telefoon) gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen », *D.A. O.R.*, n° 83, 2007, p. 333 et s. ; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », in *La preuve – questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p. 179 et s., spéc. p. 217 et s.

2. En fait la jurisprudence n'est pas unanime sur ce point. L'opinion mentionnée ci-dessus est le fait d'un nombre croissant de juridictions mais il existe une opinion contraire, plus ancienne, selon laquelle tout enregistrement occulte d'une communication téléphonique viole nécessairement le secret des communications et le droit à la vie privée ; sur ces questions voir : B. ALLEMEERSCH, « De heimelijke opname van een eigen (telefoon) gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen », *op. cit.*, n° 4 et 5.

3. Comm. Courtrai, 24 juin 2004, *D.A. O.R.*, 2007, 331.

Parfois le problème ne vient pas de l'illégalité de principe de la preuve mais de la manière dont elle a été obtenue. Ainsi, doit être écarté un élément de preuve obtenu par fraude ou chantage¹. Est également écartée la preuve d'une faute contractuelle obtenue par provocation, c'est-à-dire lorsque la partie qui veut se ménager une preuve recueille volontairement une situation dans laquelle les faits à constater peuvent se produire². Il en va ainsi pour les enregistrements téléphoniques d'une personne avec laquelle on est en litige, réalisés à son insu, en vue de provoquer des déclarations qui lui sont défavorables. Une tolérance existe toutefois, en matière commerciale, lorsque la conversation n'a pas été provoquée et que la preuve des faits ne peut être administrée d'une autre manière³. Le droit à la preuve entre alors en concours avec le droit à la vie privée ou le secret des affaires. En effet, le concept de vie privée ne se limite pas à la sphère des relations privées et est aussi reconnu en matière commerciale⁴. Il s'étend même, dans une certaine mesure, aux personnes morales⁵. Le juge doit alors effectuer la balance entre ces différents principes. Ainsi, certains faits de concurrence déloyale ne pourront jamais être prouvés sans une intrusion dans la vie privée de leur auteur ou sans utilisation de moyens de preuve dans lesquels l'identité de la personne qui réalise le constat n'est pas dévoilée⁶. Même lorsque ces modes de preuve sont admis, il convient de rester prudents relativement à leur valeur probante, car les circonstances particulières dans lesquelles certaines preuves sont recueillies ne permettent pas toujours de tirer des conclusions solides quant au comportement habituel d'une partie⁷.

Cette tolérance à l'égard des preuves recueillies de manière illicite est renforcée par un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008⁸. La Cour décide que, sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une

preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Le problème est de déterminer la portée de cette décision. La Cour avait déjà développé une jurisprudence similaire en droit pénal¹. L'arrêt du 10 mars 2008 a été prononcé en matière de chômage. On quitte donc le domaine strict du droit pénal. Mais la Cour fait cependant référence à « l'irrégularité affectant la recherche d'une infraction », ce qui jette un doute sur la généralité de cet enseignement. Cette terminologie est reprise des arrêts pénaux. On se situe toujours dans le cadre de la violation d'une réglementation qui touche à l'ordre public. Il n'est donc pas certain que la Cour ferait preuve d'une même indulgence à l'égard de preuves recueillies illicitement dans un litige qui ne touche qu'à des intérêts purement privés.

120. Enfin, il convient d'être attentif à la manière dont certaines procédures d'administration de la preuve sont utilisées, non pas pour véritablement éclairer le juge mais pour obtenir des informations confidentielles sur les activités d'un concurrent. Il en va ainsi de la production de documents. Cette procédure, organisée par les articles 877 et suivants du Code judiciaire, permet au juge d'ordonner, d'office ou sur demande d'une partie, la production de documents utiles à la solution du litige. Dans certains cas, l'application de ces dispositions peut tourner à l'espionnage industriel. Il appartient alors au juge de prendre toutes les mesures utiles pour protéger les intérêts légitimes de la partie sommée de produire des documents². De même, la saisie contrefaçon, qui doit protéger les droits d'une partie victime d'une contrefaçon, ne peut servir à percer les secrets de fabrication de son concurrent³.

1. Ainsi, ont été écartés les aveux d'une employée obtenus après avoir visionné un enregistrement vidéo effectué de manière illicite : C. trav. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, 392. Pour d'autres exemples de ce type, voir : L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve - questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p.168.
2. Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1507. Dans le cas d'espèce, un huissier de justice, mandaté par un concédant, avait conclu une commande auprès d'un concessionnaire, en méconnaissant sciemment les règles imposées par le contrat de concession, pour vérifier comment réagissait le concessionnaire.
3. Gand, 6 septembre 2006, *D.A. O.R.*, 2007, 326.
4. Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne ; Cour eur. D.H., 23 mars 2006, VITTELLO c/ Italie ; C. Const., 19 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, 1498.
5. Cour eur. D.H., 16 avril 2002, Société Colas Est et autres c/ France.
6. R. PERROT, « Chronique, - droit judiciaire privé », *R.T.D.Ch.*, 2007, p. 638, au sujet d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 15 mai 2007. Voir aussi : D. MERTENS, « Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken », *R.W.*, 2005-2006, p. 1509 et s., au sujet de la provocation, et les références citées par B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, *op. cit.*, p. 53, n° 42.
7. Ainsi, lorsqu'il y a provocation, le fait qu'une faute contractuelle est constatée ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'un comportement habituel de la part de la personne observée - voir B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, *op. cit.*, p. 53, n° 42 ; D. MERTENS, *op. cit.*, p. 1511.
8. R.G. S.07.73.N.

1. Cass., 14 octobre 2003, *NjW*, 2003, 1367 ; *Pas.*, 2003, 1, 1607, concl. DE SWAEF ; *RABG* 2004, 333, note SCHUERMANS ; *R.C.J.B.*, 2004, 405, note KUTY ; *Rev. dr. pén.*, 2004, 617, concl. DE SWAEF ; *R.W.*, 2003-04, 314 concl. DE SWAEF ; *T. Straff.*, 2004, 129, note TRAESE ; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, 1, 500 ; *RABG* 2004, 1061, note SCHUERMANS ; *Rev. dr. pén.*, 2005 (abrégé), 661, note DE VALKENEEER ; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, 211 ; *J.L.M.B.*, 2005, 1086, note BEERNAERT M.-A. ; *Journ. proc.*, 2005, 23, concl. VANDERMEERSCH, note TOUSSAINT ; *Pas.*, 2005, 1, 505, concl. VANDERMEERSCH ; *RABG* 2005, 1161, concl. M.P., note BERNEMAN ; *Rev. dr. pén.*, 2005, 668, concl. VANDERMEERSCH, note DE VALKENEEER ; *Chron. D.S.*, 2006, liv. 1, 10, note ; Cass., 12 octobre 2005 ; *J.T.*, 2006, 109 ; *J.L.M.B.*, 2006, 585, note ; *Pas.*, 2005, 1, 1904 ; *Rev. dr. pén.*, 2006, 211 ; *T. Straff.*, 2006, 25, note VERBRUGEN.
2. Voir : D. MOUGENOT, « Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction », *R.D.J.P.*, 2007, p. 239 et s., spéc. n° 19. Sur le droit à la protection des secrets d'affaires, voir : C. Const., 19 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, 1498.
3. F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, « Preuve des atteintes aux droits de propriété intellectuelle : impact de la transposition en droit belge de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle », *Nouveautés en matière d'expertise et de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 94 ; B. VAN REEPINGHEN et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en point de mire », *J.T.*, 2008, pp. 149 et s., n° 6 et s.

Section 5

Le rôle du juge

121. Application du principe dispositif

En droit privé, la procédure est dominée par le **principe dispositif**, en vertu duquel la direction du procès appartient aux parties et non au juge. Le demandeur limite comme il l'entend l'objet de sa demande en précisant les faits et les actes juridiques qui fondent sa prétention¹. En vertu du principe dispositif, le juge ne peut jamais se fonder sur des éléments de fait qui ne lui ont pas été soumis par les parties et ne peut jamais faire état de ses connaissances personnelles.

Ce dernier point doit s'entendre raisonnablement : le juge peut fonder son appréciation sur ce qui est d'expérience générale ou de notoriété publique, c'est-à-dire sur ce que tout homme moyennement cultivé est censé connaître ou peut puiser dans des sources accessibles à tous et dont l'exactitude est suffisamment établie². Il en va ainsi d'une définition trouvée dans un dictionnaire usuel³. En revanche, il convient de se montrer prudent en ce qui concerne les informations accessibles sur internet : la Cour de cassation a sanctionné le juge qui avait consulté sur internet des fiches toxicologiques sur la toxicité du méthanol⁴. Cependant, on ne pourrait déduire de cette décision que toute information trouvée sur internet est à rejeter. Sans doute le juge devrait-il se limiter à certaines sources publiques reconnues et d'utilisation courante pour les juristes, telles les sites du Conseil d'Etat, de la Cour constitutionnelle...

Le rôle du juge (ce qu'on appelle « l'office du juge ») a toutefois considérablement évolué ces dernières années sous l'impulsion de changements législatifs et de modifications de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La loi du 26 avril 2007 a augmenté les prérogatives du juge en ce qui concerne le contrôle de l'avancement de la procédure⁵. La Cour de cassation admet par ailleurs désormais que le juge peut soulever toute question de droit, sauf accord des parties en sens contraire. Il peut librement donner une qualification juridique différente de celle proposée par les parties aux

faits avancés par les parties ou à l'objet de leur demande¹. Cette jurisprudence a un impact capital dans toutes les branches du droit mais aussi en droit de la preuve. En effet, il est désormais clairement admis que le juge peut soulever d'office des questions qui ne touchent pas à l'ordre public, pour autant qu'elles résultent du dossier qui lui est soumis et que les parties n'aient pas exclu de commun accord toute contestation à ce sujet². Or, comme nous le verrons plus loin, la matière de la preuve n'est pas d'ordre public. Cette vision moderne de l'office du juge est donc de nature à accroître le rôle actif du juge dans ce domaine, même si les limites exactes de son intervention restent encore à déterminer en matière de preuve.

122. Pouvoirs du juge en matière de preuve

Dans le domaine des preuves, le juge s'est vu attribuer par le Code judiciaire des pouvoirs étendus : il peut ordonner d'office les procédures de réception des preuves, les combiner entre elles et en assurer le contrôle³.

Non seulement le juge peut ordonner aux parties de produire des éléments de preuve dont elles disposent (voir nos 112 et 120) mais il peut, en vertu de l'article 877 du Code judiciaire ordonner à un tiers la production d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent⁴. Il peut, s'il l'estime utile à la manifestation de la vérité, ordonner d'office une audition de témoins (enquête), une expertise, une vue des lieux ou une comparaison personnelle des parties. La loi du 15 mai 2007 relative à l'expertise a considérablement accru l'emprise du juge sur le déroulement de l'expertise⁵. Ainsi, la fixation du délai de l'expertise relève exclusivement de l'appréciation du juge. C'est lui qui fixe le montant des provisions à verser par les parties. Le juge est tenu d'assurer un contrôle strict de la mission, en consultant les procès-verbaux des réunions adressés par les experts, en convoquant l'expert et les parties lorsque le délai est dépassé, etc.

1. A. FETTWIS, *op. cit.*, n° 63B.

2. G. STEVIGNY, « La charge de la preuve en matière civile », *J.T.*, 1957, p. 745 et s., spéc., n° 23 et s.

3. Cass., 19 septembre 2002, R.G. C.01.0334.F.

4. Cass., 26 juin 2002, *Pas.*, 2002, I, 1434, concl. LOOP ; *Rev. dr. pén.*, 2002, 1080, concl. M.P. ; *R.G.A.R.*, 2002, liv. 8, 13.617.

5. Pour un commentaire de ces dispositions, voir, notamment, les ouvrages : *Le procès civil accéléré?*, Bruxelles, Larcier, 2007 ; *Le droit judiciaire en mutation*, Liège, Anthémis, 2007 et *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het gerechtelijk Wetboek met het oog op bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Bruges, La Chartre, 2007.

1. Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, 659 ; Cass., 23 octobre 2006, R.G. S.05.0010.F ; sur l'évolution récente de l'office du juge, voir J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *Le droit judiciaire en mutation*, Formation permanente CUP, vol. 95, Liège, Anthémis, 2007, p. 213 et s.

2. Voir à ce sujet le chapitre bien nommé « Dilution de la spécificité de l'ordre public au regard de l'activisme du juge moderne », dans l'article suivant : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *Actualités en droit judiciaire*, Formation permanente CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 229 et s.

3. A. FETTWIS, *op. cit.*, n° 56, d.

4. La production forcée de pièces se heurtera parfois à certaines limites résultant du secret professionnel, du secret des affaires ou au caractère confidentiel de certains documents tels que les lettres missives.

5. Voir notamment l'ouvrage : *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2007.

Section 6 L'apport du Code judiciaire

123. Textes du Code judiciaire en matière de preuve

Traditionnellement, les textes relatifs à la preuve sont répartis entre le droit matériel (art. 1315-1369, C. Civ.; art. 20-25, C. com.) et le droit de la procédure (art. 870-1016, C. jud.).

C'est dans le Code judiciaire que l'on trouve ce qui concerne les modalités d'administration des preuves. On y décrit la procédure à suivre pour obtenir un avis sur un point technique particulier (expertise), entendre des témoins (enquête) ou les parties elles-mêmes (interrogatoire des parties ou comparution personnelle) ou encore pour examiner les lieux du litige (descente sur les lieux ou vue des lieux).

Il convient de souligner qu'il n'existe aucune différence, dans le droit de la procédure, entre un procès civil et un procès commercial. Qu'il s'agisse d'interroger les parties, d'entendre des témoins, de réaliser une expertise... tout se passe de la même manière.

Section 7. Le référé et l'expertise

Il est opportun de consacrer quelques lignes à deux procédures qui, sur le plan des preuves, jouent un rôle important dans les procès commerciaux.

§ 1. LE RÉFÉRÉ

124. Notion

Le président du tribunal de première instance (en toute matière) et le président du tribunal de commerce (en matière commerciale), siégeant seuls¹, sont compétents, aux termes de l'article 584 du Code judiciaire, pour statuer au provisoire, dans les cas dont ils reconnaissent l'urgence. C'est ce qu'on appelle la « procédure en référé ». L'expression « au provisoire » signifie que la décision du juge des référés ne lie pas le juge du fond qui sera éventuellement saisi par après².

1. Pour rappel, les chambres des tribunaux de commerce sont constituées d'un magistrat professionnel et de deux juges consulaires. En référé, le juge professionnel siège seul. Voir n° 85 et s. Sur le référé, voir aussi n° 95.

2. Cass., 9 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 48; Cass., 31 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, 148.

Il arrive que certaines situations évoluent rapidement et que l'on doive procéder à des constatations qui risqueraient de ne plus pouvoir être faites ultérieurement dans un procès au fond.

Le président pourra dans ce cas « prescrire à toutes fins des constats ou des expertises même en y comprenant l'estimation du dommage et la recherche de ses causes » (art. 584, al. 4, 2°, C. jud.). La procédure de référé est donc fréquemment utilisée pour la recherche de preuves. Pour obtenir une condamnation au fond, il conviendra toutefois de s'adresser au tribunal et non plus au président seul.

§ 2. L'EXPERTISE

125. Notion

Le développement des techniques de tous genres et la multiplication des questions que cela pose obligent les tribunaux à recourir de plus en plus souvent à des experts, à qui ils confient une mission de constat ou d'avis : experts en automobiles pour les problèmes de circulation, réviseurs d'entreprise et experts comptables pour l'examen des comptabilités, ingénieurs et techniciens pour tout ce qui concerne les fabrications, architectes pour les innombrables procès relatifs aux travaux publics et privés, etc.

Non seulement l'expert donnera un avis sur les éléments techniques de la cause mais son travail permettra également d'étoffer les éléments de fait du dossier. L'expertise constitue donc un mode de preuve fréquemment utilisé, notamment en matière commerciale, compte tenu de la technicité des litiges qui peuvent opposer des commerçants.

« Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conviction s'y oppose » (art. 962, C. jud.). Cela signifie que l'avis de l'expert ne lie pas le juge mais, s'il s'écarte des conclusions des experts qu'il a désigné, il doit, sur ce point, motiver sa décision¹. Cependant, les constatations de fait réalisées par l'expert ont valeur de présomption² (sur la notion de présomption, voir *infra*, n° 155).

1. Cass., 8 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, 699; Cass., 22 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 114; Cass., 28 septembre 1981, *Pas.*, 1981, I, 164 (sommaire).

2. Cass., 14 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 71; *R.W.*, 1985-1986, 1027; Cass., 11 décembre 1997, *Bull. ass.*, 1997, 1422.

Chapitre II. La liberté des preuves en droit commercial

Bibliographie importante

- CLABOTS, A., « Bewijs van handelsverbintenissen », *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 2001.
- DIEUX, X., « La preuve en droit commercial », *R.D.C.*, 1986, pp. 84 et s.
- FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, t. I, Gand, Rombaut-Fecheyr, 1946.
- GOUBEAUX, G. et BIHR, P., *Répertoire de droit civil*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993.
- MINIAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « Het bewijsrecht in burgerlijke zaken », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MOUGENOT, D. et R., *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.
- MOURLON BEERNAERT, F., « Le droit de la preuve », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006.
- TROCH, K., « Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999) », *D.A. O.R.*, 2001, p. 102 et s.
- VAN RYN, J. et HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN, L., « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.

Section I Plan adopté

126. Plan de l'exposé

Avant la description des grandes lignes du régime commercial des preuves, on trouvera une synthèse des règles contenues dans le Code civil. On pourrait s'en étonner. Il ne faut cependant pas perdre de vue deux aspects de la question :

- le régime de la liberté des preuves en droit commercial comporte d'importantes exceptions, c'est-à-dire des matières dans lesquelles l'écrit est exigé (voir n° 137

LA LIBERTÉ DES PREUVES EN DROIT COMMERCIAL

et s.) ; cela constitue autant de résurgences, à tout le moins partielles, des règles du Code civil ;

- ainsi que nous l'expliquerons, sauf convention contraire, lorsqu'un commerçant est amené à prouver contre un non-commerçant, il doit le faire en se conformant aux exigences du droit civil (actes mixtes, voir n° 135).

Il est dès lors extrêmement fréquent qu'un commerçant doive s'en référer au Code civil pour démontrer le bien-fondé de ses allégations.

Section 2 Caractéristiques du système civil

127. Preuve légale

Le système adopté par le Code civil est un système **légal** (par opposition au système moral de l'intime conviction), dans lequel les modes de preuve sont énumérés par la loi et hiérarchisés¹.

Ces modes de preuve définis par la loi sont au nombre de cinq : les **écrits** (authentiques ou sous seing privé), les **témoignages**, les **présomptions**, l'**aveu** et le **serment**. Il n'en existe point d'autres².

Ils sont hiérarchisés : au sommet se trouve la preuve écrite préconstituée³, qui jouit d'une considérable primauté. A un échelon inférieur viennent ensuite les témoignages et les présomptions. Quant au serment et à l'aveu, ils jouent un rôle particulier qui sera exposé dans la suite (voir n° 161 et s. et 171 et s.).

128. Les règles de la preuve ne sont pas d'ordre public

Il est important de souligner que les règles établissant la hiérarchie des preuves **ne sont pas d'ordre public**⁴. Deux personnes en relations habituelles pourraient convenir d'établir entre elles un système de preuve simplifiée ne répondant pas aux exigences du Code civil.

1. Cass., 11 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 333.

2. Si on ne tient pas compte des modes de preuve spécifiques du droit commercial et des procédures d'administration de la preuve mises en place par le Code judiciaire.

3. On dit préconstituée parce que l'écrit est rédigé avant la survenance du litige. A l'inverse, les auditions de témoins ou l'examen des indices du dossier (présomptions) ont toujours lieu après que le litige soit né.

4. Cass., 21 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 692 ; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 651 ; Cass., 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 949 et note ; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 695 et note.

Les dérogations aux règles de la preuve sont fréquentes dans les contrats ou les conditions générales des commerçants. Ainsi les règlements des opérations bancaires indiquent que les tickets délivrés par les guichets électroniques sont sans valeur probatoire. A une époque où la validité de la signature électronique était encore discutée, ces règlements stipulaient que l'utilisation simultanée du code personnel (PIN) et de la carte magnétique valait signature.

Section 3

La prééminence de l'écrit en matière civile

129. Principe et exceptions

La règle, inscrite à l'article 1341 du Code civil, peut s'énoncer en deux propositions :

- a. A partir de 375 euros, la preuve préconstituée écrite est exigée pour prouver **tous les actes juridiques**. Cela s'applique donc aux manifestations de volonté ayant pour but direct et immédiat de créer, modifier ou éteindre des obligations ou des droits.
En revanche, la preuve est libre en ce qui concerne les **faits juridiques** c'est-à-dire ceux auxquels la loi attache des conséquences qui n'ont été voulues par personne (ex. : un cas de force majeure ou une faute involontaire).
- b. Il est interdit de prouver **contre ou outre un écrit** existant par témoignages ou présomptions et ce, sans considération de la somme en jeu. La preuve contraire d'un écrit ne peut être qu'un autre écrit.

Cette règle fondamentale comporte des exceptions notoires c'est-à-dire des cas dans lesquels la preuve peut être faite par témoignages ou présomptions :

- a. lorsqu'il existe un **commencement de preuve par écrit** (art. 1347, C. civ.) c'est-à-dire :
 - un écrit quelconque, signé ou non,
 - émanant de celui contre qui l'on veut prouver ; à la rigueur, l'écrit peut avoir été rédigé par un tiers mais celui à qui on l'oppose se l'est approprié en acceptant son contenu¹,
 - rendant vraisemblable le fait allégué.

1. Cass., 12 février 1987, *Pas.*, 1987, I, 709 ; Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 960 et note.

Exemples : un contrat signé par une seule partie, une reconnaissance de dette irrégulière, un acte authentique irrégulier, un écrit non signé dont l'origine n'est pas douteuse, une lettre de change non datée, une quittance non signée, un acte de cautionnement qui ne mentionne pas la somme en chiffres...

- b. lorsque l'on s'est trouvé dans l'**impossibilité matérielle ou morale** de se constituer un écrit (art. 1348, C. civ.).

Exemples : une convention conclue entre époux ou membres proches d'une même famille, une convention conclue entre employeur et employé... Dans ces différentes hypothèses, il peut être délicat d'exiger la rédaction d'un écrit signé.

- c. lorsqu'un écrit existait mais qu'il a été **perdu** par force majeure (art. 1348, al. 2, 4°, C. civ.).

Exemple : l'original d'un contrat a été détruit dans un incendie.

Ces règles ne concernent que les auteurs de l'acte et **non les tiers** qui y sont étrangers. Ceux-ci pourront utiliser tous les moyens de preuve. Ainsi, un tiers pourra-t-il prouver, par témoignages ou par présomptions, que X a donné un mandat à Y¹.

Ces règles sont applicables **non seulement** à la formation mais aussi à l'extinction et à la résiliation des conventions.

Section 4

Le formalisme de l'écrit

130. Exigences formelles supplémentaires

La loi civile ne se borne pas à exiger un écrit préconstitué pour prouver tout acte juridique portant sur une valeur de 375 euros et plus.

- a. Dans certains cas, elle exige que l'écrit revête la forme **authentique**, ce qui nécessite l'intervention d'un officier public tel qu'un notaire. Ex. : le contrat de mariage doit être notarié.
- b. Les écrits sous seing privé (voir *infra* n° 145) destinés à constater un contrat synallagmatique doivent être rédigés en autant d'exemplaires originaux que de parties ayant un intérêt distinct. Chaque exemplaire doit contenir la mention du nombre d'originaux (art. 1325, C. civ.). C'est ce que l'on appelle couramment

1. Cass., 29 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, 998.

la **formalité du double**, en visant ainsi le cas le plus fréquent où deux personnes seulement sont en présence.

- c. Les écrits sous seing privé qui constatent l'engagement **unilatéral** d'une personne de payer à une autre une somme d'argent doivent être entièrement écrits de la main de leur auteur ou comporter la mention manuscrite « bon » ou « approuvé » portant en toutes lettres la somme due (art. 1326, C. civ.). C'est ce que l'on appelle communément la règle du « **bon pour** ».
- d. Craignant des tromperies sur la **date**, le Code civil (art. 1328) décide que la date indiquée dans un acte sous seing privé n'est opposable aux tiers que du jour où cet acte a été soumis à la formalité de l'enregistrement ou du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique. La loi ajoute, avec bon sens, également du jour de la mort de celui ou de ceux qui l'ont souscrit.
- e. L'exigence fréquente de faire précéder la signature de la mention « **lu et approuvé** » n'est prescrite par aucun texte. Elle est dépourvue de toute justification juridique mais peut inciter en pratique le signataire à une plus grande attention.

Section 5

La preuve libre en matière commerciale

131. Principe

A l'encontre du système civil qui vient d'être décrit, le droit commercial, suivant en cela une ancienne tradition, a adopté le régime de la liberté des preuves. Cette importante dérogation est annoncée par le Code civil : l'article 1341 qui formule la prééminence de l'écrit (voir n° 129) comporte un second alinéa ainsi rédigé : « **le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce** ».

L'article 25 du Code de Commerce (L. du 15 décembre 1872) consacre le principe : « **Indépendamment des moyens de preuve admis par le droit civil, les engagements commerciaux pourront être constatés par la preuve testimoniale dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre, sauf les exceptions établies par des cas particuliers** ».

Une première approche de ce texte appelle les commentaires suivants :

- a. en matière commerciale, l'écrit n'est pas écarté a priori ;
- b. la preuve par témoins est en principe toujours possible mais soumise à l'autorisation du juge ;

- c. il existe des exceptions à ce principe, c'est-à-dire des cas dans lesquels la preuve écrite d'engagements commerciaux est exigée par la loi ;
- d. une doctrine et une jurisprudence unanime ont assimilé la **preuve par présomptions** à la preuve par témoins ;
- e. bien que le texte ne vise que les « engagements » on admet qu'il est également applicable à l'**extinction** des obligations commerciales¹.

Ainsi donc, en matière commerciale, sauf exceptions légales et sous le bénéfice du contrôle du juge, la **preuve testimoniale (par témoins)** et la **preuve par présomptions** sont toujours admissibles.

C'est là un corollaire de la rapidité qui doit souvent présider aux transactions commerciales qui s'accroissent mal des formalités du droit civil. On peut ajouter que les commerçants qui ont l'expérience d'actes maintes fois répétés sont bien placés pour apprécier ce qui est ou non requis par la prudence.

On a aussi fait observer que le régime de liberté des preuves induit une marge d'appréciation importante chez les juges. Un tel système suppose donc une grande confiance dans les tribunaux, ce qui n'était pas l'état d'esprit des auteurs du Code civil².

Section 6

Conséquences de la liberté des preuves

132. Dérogation au formalisme du Code civil

Le système commercial de la liberté des preuves anéantit pour une très large part l'édifice civil construit en faveur de l'écrit :

- a. la preuve d'un contrat, quelle que soit la valeur de son objet, peut être faite par témoins ou par présomptions sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit ;
- b. si un écrit a été dressé, la preuve peut être faite par tous moyens **contre** les mentions ou **au-delà** des mentions de cet écrit ;

1. *Case.*, 13 avril 1967, *Pas.*, 1967, I, 956 ; *Cass.*, 12 septembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 46.

2. Sur l'exemple hollandais du régime de liberté des preuves, voir J. LAENENS, « *Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken* », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 273 et s., spéc. p. 285.

- c. l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable ; l'écrit constatant un contrat synallagmatique ne doit pas être rédigé en plusieurs exemplaires ;
- d. l'article 1326 s'efface également : la formalité du « bon pour » n'est pas exigée pour l'engagement de payer une somme d'argent ;
- e. l'article 1328 relatif à la date certaine ne s'applique pas aux actes de commerce ; la date indiquée dans ceux-ci fait foi jusqu'à preuve du contraire¹.

133. Rapprochements avec la preuve civile

Malgré ce tableau assez impressionnant, la différence entre le régime civil et le régime commercial n'est pas aussi grande qu'il apparaît à première vue.

Au civil, à côté de l'écrit « classique » décrit à l'article 1325, on admet unanimement la valeur probante des lettres missives. Or, de nombreuses conventions commerciales se forment par correspondance. Sur ce point, les deux régimes se rejoignent.

Interprétant l'article 1347 du Code civil relatif au commencement de preuve par écrit, la jurisprudence a été aussi loin que possible, dépassant ainsi la lettre de la loi, qui exige que l'écrit émane de celui à qui on l'oppose (voir n° 129). En ce faisant, on a ouvert une porte à la preuve libre en matière civile.

Enfin, et nous aurons l'occasion d'y revenir (voir n° 154), la preuve testimoniale n'est accueillie en matière commerciale qu'avec circonspection de sorte qu'à cet égard, la situation n'est pas tellement différente de celle qui prévaut dans le domaine civil.

Si l'on veut faire un bilan, on peut dire, d'une part, que l'écrit garde en matière commerciale une importance considérable mais qu'il est dégagé du formalisme dont l'entoure la loi civile et, d'autre part, que c'est sur le plan des **présomptions** que l'avancée est la plus forte dans le domaine commercial comparé au système civil.

Section 7

Critère d'application de la preuve libre : nature de l'acte

134. Principe

Ce qui entraîne l'application du régime de la preuve libre c'est la **nature commerciale de l'acte** à prouver.

1. Cfr. P. VAN OMMELAGHE, « Examen de jurisprudence - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 722.

Ne sont pris en considération ni le type de juridiction saisie ni la qualité des parties (du moins en principe).

On sait que certains actes isolés sont commerciaux même s'ils sont accomplis par un non-commerçant (voir n° 76 et s.) ; l'engagement qui en résulte pourra être prouvé librement.

Toute juridiction saisie, qu'elle soit civile ou répressive, accueillera les modes de preuve de droit commercial s'il s'agit de prouver une obligation commerciale.

En pratique, en raison du libellé de l'article 2 du Code de Commerce, la qualité de la partie peut cependant jouer un rôle puisque sont présumées commerciales jusqu'à preuve du contraire toutes les obligations des commerçants. Dans un premier temps, la preuve d'une telle obligation pourra être offerte selon le mode commercial mais si le défendeur démontre que l'obligation, à la supposer établie, est étrangère à son commerce, il sera en droit d'exiger l'application stricte des règles du droit civil.

Section 8

Actes mixtes

135. Définition et régime

Il est fréquent qu'une convention soit commerciale dans le chef d'une des parties et civile dans le chef de l'autre ; ex. vente par un commerçant à un simple particulier. Il s'agit d'un **acte mixte**.

A de tels actes, on applique les règles dans toute leur rigueur. Seul celui dans le chef de qui l'acte est civil pourra invoquer le système de la preuve libre contre celui dans le chef de qui l'acte est commercial. Ce dernier sera tenu de suivre les règles civiles. Ainsi arrive-t-il souvent que, dans un litige qui oppose un commerçant à un non-commerçant, le premier soit contraint d'observer les règles civiles de la preuve. D'où cette conséquence importante que tout commerçant en relation d'affaires avec des non-commerçants doit prudemment songer à se réserver des preuves écrites préconstituées.

136. Cas particuliers

La problématique des actes mixtes trouve des solutions assez subtiles dans deux domaines :

- a. application de l'article 1328 du Code civil relatif à l'opposabilité des dates (voir n° 130/d et 132/e). Cet article ne s'applique pas en matière commerciale mais, si l'acte est mixte, on l'appliquera ou non suivant la nature de l'obligation à propos de laquelle on veut opposer l'acte aux tiers¹.
- b. preuve des paiements entre commerçants et non-commerçants. On est ici en pleine controverse. Il semble généralement admis (mais critiqué par certains) que l'extinction de l'obligation du commerçant envers le non-commerçant ne peut être prouvée que suivant les règles du droit civil et, qu'à l'inverse, le non-commerçant peut prouver l'extinction de sa dette par toutes voies de droit².

Section 9 Exceptions au régime de la liberté des preuves

137. Énoncé des exceptions

L'article 25 du Code de Commerce, en posant le principe de la liberté des preuves, annonce l'existence d'exceptions, c'est-à-dire d'actes commerciaux dont la preuve suppose un écrit.

Les exceptions ont tendance à se multiplier, ce qui constitue une réapparition du formalisme (voir n° 138).

Il convient d'observer que ce n'est pas toujours l'effet probatoire qui est visé par la loi. Ainsi, lorsqu'il est exigé que la plupart des sociétés commerciales soient constituées par écrit, il s'agit de règles de forme dont le non-respect est sanctionné par une nullité. Il n'empêche qu'indirectement de telles lois jouent un rôle sur le plan des preuves.

L'obligation de rédiger un écrit en matière commerciale se manifeste de deux manières : ou bien cet écrit est exigé pour la conclusion de contrats (ex. : les assurances) ou bien il s'agit de rédiger des documents qui servent de vecteurs à certaines opérations (ex. : lettres de change).

On peut citer, sans prétendre faire un inventaire complet :

- les contrats d'assurances (art. 10, L. du 25 juin 1992),

1. Cf. Mons, 28 février 1975, *R.G.A.R.*, 1976, n° 9670 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 722 et s. ; *op. cit.* *R.C.J.B.*, 1988, p. 169.
2. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, 2^e éd., n° 43 ; comp. X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *R.D.C.*, 1986, p. 91 et s.

- les actes constitutifs de sociétés, dont certains doivent être authentiques (art. 66, C. soc.),
- les contrats de crédit à la consommation (art. 14, L. du 12 juin 1991),
- les contrats de construction d'habitations et de vente d'habitations à construire (L. du 9 juillet 1971, dite « Loi Breyne »),
- les contrats de mise en gage du fonds de commerce (art. 3, L. du 25 octobre 1919),
- les lettres de change et billets à ordre (art. 1 et 75, L. du 31 décembre 1955),
- les chèques (art. 1^{er}, L. du 1^{er} mars 1961),
- les contrats de transport de marchandises par route (art. 4, CMR),
- les billets de passage et de bagages dans les transports aériens (art. 3 et 4, Conv. internationale du 12 octobre 1929),
- etc.

Les usages commerciaux dérogent parfois à la règle de la liberté des preuves. La Cour de cassation a admis que c'était à bon droit que le juge du fond avait retenu qu'en raison de l'importance et de la fréquence des relations entre deux parties, l'usage exigeait que les réclamations contre les factures soient faites par écrit ou confirmées par écrit en temps utile¹.

Section 10 Formalisme commercial

138. Autres formes solennelles

Il ne suffit pas de dire que, dans certaines matières commerciales, l'écrit est exigé.

Il faut aussi relever que, pour une série d'opérations, la loi exige le respect de formes solennelles, encore que simplifiées. On veut dans ces cas concilier sécurité et rapidité. Ex. : les trois mentions que doit comporter une lettre de change (art. 1^{er}, L. du 31 décembre 1955).

1. Cass., 29 mars 1976, *Par.*, 1976, I, 833.

On a cru pouvoir dire que ce formalisme « autrement impérieux que celui du droit civil détruit le principe de la liberté des preuves »¹. Une telle affirmation comporte une part de vérité ; encore faut-il remarquer que l'on se trouve en présence d'un ritualisme simplifié cantonné dans certaines matières.

Titre II

Les modes de preuve

1. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1977, T. I, n° 344.

Chapitre I

Les modes de preuve du droit commun

Bibliographie importante

- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967.
- GOUBEAUX, G. et BIHR, P., *Répertoire de droit civil*, v^o Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993.
- MINJAUX, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « Het bewijsrecht in burgerlijke zaken », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MOUGENOT, D. et R., *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.
- MOURLON BEERNAERT, F. et GAUDY, A., « Le droit de la preuve », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006.
- VAN OMMELAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 145 et s.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN, L., « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.

Section 1

Plan

139. Plan de l'exposé

Nous examinerons ici, dans une perspective commerciale, les différents modes de preuve énoncés par le Code civil :

- acte authentique et acte sous seing privé,
- témoignages,
- présomptions,
- aveu,
- serment.

Dans les chapitres suivants, nous examinerons les problèmes spécifiques liés à l'utilisation des technologies nouvelles d'information et de communication, ainsi que les modes de preuve propres au droit commercial.

Section 2

Notions de base : recevabilité, valeur probante, force probante

140. Recevabilité

La recevabilité traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice. La preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée. C'est le stade préliminaire de la réception des preuves. Généralement, la recevabilité est régie par la loi. Il en va ainsi de toutes les dispositions qui requièrent un écrit pour la preuve d'un acte juridique. L'exemple le plus évident est l'article 1341 du Code civil, qui dispose que seule la preuve littérale est recevable pour rapporter la preuve d'un acte juridique entre particuliers dont la valeur dépasse 375 euros. Toutefois, plus largement, on peut aussi considérer que relèvent de la recevabilité des preuves l'interdiction de recourir à des modes de preuve violant le secret professionnel ou la vie privée, ou encore des preuves non pertinentes pour établir l'acte ou le fait litigieux (voir *supra*, n° 119)¹.

141. Valeur probante

La valeur probante d'une preuve est son aptitude à emporter la conviction du juge. C'est son caractère convainquant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience². C'est l'étape suivante du processus de réception des preuves. En effet, il ne suffit pas qu'une preuve soit recevable et puisse donc être prise en considération, encore faut-il qu'elle puisse amener le juge à considérer l'objet de la preuve comme établi. La valeur probante d'un moyen de preuve dépend essentiellement des éléments de fait du litige dans lequel il est invoqué.

1. G. GOUBEUX et P. BIHR, *Rép. Droit civil Dalloz*, v° preuve, n° 169.

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

142. Force probante

La force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties. Cette notion comporte donc une double facette :

- à l'égard du juge, la force probante indique dans quelle mesure celui-ci est lié par le mode de preuve qui lui est proposé¹.
- à l'égard des parties, la force probante précise dans quelle mesure celles-ci sont autorisées à rapporter la preuve contraire du fait ou de l'acte allégué.

Force probante et valeur probante sont inversement liées. Lorsque la force probante d'un mode de preuve est importante ou forte (preuve littérale, aveu, serment...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve : il doit l'accepter tel quel, sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsque la force probante du moyen de preuve est faible ou incertaine (témoignages, présomptions, copies...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve. Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il est confronté à un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes.

Section 3

Acte authentique

143. Les actes authentiques en matière commerciale

Les actes authentiques ne se rencontrent guère en matière commerciale : on peut citer les actes notariés constitutifs de sociétés anonymes, S.P.R.L. et société en commandite par action ainsi que les ouvertures de crédit hypothécaire.

Leur rédaction est soumise aux règles du droit civil et du régime propre au notariat.

1. L'exemple le plus parlant est celui de l'aveu : il lie le juge, même si celui-ci n'est nullement convaincu de la sincérité de la personne qui avoue et de la réalité du fait avoué. Voir : D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 288.

144. Force probante de l'acte authentique

Quant à leur force probante, il faut distinguer dans l'acte deux espèces d'énonciations :

- a. Tout ce qui concerne l'écriture et les constatations faites par le notaire dans les limites de sa mission est couvert par l'authenticité. La preuve contraire n'est possible que par **inscription de faux**.

Dans le but de donner toute leur valeur aux actes authentiques, la loi réglemente rigoureusement les conditions dans lesquelles il est possible d'attaquer dans un tel acte les énonciations qui émanent de l'officier public rédacteur : notaire, huissier de justice, officier de l'état civil etc. (ex. : tel jour, à telle heure, a comparu devant nous, M. X domicilié à tel endroit, lequel nous a déclaré...). Ces énonciations qui sont des affirmations provenant de l'officier public lui-même ne peuvent être renversées qu'à la suite d'une inscription de faux couronnée succès c'est-à-dire soit d'une procédure civile minutieuse décrite aux articles 895 à 906 du Code judiciaire dirigée contre l'acte lui-même (inscription de faux au civil), soit d'une plainte en faux dirigée contre l'officier public (faux pénal), laquelle déclenchera la procédure prévue aux articles 448 à 464 du Code d'Instruction criminelle et pourra se terminer par la condamnation du faussaire à de lourdes peines¹.

- b. Les énonciations qui émanent des parties elles-mêmes et que le notaire n'a pas l'obligation de vérifier (notamment la sincérité de ce qui est déclaré et convenu) n'ont pas la même solidité ; elles ne valent que jusqu'à **preuve du contraire**. Celle-ci devra-t-elle être administrée en conformité avec les règles civiles, c'est-à-dire par écrit, ou, comme il s'agit d'un acte commercial, pourra-t-elle être rapportée par toute voie de droit notamment par témoignage ? La solution est incertaine. La jurisprudence est presque inexistante. Un auteur penche pour la seconde opinion, c'est-à-dire la preuve par toutes voies de droit² mais le contraire a été jugé en matière d'assurance, donc dans un domaine où l'écrit est obligatoire³.

1. M. RENARD, « Force probante et force exécutoire des actes notariés », *Rép. not.*, T. XI, n° 202 et s.
2. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 54.
3. Bruxelles, 22 octobre 1965, *R.G.A.R.*, 1966, n° 7573.

Section 4

Acte sous seing privé

§ 1. NOTION ET IMPORTANCE

145. Notion

L'acte sous seing privé est un écrit rédigé par les parties et signé par elles, par opposition à l'acte authentique, qui suppose l'intervention d'un officier public (notaire, ...) ou aux écrits non signés. Nous visons ici l'écrit signé préconstitué destiné à servir de preuve, tout particulièrement le contrat.

Malgré le principe de la liberté des preuves, l'écrit conserve un rôle important, même en matière commerciale. Le contrat écrit est de nature à éviter les aléas de la preuve par présomptions et, plus encore, de la preuve par témoins.

Les écrits sont donc nombreux en matière commerciale et, sauf les exceptions que nous avons rencontrées (voir n° 138), ils échappent à la règle du double et à celle du « bon pour » (voir n° 130/c) ; leur date fait foi à l'égard des tiers jusqu'à preuve du contraire¹ ; la preuve contre ou outre peut se faire par témoins et présomptions (voir n° 132). Il semble cependant rare que les tribunaux acceptent de fonder leur conviction sur des témoignages ou des présomptions contre un acte écrit sous seing privé².

Ce qui précède est dit sous réserve de ce qui a été expliqué pour les actes mixtes lorsqu'il s'agit de prouver contre un non-commerçant (voir n° 135).

§ 2. CONTENU

146. Contenu

Puisque nous envisageons ici un acte préconstitué pour servir de preuve, il doit, en principe, pour avoir sa pleine force probante, relater la totalité du *negotium* c'est-à-dire de ce qui est voulu par son auteur (ou ses auteurs, s'il s'agit d'un contrat).

1. Ce point très généralement admis est cependant controversé. Cf. X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *R.D.C.*, 1986, p. 97 et s.
2. *Ibid.*, p. 94.

§ 3. FORME

147. Exigences de forme

Il importe peu qu'il soit manuscrit, dactylographié ou imprimé.

C'est ainsi que les contrats-types imprimés, généralement appelés « *contrats d'adhésion* » (voir n° 269), qui ne sont l'objet d'aucune négociation préalable, font foi de la même manière qu'un contrat « sur mesure ». Si les mentions imprimées étaient contredites par certaines mentions manuscrites, on se trouverait en présence d'un problème d'interprétation. Il faudrait notamment se souvenir que les contrats s'exécutent de bonne foi et qu'en cas de doute, un pareil contrat, en vertu de l'article 1162 du Code civil, devrait s'interpréter en faveur de la partie qui s'est obligée. Il existe également un principe d'interprétation (l'interprétation « *contra proferentem* ») qui amène à interpréter ce type d'acte contre celui qui l'a rédigé¹ (voir n° 329 et s.).

§ 4. SIGNATURE²

148. Fonctions de la signature

Elle constitue l'élément capital de l'acte. Son rôle est double :

- elle confère à l'acte la garantie de son origine.

Il est possible que celui à qui on oppose un acte dénie sa signature ou sa prétendue signature ou encore, s'il s'agit d'un héritier ou ayant cause, qu'il déclare ne pas connaître celle de son auteur. Dans les deux cas, aux termes de l'article 1324 du Code civil, il y a lieu de recourir à la « vérification d'écriture ». Il s'agit d'une procédure assez lourde (à ne pas confondre avec celle de faux), organisée par les articles 884 à 894 du Code judiciaire, à l'effet de constater si un acte sous seing privé a été réellement écrit et signé par la personne à laquelle il est attribué. Le juge exige la production de pièces de comparaison et, généralement, il aura recours à un expert en graphologie.

- elle manifeste la volonté du signataire de s'approprier le contenu de l'acte ; en signant, il transforme en un acte définitif ce qui, jusqu'alors, n'était qu'un projet.

1. P. WERY, « L'interprétation *contra proferentem* », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1050 et s.

2. Pour de plus amples développements, cf. : M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », *R.C.J.B.*, 1985, p. 65 et s. ; P. VAN EECHE, *De handtekening in het recht - van pennentrek tot elektronische handtekening*, Bruxelles, Larcier, 2004.

La signature est la marque manuscrite du nom de son auteur portée sur l'original de l'acte¹. Il s'agit du graphisme qui révèle habituellement l'identité du scripteur. Il n'est pas exigé qu'il soit lisible ou qu'il comporte le nom entier ni même un nom conforme à l'état civil. L'emploi de simples initiales ne paraît cependant pas suffisant : il est dès lors douteux qu'un simple paraphe constitue une signature². Cette définition ne s'applique qu'à la signature manuscrite. La signature électronique est soumise à un régime différent (voir *infra*, n° 177).

En matière civile, on écartera comme étant sans valeur la signature par copie — carbone³ ou par photocopie ou scanner. Entre commerçants ou à l'égard d'un commerçant, de semblables procédés pourraient théoriquement être admis mais, comme toujours, sous le contrôle du juge et à la condition que ce dernier trouve fiable ce substitut de signature. Il est toutefois fort probable que le juge fasse preuve de méfiance et il est dès lors dangereux de remplacer sa signature par un cachet ou un procédé similaire⁴.

Comme la signature comporte l'adhésion à un acte, sa place normale est au pied, c'est-à-dire à la fin de l'acte, couvrant ainsi tout son contenu. Si elle se trouvait à un autre endroit, il appartiendrait au juge de décider si elle couvre l'ensemble⁵.

La signature donnée en blanc est parfaitement valable. Cela est admis depuis tout temps et cela peut évidemment rendre service, pour autant que l'on puisse faire confiance à celui à qui le blanc seing est remis. L'abus de blanc seing est un faux pénalement punissable.

Notons que, contrairement à ce qui est exigé pour les actes notariés, aucune disposition légale n'exige que les différents feuillets d'un acte sous seing privé soient paraphés.

§ 5. LIEU ET DATE

149. Mentions du lieu et de la date

Ces mentions sont facultatives et ne sont pas exigées pour la validité de l'acte. Il se peut cependant que la date ait de l'importance : son indication est alors recommandée.

1. Cass., 2 octobre 1964, *Par.*, 1965, I, 106.

2. B. VAN BAEVEGHEM, « De paraaf: 'Slip of the pen' of geldige handtekening », *R.G.D.C.*, 2006, p. 593 et s.

3. Cass., 28 juin 1982, *Par.*, 1982, I, 1286 ; *R.G.A.R.*, 1985, p. 57.

4. L. BEAUPAIN, « Signature à la griffe », *J.T.*, 1967, p. 4.

5. P. VAN EECHE, *op. cit.*, p. 257, n° 323 ; B. VAN BAEVEGHEM, *op. cit.*, p. 599.

Exceptionnellement, la loi exige la mention de la date ou du lieu ou les deux pour certains documents (ex. : chèques, loi uniforme, art. 1^{er} ; lettre de change, loi du 31 décembre 1955, art. 1^{er} ; etc.).

§ 6. FORCE PROBANTE DE L'ÉCRIT COMMERCIAL

150. L'acte sous seing privé en matière commerciale

Nous avons dit qu'il est rare que la signature soit contestée et qu'il n'est pas fréquent qu'un tribunal, même en matière commerciale, autorise la preuve contraire du contenu d'un acte par témoins ou présomptions. Une telle preuve devra généralement être administrée par écrit comme en matière civile. Pratiquement on pourra dès lors appliquer l'article 1322 : « L'acte sous seing privé, reconnu par celui à qui on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou ayants cause, la même force probante que l'acte authentique. »

Section 5 Lettres missives

151. Régime juridique des lettres missives

Après de vives controverses au siècle dernier, on conteste plus à l'heure actuelle que les lettres missives puissent être assimilées aux actes sous seing privé¹ (pour ce qui est du courrier électronique, voir *infra*, n° 183).

De très nombreux contrats commerciaux sont conclus par correspondance et les lettres échangées, par leur rapprochement, établissent les conditions de l'accord intervenu. Il convient de noter que l'usage et la divulgation des lettres missives sont soumis à des restrictions qui soulèvent parfois des questions délicates².

L'expéditeur d'une lettre peut-il s'opposer à sa production en justice par le destinataire ?

Cela est très difficilement concevable en matière commerciale. En effet, d'une part, le destinataire d'une lettre envoyée par des voies normales en devient proprié-

1. Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 66 et note FALLY ; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 248, p. 169 ; *adde* note J. SACE sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, p. 265 et s.

2. Sur le plan des principes, la production d'une lettre suppose qu'on la détienne de manière régulière — ce qui est normalement le cas pour son destinataire — et, en outre, que cette missive n'ait pas un caractère confidentiel. Cf. H. DE PAGE, T. V, n° 1124 et s. ; *R.P.D.B.*, V° Lettres missives, n° 7 et s., 61 et s.

taire et, d'autre part, on n'imagine pas très bien dans quelles circonstances une lettre d'affaires pourrait avoir un caractère confidentiel permettant à son expéditeur de s'opposer à sa production. Jusqu'il y a peu, l'article 16 du Code de Commerce imposait d'enlasser les lettres reçues et de copier les lettres envoyées dans un registre, précisément pour que ces documents puissent servir de preuve¹.

Les choses pourraient se présenter différemment si la personne prétendant produire une lettre n'était pas le destinataire de cette missive.

En effet, toute lettre dont la détention est illicite doit être écartée des débats. Est considérée comme telle toute détention due à la violence, à la fraude ou au simple hasard et ce, même s'il n'y a pas infraction pénale². Un tiers ne pourra donc produire la lettre que si elle lui a été remise en original ou en copie par l'expéditeur ou le destinataire ou encore si elle a été publiée (voir cependant les considérations relatives aux preuves recueillies de manière illégitime, n° 119 et s.).

Dans un autre ordre d'idées, on peut toujours craindre que la personne à qui on a adressé une lettre affirme ne pas l'avoir reçue. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de lettres importantes, la recommandation à la poste s'indique. Les tribunaux la considèrent comme une preuve suffisante de la réception par le destinataire. Si celui-ci prétend que l'enveloppe était vide, il ne sera pas cru s'il n'a élevé aucune protestation et n'apporte aucune preuve à l'appui de son allégation³.

Les contrats conclus par échange de correspondance ne sont pas soumis à tout le formalisme probatoire du Code civil. En particulier, l'article 1325, qui impose la rédaction de deux originaux, leur est inapplicable. En effet, le respect de cette règle est matériellement impossible lorsque chaque partie ne détient que la lettre, en un seul exemplaire, signée par son correspondant. Il eut été illogique d'admettre la conclusion de contrats par correspondance et d'imposer une règle qui condamnerait ce mécanisme sur un plan pratique.

Section 6 Preuves de paiement

152. Modes de preuve des paiements

Un paiement est-il soumis aux règles de preuve de l'article 1341 du Code civil ou peut-il être prouvé par toutes voies de droit ?

1. L'article 16 a été abrogé en 1975, non parce que les lettres auraient perdu leur caractère probant mais parce que le mode de conservation prescrit par le code était un défi à un classement rationnel.

2. H. DE PAGE, *ibid.*, n° 1125.

3. Cass. fr., 11 juin 1964, *J.T.*, 1965, p. 120 et note.

La réponse à cette question n'est plus controversée à l'heure actuelle. En effet, il ne s'est trouvé qu'un seul auteur pour soutenir que le paiement était un fait juridique, susceptible de preuve par toutes voies de droit¹. La doctrine admet depuis lors, de manière unanime, que le **paiement** est un mode d'extinction d'une obligation, donc un **acte juridique**². Il s'ensuit que, en matière civile, le paiement est soumis à l'obligation de **preuve par écrit** – authentique ou sous seing privé – lorsque sa valeur dépasse 375 euros³. La Cour de cassation l'a confirmé à deux reprises⁴.

Il existe deux instruments de preuve spécifiques pour les paiements : les **quittances et les reçus**⁵. En principe, ces documents doivent être signés. À défaut de signature, ils constituent un commencement de preuve par écrit et autorisent la preuve par témoignages ou présomptions⁶.

En matière commerciale toutefois, les paiements pourront être prouvés par toutes voies de droit, compte tenu de la liberté des preuves.

Des règles spécifiques existent pour la preuve des paiements réalisés par voie électronique (voir *infra*, n° 191).

Section 7 Les copies

153. Statut juridique de la copie

On entend par copie la transcription littérale d'un acte faite d'après l'original. Le Code civil y consacre trois articles (1334-1336), dans un paragraphe intitulé : « des copies de titres ». Il est à peine besoin de dire que ces textes, qui remontent à 1804,

visaient un texte recopié sur une autre feuille d'après un original que l'on avait sous les yeux.

Il se déduit de ces textes que les copies n'ont aucune force probante, sauf s'il s'agit d'une copie d'un acte authentique dont l'original n'existe plus et suivant les modalités indiquées à l'article 1335^{1, 2}.

Lorsqu'une copie est produite et que sa conformité à l'original est contestée, celui qui présente la copie peut être contraint de produire l'original.

En revanche, la copie fait foi si son origine et son contenu ne sont l'objet d'aucune contestation.

Aux termes de l'article 1348, 4° du Code civil, lorsqu'il est démontré qu'un titre a été perdu par cas fortuit ou force majeure, la preuve de son contenu peut être faite par témoignages ou présomptions (voir n° 129) ; dans cette hypothèse, une copie pourrait constituer une présomption.

Une copie qui est revêtue d'une signature originale n'est plus une copie mais un original³.

Il va de soi que les techniques ont considérablement évolué depuis la promulgation du Code civil et qu'il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si les données du problème ne sont pas bouleversées par l'utilisation de procédés photographiques ou de télécopieurs (voir *infra*, n° 185).

Section 8. Les témoignages

154. Régime juridique des témoignages

Les auteurs sont unanimes pour souligner les dangers et les incertitudes du témoignage. On ne s'étonnera pas, dès lors, que même en matière commerciale, les

1. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961.
2. J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *Rev. dr. ULB*, 1993, p. 152 ; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *op. cit.*, p. 92, note 57 ; G. GOUBEUX et P. BIHR, *op. cit.*, n° 219 ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, p. 30 ; D. ET R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 40 b et 252 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 1355 ; X. THUNIS et M. SCHAUS, *Aspects juridiques du paiement par cartes*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 45 ; N. VERHEYDEN – JEANMART, *op. cit.*, n° 276.
3. Cette règle connaît toutefois une exception : l'article 1332 du Code civil admet comme preuve du paiement une annotation du créancier sur le titre de créance, même non signée, pour autant qu'elle implique paiement.
4. Cass., 6 décembre 2002, R.G. C 0099N ; Cass., 26 octobre 2006, J.T., 2007, 51.
5. Sur le régime juridique de ces documents, voir : J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 153 et s.
6. D. MOUGENOT, « Paiement et commencement de preuve par écrit », *R.D.J.P.*, 2007, p. 288 et s.

1. M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, n° 143 et s.
2. Bien que cela ait été contesté (X. MALENGREAU, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques », *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 111 et s.), il nous paraît hors de doute que les articles 1335 et 1336 du Code civil ne concernent que les actes authentiques et privés. Il n'en demeure pas moins que les copies de ces actes restent en principe dépourvues de toute force probante, à défaut de texte légal dérogatoire, comme cela est le cas pour les actes authentiques (art. 1335).
3. Cfr. M. RENARD, *op. cit.*, n° 146.

tribunaux hésitent à ordonner des auditions de témoins pour établir la réalité d'actes juridiques¹.

Ils se conforment en cela au vœu du législateur : « Le code s'en repose entièrement sur la prudence des juges pour recevoir ou rejeter les témoignages ; les tribunaux resteront fidèles au vœu de la loi en se montrant très réservés dans l'admission de cette preuve »².

Les exemples abondent de refus par les tribunaux d'ordonner des enquêtes³ :

- quand les parties auraient pu facilement se réserver un écrit,
- quand elles avaient l'habitude de recourir à l'écrit, spécialement pour des opérations importantes,
- quand il existe un usage de se réserver un écrit,
- ou encore quand il s'agit de faits anciens dont la preuve contraire serait difficile.

Plus rares encore seront les cas dans lesquels on autorisera la preuve par témoins contre un écrit.

Rappelons qu'en revanche, lorsqu'il s'agit de prouver un fait et non un acte juridique, la preuve par témoins est toujours admissible et de pratique courante (voir n° 129).

Lorsque cette preuve est autorisée, elle doit se faire sous forme d'enquêtes, c'est-à-dire d'une procédure au cours de laquelle les témoins sont entendus sous la foi du serment, conformément aux règles contenues dans les articles 915 à 961 du Code judiciaire.

1. X. DIEUX, *op. cit.*, p. 86 ; S. FREDERICQ, « L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai d'une solution pragmatique », *R.T.D. Comm.*, 1962, p. 209 et s., n° 15 ; J.-F. LECLERCQ, « Essai d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, U.L.B., 1983, p. 338 et s., n° 12 ; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 56 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, p. 157, n° 238 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, 2e éd., n° 56. Il n'en reste pas moins que le tribunal doit toujours veiller à ne pas méconnaître le droit de principe d'une partie à rapporter par témoins la preuve de ce qu'elle allègue : Cass., 4 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, 130 ; Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 468.

2. Loi du 15 décembre 1872 promulguant divers titres du Code de Commerce, rapport VAN HUMBEEK cité par L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, T. I, p. 277.

3. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, T. III, n° 56.

Le juge apprécie librement la valeur des témoignages. Il ne pourrait cependant pas donner aux déclarations des témoins une interprétation inconciliable avec ce qu'ils ont dit¹.

Les attestations écrites ne sont pas des témoignages et ne les remplacent pas. Mais, dans le régime commercial de la liberté des preuves, le juge appréciera s'il peut leur faire confiance.

Section 9 Les présomptions

155. Les présomptions de l'homme

Nous avons vu plus haut le concept de présomption légale (voir *supra*, n° 114). Celle-ci ne constitue pas à proprement parler un mode de preuve : elle opère simplement un renversement de la charge de la preuve. Ces présomptions sont peu nombreuses en droit commercial. Nous envisagerons ici un véritable mode de preuve : les **présomptions de l'homme**, dont le champ est infini².

Présumer, c'est, à partir de certains faits connus, admettre l'existence d'autres faits qui ne sont pas directement établis. Ce mécanisme met en jeu un raisonnement par induction. Le Code civil énonce à l'article 1353 que le juge ne doit admettre que des **présomptions graves, précises et concordantes**. On admet que cette barrière doit s'entendre comme un conseil de prudence sans plus. Un seul fait pourrait être retenu par le juge s'il lui paraît probant.

Si les témoignages demeurent frappés de suspicion, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les présomptions, qui sont largement accueillies en matière commerciale³.

Tout fait, tout indice susceptible d'entraîner la conviction du juge peut être invoqué comme présomption : ainsi une comptabilité tenue de manière irrégulière ou une expertise unilatérale.

La valeur probante des présomptions est laissée à l'**appréciation souveraine** du juge pour autant qu'il ne méconnaisse pas ou ne dénature pas la notion légale de présomption de l'homme, ce qui se produirait s'il déduisait des faits des conséquences qui ne seraient susceptibles d'aucune justification⁴.

1. Cass., 8 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 437 ; Cass., 8 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, 269 ; Cass., 4 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, 499 ; Cass., 31 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, 621.

2. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, n° 133, p. 727.

3. J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 14, p. 348.

4. Cass., 10 février 1983, *Pas.*, 1983, I, 665 et concl. Procureur général DUMON.

Section 10

Présomptions (suite). Le silence

§ 1. POSITION DU PROBLÈME

156. Le silence – mode d'expression de la volonté et mode de preuve

Lorsque l'on parle du silence, en droit, il convient de distinguer deux ordres d'idées : d'une part, la volonté de l'homme, telle qu'elle s'exprime dans les actes juridiques (c'est-à-dire des actes accomplis en vue d'obtenir des effets de droit – ex. : les contrats) et, d'autre part, la preuve de ces actes.

Si l'on se cantonne dans le premier aspect des choses – qui n'est pas l'objet du présent chapitre – il faut dire que, dans notre droit, la volonté juridique peut s'exprimer, en principe et sauf exigences contraires de la loi, de toutes manières : par écrit ou verbalement, expressément ou tacitement, ce dernier mot désignant des attitudes qui sont révélatrices d'une volonté¹. Le silence notamment pourrait être considéré comme un **mode tacite d'expression de la volonté**².

Il serait toutefois dangereux de s'engager très loin dans cette voie. En règle, le silence doit être considéré en droit comme équivoque : « s'il y a des approbations tacites, il y a aussi des réprobations muettes et des silences prudents »³. Le silence ne sera donc admis comme moyen de faire naître ou d'éteindre des obligations que s'il s'accompagne d'autres éléments ayant pour effet de lui donner une signification exempte d'ambiguïté : c'est le **silence circonstancié**⁴. Les exemples en droit civil sont assez rares.

On peut aussi se demander, et c'est le second aspect des choses, si le silence ne peut servir de **preuve** d'un acte juridique. C'est parfaitement concevable si le silence est considéré comme une **présomption**. Ici encore, la réponse, affirmative en principe, est d'application limitée en matière civile⁵.

1. Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 224 ; Cass., 11 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, 249.

2. L'article 1759 du Code civil en fournit un exemple en formulant que les baux écrits peuvent être renouvelés par tacite reconduction (le preneur demeure dans les lieux sans protestation du bailleur bien que le bail soit expiré).

3. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 124, p. 132.

4. H. DE PAGE, T. II, n° 544.

5. H. DE PAGE, *ibid.*, n° 547.

§ 2. LE RÔLE DU SILENCE EN MATIÈRE COMMERCIALE

157. Le cas particulier du droit commercial

Dans le domaine des relations commerciales, les principes sont sensiblement assouplis. Il est relativement fréquent que l'on admette le silence comme mode d'expression de la volonté et, du même coup, que le silence, considéré comme présomption, serve à prouver les actes formés silencieusement. Les auteurs et la jurisprudence en arrivent alors à ne même plus faire la distinction entre les deux rôles qui se confondent : expression de la volonté et mode de preuve.

Entre commerçants qui se connaissent et sont en relations d'affaires ou entre lesquels des pourparlers sont en cours, l'usage veut qu'on ne laisse pas son interlocuteur dans l'incertitude de ses intentions. Le silence d'un commerçant sera généralement interprété comme étant la preuve (par présomptions) de ce qu'il a accepté ce qui lui était proposé¹.

Le silence observé lors de la réception de marchandises commandées est considéré comme une agrégation de ces marchandises en quantité et en qualité (sauf vice caché)².

Nous verrons que le silence joue un rôle dans l'acceptation de conditions générales (voir n° 159) ou de mentions portées sur une facture (voir n° 196). Il ne s'agit cependant pas d'une règle absolue. Les commerçants sont admis à prouver que le silence s'explique autrement que comme une acceptation. Ce serait le cas par exemple si une lettre laissée sans réponse formulait des prétentions tellement abusives que leur acceptation est tout à fait improbable³.

§ 3. CONDITIONS GÉNÉRALES. ACCEPTATION TACITE

158. Notion de conditions générales

Il est fréquent dans la vie des affaires que les clauses d'une convention commerciale soient complétées par des **conditions générales**. Ce sont des clauses standardisées rédigées à l'avance par une des parties qui entend les intégrer dans tous ses contrats.

Elles sont souvent imprimées sur des documents divers : bons de commande, papier à lettre, factures (pour ce dernier cas, voir *infra*, n° 196). Parfois, cependant,

1. J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, 2^e éd., n° 14.

2. R.P.D.B., v° Vente, n° 439 et s.

3. J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, n° 14.

les textes imprimés se bornent à renvoyer à d'autres textes qui, eux, contiennent les conditions générales et dont il est possible de prendre connaissance grâce à l'une ou l'autre démarche.

159. Acceptation des conditions générales

Il n'existe évidemment aucun problème si ces textes ont fait l'objet d'une acceptation expresse.

Les difficultés naissent, et elles sont fréquentes, si le fournisseur prétend que le silence du client commerçant constitue une acceptation tacite des conditions générales.

En principe, pour que de telles conditions soient intégrées au contrat, il est indispensable que le client en ait eu connaissance et qu'il les ait acceptées¹. Cela relève du droit commun des obligations contractuelles. Comme ces conditions font partie de la convention, leur acceptation doit logiquement intervenir au moment de la conclusion du contrat, ce qui suppose qu'elles étaient jointes à l'offre ou à l'acceptation.

Les choses se compliquent lorsque l'offre et l'acceptation sont chacune assorties des conditions générales contradictoires. Le problème est controversé. Pour certains, les clauses contradictoires s'annulent. Pour d'autres, les conditions de l'acheteur devraient l'emporter. Pour d'autres enfin, il faut tenir compte du déroulement chronologique des pourparlers : si l'acceptation est assortie de conditions générales différentes de celles de l'offre, il faudrait y voir une contre-offre que le pollicitant aurait acceptée en gardant le silence².

Dans la plupart des cas toutefois, le litige naît de ce que le commerçant n'a pas contesté les conditions générales reprises au dos d'une facture. Dès lors, la problématique de l'acceptation des conditions générales se confond avec celle de l'acceptation de la facture. C'est la raison pour laquelle nous renvoyons à ce qui sera dit plus loin concernant la portée de l'acceptation tacite d'une facture (voir *infra*, n° 196).

1. R. DE SMET, sous Cass., 9 février 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 196.

2. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 18 ; C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles - Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2002, p. 479 et s. ; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », *Le processus de formation du contrat*, Formation permanente CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 290 et s. ; L. BALLON, « The 'battle of forms' », *D.A. O.R.*, 2008, n° 86, pp. 112 et 113.

Section 11

Présomptions – suite – techniques nouvelles. Renvoi

160. Techniques nouvelles

Lorsqu'aucune autre solution plus satisfaisante n'est envisageable, on s'accorde généralement pour faire entrer dans le cadre des présomptions les éléments de preuve résultant de l'emploi de techniques nouvelles : photocopies, télécopies, microfilms, enregistrements magnétiques, microinformatique, etc.

La variété de ces techniques est considérable et les problèmes posés sont multiples. Ces questions seront regroupées dans un chapitre spécial (voir n° 174 et s.).

Section 12

L'aveu : Nature – Objet

161. Notion

L'aveu est un acte unilatéral dont une preuve peut être déduite et qui doit être fait par la partie à laquelle il est opposé¹. Il ne porte que sur ce qui est objet de preuve (voir n° 109 et s.). Il ne peut porter valablement sur une qualification légale ou sur le principe d'une responsabilité.

La Cour de cassation a précisé : l'aveu ne peut porter sur « la solution qui doit, en droit, être donnée à la contestation »². Le problème est assez délicat. Un aveu ne peut porter sur la qualification à donner à un contrat ou sur la responsabilité d'un accident de circulation. En revanche, rien n'empêche un automobiliste de reconnaître les circonstances matérielles d'un accident. La Cour de cassation a aussi admis qu'un aveu pouvait porter sur le fait qu'un acte n'exprime pas clairement la volonté des parties ou encore sur le fait qu'un entrepreneur s'était engagé à supporter les vices cachés de travaux³.

A proprement parler, l'aveu est une dispense de preuve plutôt qu'une preuve. Le Code civil n'a cependant pas manqué de logique en le classant parmi les preuves (art. 1354 et s.), en raison du rôle important qu'il joue sur le plan probatoire.

1. Cass., 20 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2008, 452, note VAN VALCKENBORGH.

2. Cass., 20 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, 889. Sur ces problèmes, consulter P. VAN OMMELAGHE, « L'aveu. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine », *La Preuve*, U.C.L., 1987, n° 8 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve – questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p. 155 et s.

3. Cass., 26 février 1959, *Pas.*, 1959, I, 648 ; Cass., 20 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, 889.

Dans ce domaine, le droit commercial ne présente aucune particularité qui le distingue du droit civil.

Pour autant qu'il porte sur des choses dont on peut disposer et qu'il ne mette pas en péril l'ordre public, l'aveu, en droit civil, est **admissible en toute matière. A fortiori**, en va-t-il ainsi en matière commerciale.

162. Caractère volontaire de l'aveu – controverse

Traditionnellement, la Cour de cassation considérait que l'aveu étant une déclaration volontaire, il ne peut jamais être déduit du silence sauf si ce silence est qualifié par des circonstances spéciales¹. L'aveu peut cependant être tacite et se déduire du comportement de quelqu'un. Il en va ainsi notamment pour ce que l'on a appelé « l'aveu en action »² : il n'y a pas de preuve plus convaincante des obligations découlant d'un contrat que leur exécution spontanée par une partie.

De manière constante, la Cour de cassation interprétait la « déclaration volontaire » comme étant faite dans le but de fournir un élément de preuve à un adversaire à l'occasion d'une contestation née ou à naître³. Cette façon de voir a fait l'objet de critiques doctrinales⁴ : il ne serait pas nécessaire que l'auteur de l'aveu ait la volonté ni même conscience de procurer des armes à un adversaire à l'occasion d'un procès actuel ou futur. Il suffirait qu'en une circonstance quelconque, il ait reconnu la réalité d'un fait.

Par un arrêt du 20 décembre 2007⁵, la Cour a finalement abandonné cette manière de voir : elle a reconnu explicitement que l'aveu ne doit pas nécessairement être destiné à servir de preuve pour la partie adverse.

Section 13

L'aveu – suite – variétés

Suivant le point de vue auquel on se place, il existe diverses espèces d'aveux.

1. Cass., 1^{er} mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 612.

2. H. DE PAGE, T. III, n° 1032.

3. Notamment, Cass., 13 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 466. Par un arrêt du 2 mai 1988 (*Pas.*, 1988, I, 1043), la Cour de cassation semble avoir abandonné cette jurisprudence. Cela n'est pas certain. Le sommaire ne paraît pas refléter le contenu de l'arrêt qui, selon nous, n'énonce pas que la volonté de fournir une preuve à la partie adverse n'est point nécessaire pour qu'il y ait aveu.

4. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, R.C.J.B., 1988, n° 254, p. 177 ; L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 157.

5. Cass., 20 décembre 2007, R.G.D.C., 2008, 452, note VAN VALCKENBORGH.

§ 1. AVEU JUDICIAIRE ET EXTRAJUDICIAIRE

163. Notion et force probante

L'aveu judiciaire est celui qui est fait devant le juge au cours de l'instance relative à la prétention dont l'aveu fait l'objet. On pourra le trouver dans les conclusions d'une partie ou dans les déclarations faites à l'audience, notamment à la faveur d'une comparution personnelle.

Tout autre aveu est extrajudiciaire, notamment s'il est fait en dehors de tout procès ou au cours d'une instance autre que celle relative à la prétention dont il fait l'objet.

L'aveu judiciaire a une force probante **directe** tandis que l'aveu extrajudiciaire doit être prouvé selon les règles générales d'admissibilité des preuves. Le juge appréciera, dans ce cas, la force probante des éléments soumis à son appréciation. L'aveu extrajudiciaire purement verbal ne sera pas recevable, chaque fois qu'un écrit est exigé (art. 1355, C. civ.).

§ 2. AVEU ÉCRIT ET AVEU VERBAL

164. Notion et applications

Ces termes se définissent par eux-mêmes.

Il faut éviter de confondre l'écrit rédigé pour servir de preuve (en principe au moment du fait ou de l'accord) et l'aveu écrit (postérieur et unilatéral)¹. Si l'écrit probatoire n'est pas régulier, par exemple parce qu'il ne satisfait pas à l'article 1325 du Code civil (voir *supra* n° 130/b), on ne peut prétendre y voir un aveu écrit². Ce document pourrait cependant être retenu comme commencement de preuve par écrit ou comme présomption dans les cas où cette dernière preuve est admissible (voir n° 129).

En revanche, le véritable aveu écrit, rédigé après coup, échappe à l'application de l'article 1325³.

1. Cass., 8 novembre 1984, R.W., 1985-1986, 109.

2. P. VAN OMMESELAGHE, « L'aveu », *op. cit.*, p. 3 ; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 261 ; H. MINJAUW, et J. VANDENDRIESSCHE, « [Het bewijarecht in burgerlijke zaken] Bewijs door bekentenissen », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005, p. 466.

3. P. VAN OMMESELAGHE, « L'aveu », *op. cit.*, n° 3.

§ 3. AVEU EXPRÈS, AVEU TACITE

165. Notion et régime juridique

D'une manière générale, la volonté de quelqu'un peut toujours s'exprimer expressément (par écrit ou oralement) ou tacitement et se traduire, dans ce dernier cas, par des circonstances ou un comportement qui révèle cette volonté d'une façon suffisamment certaine (à ne pas confondre avec le silence pur et simple). Il en va ainsi en matière d'aveu. Nous en avons rencontré une application en citant l'aveu en action (voir n° 162).

§ 4. AVEU SIMPLE, AVEU COMPLEXE (OU QUALIFIÉ)

166. Notion et cas d'application

Un aveu est **simple** lorsqu'il porte purement et simplement sur le fait allégué, sans réserve, adjonction ou condition : il répond de manière adéquate à la prétention adverse.

L'aveu est **complexe** (ou qualifié)¹ lorsque la reconnaissance du fait allégué par l'adversaire est assortie de réserves ou modifications qui qualifient ledit fait ou l'altèrent de telle manière que l'auteur de l'aveu dénie en réalité être tenu en raison de ce fait. Tout en reconnaissant par exemple l'existence d'une dette, il affirme ne rien devoir parce que cette dette est conditionnelle ou encore éteinte par paiement. Il y a donc dans cet aveu deux branches : la seconde neutralise la première.

Cette distinction entre aveu simple et aveu complexe a de l'importance au point de vue de l'indivisibilité de l'aveu (voir n° 169).

Section 14

De qui l'aveu doit-il émaner ?

167. Auteur de l'aveu

L'aveu doit émaner de la partie elle-même. Sinon, il ne s'agirait plus d'un aveu mais d'un témoignage. L'aveu peut aussi émaner d'un représentant mais à la condition qu'il ait reçu un pouvoir spécial l'autorisant à formuler cet aveu : un mandat général est insuffisant.

1. Certains auteurs, spécialement en France, distinguent l'aveu qualifié et l'aveu complexe. Cela ne présente guère d'intérêt.

Ainsi l'aveu exprimé par l'administrateur d'une société n'engagera celle-ci que si, au préalable, le conseil d'administration l'avait spécialement autorisé à le faire¹. Il en irait autrement si l'aveu de l'administrateur portait sur une opération qu'il avait le pouvoir d'accomplir sous son autorité².

A fortiori devrait-on considérer comme inopérant l'aveu formulé par un membre du personnel de la société.

Section 15

Aveu – Effets

§ 1. IRRÉVOCABILITÉ

168. Impossibilité de rétractation de l'aveu

L'aveu est un **acte unilatéral** qui ne nécessite l'acceptation de personne. Une fois qu'il a eu lieu, son effet se produit : **il ne peut être rétracté**.

Ce principe est énoncé à l'article 1356, alinéa 4 du Code civil, lequel comporte néanmoins une exception : l'aveu peut être rétracté en cas d'erreur de fait de son auteur ; c'est à ce dernier qu'il incombe de prouver une telle erreur.

Bien que le Code ne vise que l'erreur de fait, il semble que la révocation de l'aveu extrajudiciaire pourrait se justifier s'il existait d'autres vices du consentement tels que le dol ou la violence³.

§ 2. INDIVISIBILITÉ

169. Indivisibilité de l'aveu complexe

Ce principe énoncé à l'article 1356 du Code civil signifie que la partie qui invoque un aveu « ne peut en changer la signification en se fondant sur un élément de celui-ci et en négligeant simultanément le second élément »⁴.

1. H. MINJAUIW, et J. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, p. 467.

2. R.P.D.B., v° Société anonyme, n° 783.

3. P. VAN OMMELAGHE, « L'aveu », *op. cit.*, n° 16 ; L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 174 ; H. MINJAUIW, et J. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, 482.

4. Cass., 20 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, 215.

Ce principe, applicable aussi bien à l'aveu judiciaire qu'à l'aveu extrajudiciaire¹, est de stricte logique ; l'aveu étant un acte unilatéral, il n'est pas permis de trahir la volonté de son auteur et de dénaturer sa pensée en s'emparant d'une partie de l'aveu seulement et en négligeant le reste.

Cela ne concerne que les aveux complexes mais évidemment pas l'aveu simple².

Exceptionnellement la division pourrait se produire s'il arrivait que l'on démontre par des modes de preuve admissibles – par écrit si l'article 1341 du Code civil est d'application – soit la fausseté soit l'aspect contradictoire ou totalement invraisemblable d'une des branches de l'aveu ; dans ce cas, l'autre subsiste³.

Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas de s'emparer arbitrairement d'une partie d'un aveu complexe. Il s'agit d'apporter, comme le permet la loi, la preuve contraire d'un des éléments de l'aveu, ce qui a pour résultat que seule subsiste une autre partie de cet aveu.

§ 3. STATUT DE L'ABSENCE DE CONTESTATION EN DROIT JUDICIAIRE

170. L'absence de contestation – comparaison avec l'aveu

Il se peut que, durant une procédure, une partie, sans reconnaître expressément un fait affirmé par son adversaire, ne le conteste pas non plus. Cette attitude peut être interprétée comme un aveu, si elle est entourée de circonstances qui lui donnent ce caractère⁴.

Toutefois, en droit judiciaire, l'application du principe dispositif (voir *supra* n° 121) doit amener le juge à admettre un fait qui n'est pas contesté. Il est évidemment délicat d'interpréter le silence d'une des parties devant l'affirmation de l'existence d'un fait par son adversaire. Si ce silence peut véritablement être considéré comme une absence de contestation, le juge doit tenir ce fait pour établi⁵. La question qui se pose alors est de déterminer si cette « non contestation », même si elle ne peut être considérée comme un aveu au sens strict, est soumise au même statut

1. Et ce, notwithstanding le texte de l'article 1356 du Code civil ; cf. DE PAGE, T. III, n° 1029/D ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, R.C.J.B., 1988, n° 261, p. 186 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 792 et s.

2. Il n'en serait pas de même d'un aveu plural contenant plusieurs aveux juxtaposés, sans lien entre eux. Dans ce cas, il est permis de dissocier (cf. P. VAN OMMESELAGHE, « L'aveu », *op. cit.*, n° 17).

3. Cf. P. VAN OMMESELAGHE, *ibid.*

4. Cass., 27 février 1998, *Pas.*, 1998, I, 110 ; Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1979, I, 261.

5. Sur les nuances de cette problématique, voir B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 80, p. 392.

que l'aveu, notamment la règle de l'irrévocabilité et de l'indivisibilité. La Cour de cassation paraît avoir répondu par la négative¹.

Il conviendra de rester attentif au développement de cette jurisprudence car elle ouvre une porte qui permettrait de contourner toutes les contraintes du régime juridique de l'aveu.

Section 16 Serment judiciaire

171. Notion

Il consiste dans l'affirmation solennelle d'un fait par une partie devant le juge et ce, sous la foi du serment².

Autrefois prêté sous la garantie de l'invocation de la divinité, le serment est maintenant laïcisé mais il garde son caractère solennel. Ce serment ne doit pas être confondu avec celui que prêtent les témoins, ni avec le serment promissoire tel que celui des magistrats, officiers, etc. à leur entrée en fonction.

Il existe trois espèces de serments judiciaires : le serment litisdécisoire, le serment supplétoire et le serment estimatoire.

§ 1. LE SERMENT LITISDÉCISOIRE

172. Notion et régime

Il consiste en ce que le créancier (ou le débiteur qui se prétend libéré de son obligation) défère à l'autre partie le serment que ses affirmations sont vraies.

L'adversaire a le choix entre trois attitudes :

- ou bien il prête le serment et triomphe,
- ou bien il refuse et perd son procès,
- ou bien il « réfère » le serment à celui qui le lui a déféré.

1. Cass., 27 février 1998, *Pas.*, 1998, I, 110.

2. Le serment judiciaire ne joue qu'un rôle minime dans les procès. Cela explique le caractère très schématique des textes que nous lui consacrons.

Ce dernier, dans ce cas, à son tour, peut soit prêter le serment et gagner ou refuser de le prêter et perdre le procès.

Le serment litisdécisoire ne peut jamais être imposé d'office par le juge : il est l'œuvre des parties.

Il ne peut porter que sur un point personnel à la partie appelée à le prêter et décisif pour la solution du procès.

La volonté exprimée par le serment ou par son refus ne peut être rétractée ; le serment ou son refus lie nécessairement le juge même si ce dernier a le sentiment d'un manque de sincérité dans le chef de celui qui a juré. Ce serment met donc fin au procès (de là, son nom). L'appel n'est pas permis.

Certes, le faux serment est un délit pénalement punissable en vertu de l'article 226 du Code pénal. Mais une condamnation de ce chef ne donnera qu'une satisfaction morale ultérieure à la « victime » du faux serment. Il ne pourra pas se constituer partie civile¹ et la condamnation pénale ne pourra entraîner une rétractation du jugement civil. L'article 1363 du Code civil fait obstacle à un recours en requête civile².

Comme on le voit, le serment litisdécisoire est une institution dans laquelle on s'en remet à la conscience de son adversaire avec tous les risques que cela comporte. Il est à peine besoin de dire qu'on n'y a recours qu'à défaut de tout moyen de preuve. Ce n'est qu'un pis aller auquel la loi n'accorde que peu de faveur et qui est, en fait, peu pratiqué et presque totalement inutilisé.

§ 2. LE SERMENT SUPPLÉTOIRE ET LE SERMENT ESTIMATOIRE

173. Notion et cas d'application

Contrairement au serment litisdécisoire, qui lie le juge et met fin au procès, les serments supplétoire et estimatoire ne sont que des mesures d'instruction ordonnées par le juge mais qui ne le lient pas. L'un comme l'autre sont dangereux et on y a très peu recours.

1. Cass., 15 mai 2007, R.G. P.07.0047.N ; Cass., 22 novembre 2005, R.G. P.05.0944.N.

2. Cette solution très généralement admise fait cependant l'objet d'une controverse depuis la promulgation de l'article 1133, 4° du Code judiciaire. Voir : P. DEPUYDT, « art. 1133, 4° Ger.W. », *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob.

Le serment supplétoire peut être déféré à l'une ou l'autre des parties. L'article 1367 du Code civil le soumet à deux conditions :

- que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée,
- qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Ce serment ne lie pas le juge ; il peut être combattu par la preuve contraire et l'appel reste possible.

Le serment estimatoire sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge qu'au demandeur, lorsqu'il est impossible de vérifier autrement cette valeur. On ne recourt pratiquement jamais à cette mesure qui, pas plus que la précédente, ne lie le juge.

Chapitre II

Les techniques nouvelles et le droit de la preuve

Bibliographie importante

Généralités

MOUGENOT, D. et R., *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.

MOUGENOT, D., « La preuve – évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Charte, 2004, p. 121 et s.

Actes sous seing privé électroniques et signature électronique

DE CORTE, R., « Electronische handtekening en identificatie in de virtuele wereld », *R.D.J.P.*, 2001, p. 207 et s.

DE GROOTE, B., « Het bewijs in de elektronische handel – enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2000-01, p. 881 et s.

GOBERT, D. et MONTERO, E., « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124 s.

GUINOTTE, L., « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 553 et s.

LECOCQ, P. et VANBRABANT, B., « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 51 s.

MONTERO, E., « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge », *La preuve*, formation permanente C.U.P., vol. 54, 2002, p. 39 et s.

MONTERO, E., « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 185.

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

VAN EECHE, P., *De handtekening in het recht – van pennentrek tot elektronische handtekening*, Bruxelles, Larcier, 2004.

WERY P., GOBERT, D., KERZMANN L., « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f.mob., 2003.

Photocopie – télécopie

MOUGENOT, D., « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », *La preuve*, formation permanente C.U.P., vol. 54, 2002, p. 229 et s.

MOUGENOT, D., « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 470 et s.

Section I

Problématique

174. Le défi des technologies nouvelles

La technique a pris les juristes de court. Si, depuis plusieurs dizaines d'années, la pratique est confrontée à des procédés nouveaux de reproduction (photocopie, microfilm...) ou de transmission de documents (télécopie, puis télécopie...), l'informatique a créé un défi sans précédent pour le monde juridique. D'une part, son essor a contribué à répandre des procédés de copie, de communication, voire même de conclusion de contrats, dans toutes les couches de la population, de telle sorte que des pratiques qui étaient limitées aux milieux scientifiques ou d'affaires sont actuellement largement utilisées. D'autre part, l'informatique a créé de nouvelles formes de supports et d'information, difficiles si pas impossibles à ranger dans les catégories classiques du Code civil. Les concepts classiques d'écrit, de signature, de copie, utilisés pendant plus de 150 ans sans poser de véritables questions, ont été fondamentalement remis en cause.

La première réaction de la doctrine, à défaut de pouvoir qualifier ces procédés autrement, a été de les considérer à tout le moins comme des présomptions¹. L'utilisation des techniques nouvelles était dès lors moins sujette à caution en matière commerciale, compte tenu de l'admissibilité de principe des présomptions. En matière civile en revanche, les interrogations étaient de taille, sans que la doctrine (partagée) ou la jurisprudence (inexistante) aient pu dégager un statut cohérent pour les procédés nouveaux d'information et de communication.

Dans la première édition de ce volume, l'auteur s'interrogeait sur l'opportunité de légiférer dans cette matière. Une modification légale est apparue rapidement incontournable, pour faire cesser les incertitudes et les interminables querelles doctrinales qui se poursuivaient depuis les années 80. L'impulsion est venue de l'Europe, avec la directive fixant un cadre juridique pour la signature électronique².

1. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 250.

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

Cela signifie concrètement que, chaque fois que le Code civil utilise la notion d'écrit en droit de la preuve¹ (commencement de preuve par écrit – art. 1347 – reconnaissance de dette écrite – art. 1326, etc.) ou chaque fois que la loi impose la rédaction d'un écrit, un document établi sur un support informatique fera l'affaire, sans qu'on puisse contester sa régularité, pour autant qu'il remplisse les conditions d'intelligibilité et de durabilité. Dans certains cas toutefois, il devra aussi satisfaire à d'autres conditions supplémentaires. Il se peut en effet, que la loi exige plus qu'un simple écrit : il doit en outre être manuscrit (testament olographe...), signé (contrat d'assurance, crédit à la consommation...), imputable à son auteur (commencement de preuve par écrit...), etc. Dans ces hypothèses, l'écrit seul ne suffira pas et l'écrit électronique devra aussi se plier à ces exigences supplémentaires (ce qui peut poser problème, notamment pour les écrits qui doivent être « de la main de leur auteur », voir *infra*, le commerce électronique, n° 187 et s.).

Le droit européen fait usage, dans plusieurs directives, du concept de « support durable ». Il semble bien qu'il s'agisse en réalité d'une autre appellation de la définition moderne de l'écrit². Le concept de « support durable » est, depuis 2005, défini à l'article 77, § 1, 5° de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Il s'agit de « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

§ 2. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

177. Définition de la signature électronique

Ce n'est pas la place ici pour exposer les modalités techniques de la signature électronique, d'autant que celles-ci sont appelées à se modifier rapidement, au fur et à mesure de l'évolution technologique³. Tous les procédés utilisés ou envisagés ont tous une caractéristique commune : ce qui est appelé « signature » est constitué d'un ensemble de données informatiques qui permettent d'identifier une personne (le signataire) et qui sont liées à un document informatique particulier (le document à signer). Alors que la signature manuscrite se suffit à elle-même, la

1. Il est important de relever que le Code civil utilise le mot « écrit » tantôt dans un sens large (document écrit), tantôt dans un sens restreint (acte sous seing privé). C'est du sens large que nous parlons ici.
2. M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 4/2000, p. 361 et s., n° 6 ; E. MONTERO, « La conclusion du contrat à distance », *Obligations. Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, f. mob., 2007, p. 83 ; D. MOUGENOT, « La preuve – évolution et révolution », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Charte, 2004, p. 121 et s., n° 65 et s.
3. C'est d'ailleurs un défi pour le législateur, qui doit se garder d'être trop précis dans la réglementation, à peine de devoir réécrire les textes chaque fois qu'un procédé est abandonné pour un autre.

signature électronique suppose souvent l'intervention d'un tiers – le prestataire de services de certification – qui certifie l'identité de la personne qui signe. La signature sera donc accompagnée d'un « certificat », lui-même électronique, qui permet d'attester l'identité du signataire.

Il existe plusieurs types de certificats : certificats ordinaires ou qualifiés. De même, il existe plusieurs formes de signatures électroniques : la signature électronique ordinaire et la signature électronique avancée. Enfin, tous les dispositifs de création de signature électronique ne présentent pas le même degré de fiabilité. On peut donc mettre à part les dispositifs « sécurisés » de création de signature. Ces divers paramètres ont permis au législateur de créer plusieurs statuts juridiques différents, en fonction des caractéristiques de la signature électronique utilisée (voir numéros suivants).

Actuellement, les formes les plus sophistiquées de signature électronique font appel à la « cryptographie », c'est-à-dire la technique qui permet de rendre un message incompréhensible pour tout lecteur non autorisé. La signature proprement dite est constituée d'une sorte de résumé crypté du texte (appelé « empreinte »), qui accompagne le texte lui-même. Le fait que le destinataire du message puisse décrypter l'empreinte en utilisant le code (appelé « clef ») de l'émetteur permet de déduire que l'auteur du texte – et de l'empreinte – est bien l'émetteur. Ce procédé d'identification permet donc de remplir la première fonction de la signature mentionnée ci-dessus : identifier l'auteur. Par ailleurs, l'empreinte est indissolublement liée au texte d'origine, de telle sorte qu'un utilisateur indolent ne pourrait pas isoler la signature (l'empreinte) et l'appliquer à un autre texte.

Le problème juridique posé par la signature électronique provient de ce que bon nombre de procédés techniques sont baptisés « signature électronique » par les informaticiens¹ mais ne constituent pas nécessairement des signatures, au sens juridique du terme. La question pour le juge, lorsqu'il est confronté à un document porteur d'une signature dite électronique – au sens technique du terme, est de décider s'il peut assimiler ce mécanisme à une signature manuscrite – au sens juridique du terme – et en déduire les conséquences que la loi attache à la présence de la signature.

178. Régime légal de la signature électronique

La reconnaissance de la signature électronique dans notre droit s'est faite en deux temps. Tout d'abord, la loi du 20 octobre 2000 a modifié l'article 1322 du Code civil, y ajoutant un nouvel alinéa qui dispose que : « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». On en déduit donc

1. C'est le cas des procédures qui permettent de garantir l'origine d'une page web, sur le site d'une banque par exemple.

qu'un mécanisme électronique constitue une signature, au sens juridique du terme, s'il permet :

- d'identifier une personne déterminée et d'assurer l'existence de son consentement à l'acte (imputation à une personne déterminée),
- de protéger l'acte contre les altérations (maintien de l'intégrité de l'acte).

Plus largement, la loi du 9 juillet 2001 a mis en place un régime général de la signature électronique, au travers de plusieurs dispositions.

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

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

Par ailleurs, l'article 4 de la loi précise le statut juridique de cette signature : « sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale ».

179. Développement

L'idée est donc double.

L'article 1322 nouveau du Code civil et l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001 énoncent tout d'abord le principe selon lequel le juge ne peut plus rejeter une signature, du simple fait qu'elle est électronique. Il peut vérifier s'il s'agit d'une véritable signature, au sens juridique du terme, mais il ne peut l'écarter d'emblée, uniquement parce qu'elle n'est pas manuscrite. C'est ce que la doctrine appelle le « principe de non-discrimination »¹. Il est tiré de la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire européen pour les signatures électroniques², dont la loi belge assure la transposition. Le juge doit donc, en cas de contestation, examiner la signature litigieuse

1. M. ANTOINE & D. GOBERT, « La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », *J.T.-dr. eur.*, 2000, p. 73 s.

2. *J.O.C.E.*, n° L 13, 19 janvier 2000, p. 12 s.

et vérifier qu'elle remplit bien les fonctions imposées par la loi (vérification de l'identité du signataire et maintien de l'intégrité de l'acte). S'il n'y a pas de contestation, comme la matière de la preuve n'est pas d'ordre public, le juge devra admettre que la signature électronique utilisée est parfaitement valable¹.

Mais la loi du 9 juillet 2001 va plus loin, en établissant un second principe, également inspiré de la directive, appelé « principe d'assimilation » : pour peu qu'elle respecte certains impératifs techniques de sécurité (signature électronique « avancée » réalisée sur la base d'un « certificat qualifié » et conçue au moyen d'un « dispositif sécurisé de création de signature »), la signature électronique est présumée équivalente à la signature manuscrite. Dans cette hypothèse, le juge ne doit même plus se demander s'il a affaire à une véritable signature : cette situation est réputée acquise, sauf renversement de la présomption par une des parties².

L'expression « signature électronique avancée, réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature », qui désigne les formes les plus sécurisées de signatures, est particulièrement longue et indigeste. Pourtant, le législateur n'a pas proposé de dénomination plus commode, voulant sans doute rester fidèle à la terminologie de la directive européenne. C'est donc la doctrine qui a fait le pas, en baptisant « signature qualifiée » cette forme

1. C'est la solution retenue classiquement par la doctrine mais l'accroissement du rôle du juge, même dans des matières qui ne relèvent pas de l'ordre public, la remettra peut-être bientôt en question – voir *supra*, n° 121.

2. Les commentaires de ces lois ont été nombreux. Pour le lecteur qui veut en savoir plus, on peut citer, sans vouloir être exhaustif, vu la quantité d'articles publiés : P. CABOOR, « De wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatie middelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure: een eerste verkenning », *A.J.T.*, 2000-01, p. 637 et s. ; R. DE CORTE, « Electronische handtekening en identificatie in de virtuele wereld », *R.D.J.P.*, 2001, p. 207 et s. ; B. DE GROOTE, « Het bewijs in de elektronische handel – enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2000-01, p. 881 et s. ; J. DUMORTIER & P. VAN EECHE, « De nieuwe wetgeving over digitale elektronische handtekening », *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, La Chartre, 1999, p. 1 et s. ; D. GOBERT & E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *Cahiers du CRID*, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 53, et s. ; D.A. O.R., 2000, p. 17 et s. ; D. GOBERT & E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 114 et s. ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 553 et s. ; P. LECOCQ & B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 51 et s. ; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge », *La preuve*, CUP, vol. 54, mars 2002, p. 39 et s. ; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 122 et s. ; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques », *R.D.C.*, 2002, p. 185 et s. ; 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. 1505 et s. ; P. VAN EECHE, *De handtekening in het recht – van pennentrek tot elektronische handtekening*, Bruxelles, Larcier, 2004.

très sécurisée de signature électronique¹. Cette signature qualifiée est la seule à bénéficier de la présomption d'assimilation à la signature manuscrite.

180. Applications concrètes

Concrètement, l'acte sous seing privé électronique n'a donc plus besoin de la liberté des preuves du droit commercial pour être valide. Pour autant qu'une forme reconnue de signature électronique ait été utilisée, un tel acte pourra parfaitement être opposé à un particulier. C'est ce qui explique que, indépendamment des stipulations des règlements bancaires², les virements effectués par des particuliers grâce à des logiciels de PC banking sont parfaitement réguliers. En effet, **les formes de signature électronique utilisées par les logiciels bancaires correspondent à la définition de la signature électronique donnée par la loi.**

Section 3 Télécopie – messages écrits envoyés par GSM

181. Télécopie

La télécopie est une reproduction de document envoyée par une ligne téléphonique.

La télécopie est un écrit, au sens évoqué ci-dessus (voir n° 176). Cela ne donne guère matière à contestation, dès lors que le document qui sort de l'appareil du destinataire est imprimé sur papier. Même les tenants d'une conception classique de l'écrit n'y trouveront donc rien à redire.

Par ailleurs, elle ne porte pas de signature, ni manuscrite ni électronique. En effet, la signature manuscrite qui figure éventuellement sur le document reçu (pour autant que le document émis soit lui-même signé) n'est qu'une reproduction de la signature originale. Or, une signature manuscrite, pour avoir valeur juridique, doit être originale c'est-à-dire apposée directement par le signataire. Sauf utilisation de codes, peu courante en pratique, le téléfax ne fait pas non plus usage d'une signature électronique, au sens défini par la loi. Le document reçu est donc toujours une copie et dès lors soumis au statut assez peu favorable de la copie, décrit au chapitre précédent (voir n° 153).

1. L'expression « signature qualifiée » a, par la suite, été utilisée par le législateur, dans la loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique.

2. Rappelons que les règles de la preuve ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent parfaitement stipuler conventionnellement la validité d'un procédé qui n'aurait pas été admissible sans accord des parties.

Pour autant qu'il n'existe pas de doute quant à l'identité de l'émetteur et quant à l'intégrité du document, la télécopie pourra être utilisée comme commencement de preuve par écrit¹. L'exigence d'intégrité est importante parce que, selon l'article 1347 du Code civil, le commencement de preuve par écrit doit « émaner » de celui contre qui on veut prouver. Si le document a été falsifié, il n'émane plus de son auteur. L'inaltérabilité du document, qui n'est pas une caractéristique essentielle de l'écrit (voir *supra*, n° 176), est ici requise.

La Cour de cassation française paraît avoir considéré que, dès lors que l'intégrité et l'imputabilité du fax ne sont pas contestées ou ont été vérifiées, la télécopie pourrait être assimilée à un original². La portée réelle de cette décision est toutefois discutée et n'est pas transposable dans notre droit³.

182. SMS

Les téléphones mobiles et, dans une moindre mesure, fixes permettent l'échange de courts messages écrits : les SMS (short message service).

Contrairement aux télécopies, ces messages ne sont pas imprimés et ne peuvent pas l'être, sauf transmission préalable à un ordinateur, si le téléphone le permet. Mais ils constituent néanmoins des écrits, au sens indiqué ci-dessus (voir n° 176), dès lors qu'ils sont lisibles et intelligibles (1) et accessibles pour une consultation ultérieure (2) : tant que le destinataire n'a pas effacé le message, il peut toujours l'afficher à l'écran du téléphone. La consultation du message par des tiers n'est toutefois pas aisée : il faut pratiquement photographier l'écran ou apporter le téléphone à l'audience, si on veut faire état d'un SMS en justice. Le recours à un huissier de justice pour certifier le contenu du message peut parfois être utile.

En revanche, les SMS ne peuvent, dans l'état actuel de la technique, être accompagnés d'une signature. Juridiquement, il faut donc les considérer comme des écrits non signés, qui pourront valoir comme présomption voire, si les conditions sont remplies, comme commencement de preuve par écrit.

Enfin les SMS ne sont pas des copies, dès lors qu'ils ne sont pas la reproduction d'un original préexistant.

1. D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », *La preuve*, formation permanente CUP, vol. 54, 2002, p. 229 et s., n° 34.

2. Cass., 2 décembre 1997, *Dall.*, 1998, 192.

3. D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », *op. cit.*, n° 32.

Section 4 Courrier électronique

183. Notion

Le courrier électronique est constitué de messages adressés par l'intermédiaire d'un réseau électronique, peu importe que ledit réseau soit accessible uniquement à un nombre limité d'utilisateurs (réseau fermé – *intranet*) ou un nombre illimité (réseau ouvert – *internet*). Ils peuvent être accompagnés de fichiers informatiques divers : textes, images, musique, vidéo...

La définition moderne de l'écrit (voir *supra*, n° 176) ne permet plus de douter que les courriers électroniques sont des écrits. Ils sont lisibles et peuvent être conservés dans l'ordinateur tant de l'émetteur que du destinataire.

Contrairement aux télécopies ou aux SMS, les courriers électroniques peuvent être porteurs d'une signature électronique. Ils sont alors assimilés à des lettres missives revêtues d'une signature manuscrite.

184. Régime juridique

Le statut juridique du courrier électronique dépend de l'existence ou non d'une signature. Dans l'état actuel de la pratique, le recours au courrier signé électroniquement reste marginal mais la situation pourrait évoluer rapidement, avec la diffusion des cartes d'identité électroniques, qui comportent un certificat de signature.

Le courrier électronique signé est assimilé à un courrier traditionnel signé manuscritement. Il pourra valablement servir à la conclusion d'un contrat et sera soumis au régime juridique des lettres missives. Ainsi, la formalité du double ne sera pas exigée (voir *supra*, n° 151).

S'il n'est pas signé, il s'agit alors d'un écrit non signé, qui vaudra, selon les cas, comme présomption ou commencement de preuve par écrit. Il convient toutefois d'attirer l'attention sur les possibilités importantes d'interception et de falsification de messages électroniques non cryptés. Si l'imputabilité ou l'intégrité du message sont mises en doute, la plus grande prudence sera de mise, avant d'admettre l'origine et le contenu du courrier électronique.

Section 5 Photocopie – scanner – microfilms

185. Techniques modernes de reproduction

La technique moderne offre de nombreuses possibilités de reproduction de documents, que ce soit la photocopie (reproduction optique d'un original), le scanner (reproduction informatique) ou le microfilm (reproduction photographique). Ces techniques sont évidemment fort différentes de celles réglementées par les auteurs du Code civil. Contrairement à la copie manuscrite, seule envisagée en 1804, les procédés modernes peuvent reproduire de manière très précise tous les éléments d'un original, en ce compris une signature manuscrite. Dès lors, si toute possibilité de falsification peut être écartée, on peut admettre, à tout le moins sur le plan technique, que ces copies constituent une reproduction fidèle de l'original.

Il n'en va pourtant pas de même au niveau juridique. Quel que soit le procédé utilisé, il s'agit toujours d'une copie, donc soumise au régime juridique des copies. Cela signifie en clair qu'une partie pourra toujours demander la production de l'original en justice. Si l'original n'existe plus, la copie ne vaudra que comme présomption.

Si l'intégrité et l'imputabilité du document ne sont pas contestées, ces formes de copie peuvent valoir comme commencement de preuve par écrit¹.

Le législateur belge a adopté une législation visant à accorder un statut privilégié à certains types de copies: seuls les dépositaires nommément désignés pourront bénéficier du régime mais, en revanche, tous les procédés technologiques de reproduction sont admissibles sans distinction. Il s'agissait, pour l'essentiel, de copies détenues par des banques ou des établissements publics de crédit ou des assurances². Les arrêtés royaux destinés à définir les modes d'établissement de ces copies n'ont toutefois jamais été pris³.

Le développement de techniques d'archivage amènera sans doute à modifier le régime des procédés modernes de copie (voir *infra*, n° 193).

1. D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 470 et s.
2. Pour la liste complète et exhaustive, voir: M. TAEYMANS, « Bewijsrecht in een geautomatiseerde bankomgeving », *Rev. Banque*, 1994, p. 224 et s.
3. Pour plus de détails sur cette législation, voir: J.P. BUYLE, « Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents », *J.T.*, 1993, pp. 197 et s.; D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », *op. cit.*, n° 10 et s.; 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. 53, n° 13.

Section 6

Enregistrements de sons ou d'images

186. Enregistrements

Les enregistrements de sons par magnétophone et d'images par photographie ou caméra existent depuis plusieurs dizaines d'années. L'évolution technologique y a ajouté les enregistrements numériques de sons et d'images. Ceux-ci diffèrent des premiers par la technique d'enregistrement et le support utilisé. Sur le plan juridique, ils ne posent toutefois pas de problèmes différents.

Ces enregistrements peuvent valoir comme **présomption** en justice. Les problèmes qu'ils posent sont de deux ordres :

- Si l'enregistrement a été réalisé à l'insu de la personne enregistrée ou filmée, ce moyen de preuve est-il admissible ? (voir ci-dessus, n° 119)
- Compte tenu des développements des techniques informatiques de traitement de l'image et du son, toutes les **falsifications** sont envisageables. Le document produit est-il dès lors probant ? La réponse dépendra beaucoup du contexte et de la personnalité de l'auteur de l'enregistrement. Tout comme pour les courriers électroniques, la plus grande prudence doit prévaloir si un risque de falsification existe.

Section 7

Le commerce électronique et la preuve

187. Exposé du problème

De plus en plus d'entreprises proposent des services sur l'internet. Il est dès lors possible de passer commande de biens et services, non pas par l'envoi de courrier électronique¹, mais en validant une commande directement sur le site web de l'offrant. Ces opérations sont couramment dénommées « commerce électronique ». Elles peuvent poser des problèmes de preuve et nous intéressent donc à ce titre.

Dans notre droit, les opérations de commerce électronique sont réglementées dans deux législations différentes : la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, qui traite des

1. Qui constitue en définitive l'équivalent moderne de la conclusion du contrat entre absents par échange de lettres missives. Juridiquement, la situation n'est alors guère différente dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique.

contrats à distance, et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, qui régit le commerce électronique en général.

188. La loi sur le contrat à distance

La législation sur les contrats à distance figurant dans la loi sur les pratiques du commerce concerne les opérations passées par des consommateurs. Sans rentrer dans les détails, qui dépassent le cadre du présent examen¹, cette loi réglemente de manière distincte les contrats portant sur des services financiers (art. 83bis et suivants) et les autres contrats (art. 78 et suivants). Elle impose au vendeur différentes obligations en matière d'information du consommateur, de respect de différents délais et de réception du consentement du consommateur.

Pour ce qui est de la preuve, l'article 83decies, valable pour les deux formes de contrats à distance (ceux qui concernent les services financiers et les autres contrats), impose au vendeur ou au fournisseur de services financiers de fournir la preuve qu'il a satisfait aux obligations qui lui sont imposées par la loi. Il lui est interdit de renverser la **charge de la preuve** par contrat et de l'imputer au consommateur.

L'article 79 de la loi sur les pratiques du commerce impose au vendeur de fournir au consommateur différentes informations, « par écrit ou sur un autre support durable ». En matière de services financiers, l'article 83quinquies fait lui référence à « un support papier ou un autre support durable » (sur ce concept, voir *supra*, n° 176). L'assimilation de l'écrit à un « support » durable est critiquable, dès lors que la définition moderne de l'écrit fait précisément abstraction de toute forme de support.

189. La loi sur les services de la société de l'information

La loi du 11 mars 2003 a un cadre plus large puisqu'elle ne concerne pas exclusivement contrats conclus avec des consommateurs. Elle est donc susceptible de s'appliquer aux relations entre professionnels. De ce fait, elle s'ajoute à la régle-

1. Pour plus de renseignements, voir notamment: C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs: articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Formation Permanente CUP, Liège, 2003 ; W. GELDHOF, « Contracteren tussen afwezigen », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Malines, f. mob. ; E. MONTERO, « La conclusion du contrat à distance », *Obligations. Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, f. mob. ; E. MONTERO, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », *Le contrat sans papier (E-contracts)*, Bruxelles - Malines, Bruylant - Kluwer, 2003 ; R. STEENNOT, *Financiële diensten op afstand*, Gand, Larcier, 2006.

mentation des contrats à distance mais ne la remplace pas. Elle réglemente essentiellement le formalisme contractuel et ne traite pas spécifiquement de la preuve¹. Cependant plusieurs de ses dispositions ont un impact indirect sur le droit de la preuve.

Tout d'abord, l'article 16 § 2 de la loi définit l'écrit. Nous avons dit plus haut que cette définition nous paraît transposable en droit de la preuve (voir *supra*, n° 176).

L'article 16 § 2 indique à quelles conditions l'exigence d'une signature est remplie. Nous avons également déjà vu la réglementation de la signature électronique en droit de la preuve (voir *supra*, n° 177 et s.).

Enfin, cette même disposition précise que : « l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier ». Le droit de la preuve connaît aussi les exigences de mentions manuscrites. C'est le cas de l'article 1326 (formalité du « bon pour », qui doit être de la main de l'auteur de l'acte). Du fait de cette disposition de la loi du 11 mars 2003, l'exigence de mention manuscrite pourra désormais être rencontrée par une mention électronique, pour autant que l'identité de l'auteur de cette mention soit garantie.

La loi ne règle pas tous les problèmes posés par le formalisme probatoire. En particulier, elle ne dit rien de l'exigence d'originaux multiples (art. 1325, C. civ.). Cette exigence serait remplie, selon certains auteurs, si le destinataire du service reçoit un exemplaire signé (électroniquement) du contrat². Notons que, pour les opérations courantes de commerce électronique, le consommateur n'utilise pas de signature électronique (sauf éventuellement pour le paiement) et l'accusé de réception qu'il reçoit du prestataire de services ne comprend aucune signature.

Tout comme la loi sur les pratiques du commerce, la loi sur les services de la société de l'information impose au fournisseur de services un certain nombre d'obligations (art. 7-10). A nouveau, la charge de la preuve du respect de ces obligations incombe au prestataire de services, mais uniquement lorsqu'il traite avec des consommateurs (art. 12).

1. Pour plus de renseignements, le lecteur pourra consulter, entre autres, plusieurs livraisons des Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit (Bruxelles, Bruylant) : n° 17, *Commerce électronique – le temps des certitudes* (2000) ; n° 19, *Le commerce électronique européen sur les rails ?* (2001) ; n° 23, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique* (2003) ; n° 30, *Les pratiques du commerce électronique* (2007). Voir aussi (notamment) : H. DE LOOSE et S. PIETERS, « Online contracteren, een realiteit », *Knelpunten Handelsrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2007.

2. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du Crid, n° 23, Bruxelles, Bruylant, p. 174.

Section 8

L'échange de données informatisées (EDI)

190. Définition

Entre entreprises, il se peut que des procédures d'échanges de données automatisées soient organisées. L'ordinateur de chacune des parties est alors configuré pour envoyer et recevoir les informations, sans qu'une intervention humaine ne soit nécessaire¹. Les parties rédigent une convention, une sorte de cahier des charges, qui précise les données techniques à respecter et la valeur juridique des données échangées : c'est la « convention d'interchange ». Ce type de procédure est dénommé « *electronic data interchange* » ou « échange de données informatisées », en abrégé EDI.

Par définition, ce type d'échange est toujours accompagné d'une convention préalable, qui règle les aspects juridiques, notamment de preuve².

On trouve mention de l'EDI dans la réglementation belge relative à la facture électronique (voir *infra*, n° 200).

Section 9

Preuve de paiements par voie électronique

191. Problématique

Le problème de la preuve des paiements par voie électronique a beaucoup intrigué la doctrine durant les années 80. A l'époque, il s'agissait surtout d'examiner la validité des paiements par carte effectués par l'intermédiaire de terminaux bancaires. La réglementation relative aux signatures électroniques a, pour l'essentiel, rendu ces discussions sans objet.

Il en va de même des virements électroniques effectués grâce aux logiciels de PC banking. Ces virements sont accompagnés de formes de signatures électroniques, dont la validité n'est plus discutée.

Les problèmes de charge de la preuve sont, quant à eux, réglés par la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de trans-

1. Voir : D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 258-4. Pour les lecteurs intéressés par une étude approfondie : B. DE SCHUTTER, M. DESPONTIN et L. VAN RYCKEGHEM, *Electronic data interchange*, Bruxelles, VUB Press, 1998.

2. Voir : E. WERY, « Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique ? », *D.A.O.R.*, 1999, p. 154 et s., spéc. 167.

fert électronique de fonds¹. Tout comme dans la législation sur les contrats à distance, la charge de la preuve du respect des obligations d'information qui incombent à l'émetteur de l'instrument de transfert électronique de fonds pèse sur celui-ci (voir notamment art. 4, § 1^{er} et 5, § 1^{er} de la loi).

En cas de contestation d'une opération effectuée à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, l'émetteur devra apporter la preuve que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance, à condition que la contestation lui soit notifiée moins de trois mois après la communication au titulaire des informations relatives à cette opération. (art. 6, 8°)

Section 10

Questions particulières : horodatage et archivage

192. Intervention des tiers de confiance

Nous avons vu, lors de l'examen de la signature électronique, le rôle joué par le tiers chargé de certifier l'identité du signataire. Ce n'est qu'un exemple de l'intervention de ce qu'il est coutume d'appeler un « tiers de confiance » (*trusted third party*). Ces intermédiaires interviennent dans bon nombre d'opérations ou processus, impliquant le recours à l'informatique, pour assurer des tâches très diverses : certifier l'acheminement d'un courrier recommandé électronique, conserver des archives, certifier la date d'une opération, certifier le contenu d'un site web... Parmi ces missions, deux vont retenir notre attention : l'archivage et l'horodatage.

193. L'archivage

La conservation de documents intéresse de près bon nombre d'administrations et d'entreprises. Les tiers de confiance chargés de l'archivage de documents vont conserver des versions numériques de documents, après que l'original – sur support papier ou électronique – ait été détruit par leur propriétaire. Cette fonction permet ainsi de décharger le propriétaire des archives de la responsabilité et des

1. Sur cette loi, voyez, notamment : M. DEMOULIN, « Le paiement électronique », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2007 ; T. 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. 573 et s. ; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques. Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2002, p. 185 et s. ; L. ROLIN JACQUEMYS, « Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *Bull. ass.*, 2003, dossier n° 9, p. 119 et s. ; R. STEENNOT, « Elektronisch betalen: eindelijk een wettelijke regeling », *NjW*, 2002, p. 83 et s.

problèmes matériels engendrés par l'archivage¹. Sur le plan juridique, cette pratique pose évidemment le problème de la force probante des copies numériques conservées par le tiers. Car il s'agit bien de copies. Or nous connaissons le piètre statut des copies en droit civil (voir *supra*, n° 153). Même si les exigences relatives au statut légal du tiers archiviste donnent à ces copies une bonne garantie de l'absence de falsifications, force est de constater que cette situation est insatisfaisante. On souhaiterait, pour clarifier les choses, que ces copies détenues par un prestataire de services d'archivage bénéficient d'une force probante plus élevée.

Le problème de la conservation des pièces comptables est une bonne illustration du service que des tiers archiviste pourront apporter aux entreprises, lorsque la réglementation adéquate aura été adoptée. Le Code de la T.V.A. impose une durée de sept ans pour la conservation des livres, factures et autres documents dont la tenue, la rédaction ou la délivrance sont prescrits par le Code (art. 60). L'article 60 § 4 du Code dispose à ce sujet que : « les factures reçues par papier sont conservées dans leur forme originale ou de manière digitale. Dans le cas d'une conservation digitale, les technologies utilisées ou les moyens de procédure doivent garantir l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des factures. » Par ailleurs, l'article 9 de l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relatif à la comptabilité des entreprises impose la tenue des livres durant dix ans. Certains livres doivent être conservés en original alors que d'autres peuvent être conservés en copie.

194. L'horodatage

Le problème est identique pour l'horodatage². Le tiers intervient cette fois pour certifier la date d'une opération, passée par voie électronique. Pour rappel, la date n'est certaine entre parties que dans les trois cas prévus à l'article 1328 (voir *supra*, n° 130). Elle n'est jamais opposable aux tiers. Ce régime assez sévère handicape l'efficacité de l'intervention des horodateurs. Ici aussi, une intervention du législateur serait bienvenue pour donner plus de garanties juridiques à la date certifiée par un tiers agréé.

Le régime juridique des tiers de confiance est actuellement fixé par la loi du 15 mai 2007, fixant un cadre juridique pour les prestataires de services de confiance³. Cette loi énonce, de manière assez générale, les obligations qui pèsent

1. Sur cette question, voir : M. DEMOULIN et D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ? », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 101 et s.

2. Sur cette question, voir : M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 43 et s.

3. Sur cette loi, voir : J. DUMORTIER, « De wet van 15 mei 2007 tot vaststelling van een juridisch kader voor sommige verleners van vertrouwensdiensten : een eerste verkenning », *R.D.C.*, 2007, p. 649 et s.

sur ces prestataires mais elle ne définit pas les aspects juridiques précis de leur intervention. En particulier, la force probante des documents archivés ou des dates certifiées n'est pas réglementée. Il faudra donc attendre les développements législatifs postérieurs pour que cette question soit réglée.

195. Applications en droit commercial

Rappelons que, entre commerçants, l'intervention de ces tiers de confiance n'est pas requise, compte tenu de la liberté des preuves. Elle apporte toutefois une valeur ajoutée, en écartant toute possibilité de litige concernant certains éléments importants d'un rapport contractuel, comme le contenu de la convention ou sa date.

Chapitre III

Les modes de preuve propres au droit commercial

Bibliographie importante

Généralités

- CLABOTS, A., « Bewijs van handelsverbintenissen », *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 2001.
- DIEUX, X., « La preuve en droit commercial », *R.D.C.*, 1986, p. 84 et s.
- MOUGENOT, D. et R., *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.
- TROCH, K., « Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999) », *D.A. O.R.*, 2001, p. 102 et s.
- VAN RYN, J. et HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981.
- VAN OMMESELAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 145 et s.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN, L., « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.

La facture

- BALLON, G.-L., « Vermeldingen op de factuur die afwijken van de termen van een overeenkomst », *D.A. O.R.*, 2006, p. 38 et s.
- BALLON, G.-L. et DIRIX, E., *La facture*, Malines, Kluwer, 1996.
- BOSMANS, M., « Les conditions générales en matière contractuelle », *J.T.*, 1981, pp. 17-24, 33-43 et 53-58.
- CLOQUET, A., *La facture*, Bruxelles, Larcier, 1959.
- D'AOUT, O., « Le contentieux de la facture devant les juridictions du commerce », in *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, Liège, éd. Jeune Barreau, 2003, p. 239 et s.
- DE CONINCK, B., « La facture acceptée par un non-commerçant », *J.L.M.B.*, 2004, p. 1720 et s.
- HOUBEN R., « De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop », *R.W.*, 2005-2006, p. 1098 et s.

La comptabilité

BALLON, G.-L., « De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming », *D.A. O.R.*, 2007, p. 260 et s.

Section 1 La facture

§ 1. PREUVE DES VENTES PAR FACTURE ACCEPTÉE¹

196. Principe

L'article 25, alinéa 2 du Code de Commerce dispose : « Les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi commerciale ».

Ce texte institue un mode de preuve spécifique, différent de ceux du droit commun que nous avons rencontrés mais sans pour autant les éliminer ; il s'y ajoute.

Cette règle inscrite au titre IV du livre 1 du Code de Commerce sous la rubrique « la preuve des engagements commerciaux » ne vise que les rapports entre commerçants ; elle n'est pas applicable si le destinataire de la facture n'est pas commerçant².

Une facture acceptée tacitement par un non-commerçant pourrait néanmoins servir de preuve dans les limites du droit commun, par exemple à titre de présomption si celle-ci est admissible³.

Pour jouer son rôle spécifique, la facture doit être acceptée, expressément ou tacitement, par son destinataire (voir n° 156 et s.). Une facture non acceptée est une affirmation unilatérale d'une créance et n'a pas de force probante particulière.

Si on applique littéralement l'article 25 du Code de commerce, la force probante de la facture acceptée est limitée aux factures constatant des ventes commerciales⁴. Selon un premier courant doctrinal et jurisprudentiel, ce régime s'applique toutefois, de manière identique, à toute autre forme de facture, notamment pour

1. Pour une étude approfondie, consulter sur ces questions : A. CLOQUET, *La facture*, Bruxelles, Larcier, 1959 ; G.-L. BALLON et E. DIRIX, *La facture*, Malines, Kluwer, 1996.
2. VAN RYN et HEENEN, T. III, 2e éd., n° 63.
3. B. DE CONINCK, « La facture acceptée par un non-commerçant », *J.L.M.B.*, 2004, p. 1720 et s.
4. P. VAN OMMESSLAGHE, *op cit.*, *R.C.J.B.*, 1978, n° 132 et *op cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 249.

prestations de services dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Selon un autre courant, le régime de l'article 25 ne s'applique qu'aux ventes mais l'acceptation de factures pour d'autres types d'engagements commerciaux pourra cependant être retenue comme présomption, selon les règles générales de droit commercial¹. La Cour de cassation a clairement retenu la seconde conception, en indiquant que, pour les engagements commerciaux autres que les ventes, pour lesquels il est habituel d'émettre des factures, l'acceptation constitue une présomption de l'homme de conformité de la facture par rapport aux conditions du contrat². Cela explique que, bien souvent, la jurisprudence commerciale ne fait pas de distinctions entre les factures relatives à des ventes et celles qui sont relatives à des prestations de services.

Par ailleurs, la force probante exacte de la facture acceptée est controversée. Selon certains, elle crée une **présomption légale irréfutable**, selon laquelle la facture fait preuve des éléments du contrat³. Le débiteur qui conteste pourrait donc tout au plus remettre en cause l'existence de l'acceptation, car, une fois la facture acceptée, plus aucune preuve contraire n'est possible. Selon d'autres, il s'agit seulement d'une **présomption réfragable** et la preuve contraire pourra être rapportée⁴. Dans cette hypothèse, le débiteur qui conteste peut non seulement attaquer l'existence de l'acceptation mais aussi, si l'acceptation est établie, il peut encore rapporter la preuve contraire du contenu de la facture.

La solution à ces controverses se trouve-t-elle dans la jurisprudence de la Cour de cassation ? Dans un arrêt du 7 janvier 2005⁵, la Cour a décidé que « conformément à l'article 25, alinéa 2 du Code de commerce, en matière d'engagements commerciaux, le juge peut déduire une **présomption de l'homme** de l'acceptation de la facture et y puiser la preuve que le débiteur a marqué son accord sur l'obligation reprise dans la facture ». Cet enseignement, traditionnel pour les contrats autres que les ventes, surprend toutefois, car, dans le dossier soumis à la Cour, les factures portaient sur des ventes commerciales⁶. La portée de cet arrêt est dès lors controversée⁷. On peut se demander si, en parlant d'engagements commer-

1. G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 219 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.* ; N. VERHEYDEN – JEAN-MART, *op. cit.*, n° 681 ; B. DE CONINCK, *loc cit.*
2. Cass., 1^{re} décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 440 ; Cass., 29 janvier 1996, *Pas.*, 1997, I, 143 ; Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, 72 ; Cass., 24 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, 931.
3. X. DIEUX, *op. cit.*, p. 104 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *op cit.*, n° 132, p. 726 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 63.
4. G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 193. Dans la jurisprudence, voir : K. TROCH, « Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999) », *D.A. O.R.*, 2001, p. 122, n° 98.
5. *D.A. O.R.*, 2006, liv. 77, 37, note BALLON ; *Pas.*, 2005, I, 39 ; *R.W.*, 2005-06, 1097, note HOUBEN.
6. Dans les arrêts des 1^{er} décembre 1967, 29 janvier 1996 et 27 janvier 2000 (cités ci-dessus, note 161), elle parle de « engagements commerciaux, tels des contrats d'entreprise », ce qui indique clairement que cette notion ne se limite pas aux ventes.
7. Voir R. HOUBEN, « De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop », *R.W.*, 2005-2006, p. 1098 et s., n° 5.

ciaux en général dans un tel contexte, la Cour n'a pas souhaité étendre aux contrats de vente le principe admis pour les autres contrats. Or, la référence à la présomption de l'homme écarte l'idée d'une présomption irréfragable. En effet, les présomptions de l'homme sont soumises à l'appréciation du juge et ne sont jamais irréfragables (voir *supra*, n° 155). Si cette jurisprudence se confirme, il faudrait en déduire que, dans toutes les formes de contrats commerciaux (vente ou autre), le juge peut considérer l'acceptation de la facture – expresse ou tacite – comme une présomption réfragable de l'accord du destinataire sur l'obligation que la facture constate.

Ce que la loi envisage est la **preuve contre le destinataire de la facture** ; celle-ci pourrait cependant être invoquée, selon le droit commun, contre l'expéditeur comme **aveu** ou présomption ; on pourrait même la considérer comme un écrit si elle était signée par son auteur.

§ 2. LA FACTURE : NATURE – CONTENU

197. Contenu et signature

La facture est un document rédigé par un commerçant dans lequel sont mentionnés l'espèce et le prix des marchandises ou des services fournis, le nom du client et l'affirmation de sa dette¹.

Il est fréquent qu'elle contienne des conditions générales imprimées au recto ou au verso (voir n° 158).

Habituellement, elle n'est pas signée (voir cependant ci-après, petit texte), sinon pour constater le paiement en dessous de la mention « pour acquit ». Certains pensent que la signature seule, sans la mention de l'acquit, suffirait pour prouver le paiement² mais cette opinion est controversée³.

Pour servir de preuve, la facture ne doit pas nécessairement être datée.

Il n'existe pas de dispositions générales indiquant le contenu d'une facture. Nous nous sommes placés ici dans la perspective de l'article 25 du Code de Commerce. Mais d'autres lois sont plus précises et peuvent exiger la signature (art. 14, Loi du 25 octobre 1919 pour les factures cédées ou données en gage ; art. 20, 5°, al. 3, Loi hypothécaire, pour les factures déposées au greffe du tribunal de commerce afin de bénéficier du privilège du vendeur

impayé de machines industrielles – il en va aussi de même, dans une certaine mesure, pour la facture électronique – voir *infra*, n° 200), l'indication du compte bancaire (art. 1er, A.R. du 10 novembre 1967), la date et la mention de l'inscription au facturier de sortie (législation sur la T.V.A.).

La facture est un document unilatéral. En soi, elle ne devrait pas suffire pour prouver contre un client car nul ne peut se forger une preuve pour lui-même. Aussi peut-on comprendre qu'elle n'acquiert son rôle probatoire spécifique que si elle est acceptée par le client.

§ 3. L'ACCEPTATION

198. Principe

L'acceptation joue un rôle capital. Elle peut être expresse, mais généralement, elle est tacite et résulte de l'absence de protestation du client dans un délai « normal » qui sera apprécié par le juge.

Quand il s'agit de factures, en raison de leur force probante propre, l'absence de protestation du commerçant destinataire sera pratiquement toujours considérée comme une acceptation⁴.

Il n'y a cependant pas là une règle absolue. Mais il appartiendrait au client de démontrer que son silence doit s'interpréter autrement que comme une acceptation. Par ailleurs, la protestation n'est pas soumise à une règle de forme particulière et peut même être purement verbale, pour autant que la preuve en soit rapportée².

En outre, le vendeur qui fonde sa demande en paiement sur l'acceptation tacite de factures, déduite du défaut de protestation en temps utile de ces factures, est tenu d'apporter la preuve de la date à laquelle le destinataire a reçu ces factures³. Cependant, on peut trouver une **présomption d'envoi** des factures dans leur mention dans le facturier des ventes du fournisseur⁴. Mais cela ne fait pas preuve de la réception.

1. J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, n° 59.

2. A. CLOQUET, *op. cit.*, n° 627 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, 2^e éd. n° 64 ; G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 100.

3. Voir D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 210.

1. G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 203 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, T. III, 2^e éd., n° 17 *in fine*.

2. G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 212 ; K. TROCH, *op. cit.*, n° 83.

3. Cass., 6 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1784 ; *RABG*, 2004, 713, note BAECK ; *R.W.*, 2006-07 (reflet), 1777 ; *R.D.C.*, 2004, 268 ; Cass., 6 novembre 2003, R.G. C010600N ; Cass., 8 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 192.

4. Comm. Bruxelles, 10 mai 1990, *R.D.C.*, 1991, 522 ; Comm. Hasselt, 30 septembre 1992, *Entr. et dr.*, 1992, 3/9 ; Comm. Turnhout, 4 mai 1995, *Turn. Rechtsl.*, 1995-1996, 153 ; Gand, 25 septembre 1998, *R.D.C.*, 1999, 67 ; FREDERICQ, *Traité*, T. I, n° 156.

§ 4. L'ACCEPTATION TACITE ET LES CONDITIONS GÉNÉRALES

199. Effet de l'acceptation en ce qui concerne les conditions générales

Mais les effets de l'acceptation dépassent la simple reconnaissance de la réalité de l'opération que la facture constate : selon une jurisprudence assez importante, le défaut de protestation par un commerçant à la réception d'une facture de vente constitue aussi la **preuve d'une acceptation des conditions générales de vente imprimées sur la facture**. Nous avons vu plus haut que, pour que des conditions générales soient intégrées dans une convention, il faut, en principe, qu'elles aient été connues au moment de la conclusion du contrat (voir *supra*, n° 159). Elles devraient alors figurer sur le devis ou avoir été communiquées lors de relations contractuelles antérieures. Il serait trop tard de les faire connaître pour la première fois dans une facture émise alors que l'exécution du contrat est déjà en cours. Ceci n'empêche toutefois pas que l'acceptation de la facture peut être interprétée comme prouvant la reconnaissance *a posteriori* par le client de son acceptation antérieure des conditions générales. Dans ce cas, la preuve d'une communication des conditions générales lors de la conclusion du contrat ne devrait pas être rapportée. La question reste cependant délicate et donne lieu à des interprétations divergentes.

On peut discerner à ce sujet **deux grands courants** dans la doctrine et la jurisprudence¹.

Le **premier** courant considère qu'une facture ne peut faire preuve que d'un accord préexistant et que l'ensemble des conditions du contrat doit être connu lors de la conclusion. Les conditions générales qui apparaissent pour la première fois sur la facture ne sont donc pas prises en considération.

Le **second** estime que l'absence de contestation de la facture emporte également acceptation des conditions générales qui y sont jointes. Il est donc envisageable que cette acceptation s'applique à des conditions générales qui apparaissent pour la première fois sur la facture. Toutefois, même dans cette dernière conception, des

1. G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 229 et s. ; M. BOSMANS, *op. cit.*, n° 15 et s. ; O. D'AOUT, « Le contentieux de la facture devant les juridictions du commerce », *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, Liège, éd. Jeune Barreau, 2003, p. 239 et s., spéc. 256 et s. ; X. DIEUX, *op. cit.*, p. 103 et s. ; P. GRÉGOIRE, *La vente*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1987, p. 78 ; K. TROCH, *op. cit.*, n° 112 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Les conditions générales de vente », *Renaissance du phénomène contractuel*, La Haye, éd. Fac. Dr. Liège, 1971, p. 266.

exceptions sont admises, dans lesquelles l'acceptation de la facture n'implique pas acceptation des conditions générales¹ :

- lorsque les conditions générales reprises sur la facture dérogent à des conditions contractuelles convenues antérieurement – l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2005 (voir *supra*, n° 196) aborde toutefois cette question et décide que le juge peut aussi déduire une présomption de l'acceptation d'une facture, même lorsque les mentions de cette facture dérogent partiellement à une convention écrite entre parties² ;
- lorsque le destinataire a expressément exclu l'application des conditions générales de son cocontractant³ ;
- lorsque le destinataire doit effectuer des démarches supplémentaires pour prendre connaissance des conditions générales (consulter le Moniteur, s'adresser à une chambre de commerce ...) ;
- en cas d'absence de référence aux conditions générales, lorsqu'elles ne sont pas directement lisibles sur la facture ;
- lorsque les conditions générales sont établies dans une langue que le destinataire ne comprend pas ;
- lorsque les conditions générales contiennent des clauses inhabituelles ou excessives.

Ajoutons, pour les actes mixtes, qu'en matière civile, il est exclu que l'on puisse invoquer des conditions non communiquées à l'égard d'un client non commerçant.

La protestation renvoie la balle dans le camp du fournisseur : c'est lui qui aura la charge de prouver l'opposabilité des conditions générales qu'il invoque.

§ 5. LA FACTURE ÉLECTRONIQUE

200. Régime de la facture électronique

1. G.-L. BALLON et E. DIRIX, *op. cit.*, n° 232 et s. ; K. TROCH, *op. cit.*, n° 113 et s.
 2. G.-L. BALLON, « Vermeldingen op de factuur die afwijken van de termen van een overeenkomst », *D.A.O.R.*, 2006, liv. 77, p. 38 et s.
 3. Il se peut que les conditions générales des deux parties contiennent des clauses contradictoires à ce sujet. Sur la manière de résoudre cette « battle of forms » en droit belge, voir *supra*, n° 159, note 2.

La loi du 28 janvier 2004, modifiant le Code de la T.V.A., autorise l'émission de **factures sous forme électronique**, sous réserve de l'acceptation du cocontractant (art. 53octies du C. T.V.A. et A.R. n° 1, art. 1^{er}, § 2). Les modalités d'utilisation de ces factures électroniques figurent à l'arrêté royal n° 1, portant application du Code de la T.V.A.¹. L'article 1^{er}, § 3 de cet arrêté royal précise que, sans préjudice d'autres méthodes acceptées par le Ministre des finances, les factures transmises par voie électronique sont acceptées par l'administration, à condition que l'**authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu** soient garanties:

- soit au moyen d'une **signature électronique** dite « qualifiée »²,
- soit au moyen d'un **échange de données informatisées** lorsque l'accord entre les parties relatif à cet échange prévoit l'utilisation de procédures garantissant l'authenticité de l'origine et l'intégrité des données.

Il en résulte que, sauf courant d'affaires par voie électronique organisé par les parties (EDI) (voir *supra* n° 190), le recours à la signature électronique est nécessaire pour garantir l'origine et l'intégrité de la facture. Nous avons vu plus haut (voir *supra*, n° 197) que, selon certains auteurs, la signature de la facture était une preuve de son acquittement. Cette fonction particulière de la signature ne peut évidemment être admise pour la facture électronique, à partir du moment où elle est systématiquement signée. En effet, on ne peut déduire le paiement de la facture de la présence d'une signature que s'il n'est pas habituel de signer les factures³.

Pour le reste, le régime de ces factures électroniques est globalement similaire à celui des factures papier⁴.

1. A.R. n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, modifié, pour ce qui concerne la facture électronique, par l'A.R. du 16 février 2004.
2. En réalité, le terme « qualifié » n'est pas utilisé dans le texte, qui utilise la formulation complexe évoquée *supra*, au n° 179 ; nous le mentionnons par souci de lisibilité.
3. Voir sur ce point : D. GOBERT, « La directive du 20 décembre 2001 : vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 27 et s. Cet auteur comprend l'exigence de signature mentionnée tant dans la directive européenne que dans l'A.R. n° 1, qui en assure la transposition en droit belge, comme une exigence technique et non juridique, ce qui lèverait la difficulté énoncée dans ce paragraphe.
4. Voir : E. WERY, *Facturer électroniquement*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 115 et s.

Section 2

La comptabilité commerciale

§ 1. COMPLEXITÉ DE LA MATIÈRE

201. Exposé des règles applicables

Les règles sommaires et désuètes relatives aux « livres de commerce » contenues dans les articles 16 à 19 du Code de Commerce ont été abrogées et remplacées par la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, complétée par plusieurs arrêtés royaux d'exécution. Une bonne part de la réglementation comptable figure par ailleurs à l'arrêté royal du 30 janvier 2001, portant exécution du code de sociétés.

Toutes les entreprises commerciales au sens large du terme sont obligées de tenir une comptabilité. Les exigences varient selon les critères fixés cette loi, suivant qu'il s'agit d'une entreprise petite ou grande¹. Les petites entreprises et les personnes physiques peuvent se contenter de tenir des livres comptables et ne sont pas tenus de respecter le plan minimum comptable normalisé.

Le nouveau droit comptable ne nous intéresse ici qu'en tant qu'il concerne les questions de preuve. A cet égard, les dispositions anciennes sur la force probante des livres de commerce ont été maintenues (art. 20-24, C. com.). On s'est contenté essentiellement de modifications de forme en remplaçant les termes « livres de commerce » par « comptabilité ». La jurisprudence et les commentaires antérieurs à 1975 restent dès lors valables.

La matière est complexe. L'article 20 du Code de commerce, qui énonce que la comptabilité peut être admise pour faire preuve entre commerçants, doit être combiné avec les articles 1329 et 1330 du Code civil, qui font apparaître la relation éventuelle avec des non-commerçants, de même qu'avec les règles générales de preuve en matière commerciale, qui permettent toujours la preuve par présomptions contre un commerçant.

1. Les critères de distinction figurent à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 12 septembre 1983, portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

§ 2. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA PREUVE PAR LA COMPTABILITÉ

202. Force probante de la comptabilité

Ce type de preuve est toujours subordonné à une **autorisation préalable** du juge dont les pouvoirs, sur ce point, sont discrétionnaires.

La force probante des mentions comptables n'est **jamais absolue**. Le juge en apprécie la portée. Ce principe comporte deux exceptions. Le juge est lié par ce qu'il trouve dans la comptabilité¹ :

- si la réalité de l'opération alléguée contre un commerçant découle de la comptabilité tenue par ce dernier, car on doit y voir un aveu (voir n° 165),
- si l'une des parties a offert d'ajouter foi à la comptabilité de son adversaire ; le juge est alors tenu par la reconnaissance, par l'une des parties, de la force probante de la comptabilité d'une autre partie : en élevant une contestation dans ce contexte, il irait à l'encontre de l'accord des parties (ce qui serait contraire au principe dispositif, voir *supra*, n° 121).

Aux termes de l'article 20 du Code de Commerce, « la comptabilité **régulièrement tenue** peut être admise par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce ». Une comptabilité doit être tenue avec régularité (sans retard)², de manière complète³ et, sauf dispense légale, en respectant les principes de la comptabilité en partie double⁴.

Malgré l'exigence de régularité, le juge pourrait appuyer sa conviction sur une **comptabilité irrégulière**, s'il y trouve des indices fiables, lorsqu'il s'agit de prouver contre un commerçant. C'est une application du principe de la liberté des preuves. Ces indices joueraient alors le rôle de présomptions⁵. Il va de soi qu'une comptabilité irrégulière risque d'avoir beaucoup moins de poids qu'une comptabilité tenue régulièrement. Le juge devra notamment apprécier l'ampleur de l'irrégularité (est-elle limitée à quelques opérations ou affecte-t-elle l'ensemble de la comptabilité ?)⁶.

1. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 70 ; N. VERHEYDEN - JEANMART, *op. cit.*, n° 658 ; G.-L. BALLON, « De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming », *D.A. O.R.*, 2007, p. 260 et s., n° 3.

2. Loi du 17 juillet 1975, art. 4.

3. *Ibid.*, art. 3.

4. *Ibid.*, art. 4.

5. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 68, 70 et 71.

6. G.-L. BALLON, *op. cit.* (2007), n° 2 ; pour un exemple dans lequel la Cour de cassation a considéré que les irrégularités excluaient la possibilité d'ajouter foi aux mentions d'une comptabilité, voir : Cass., 3 décembre 2007, *R.D.C.*, 2008, 285.

§ 3. TROIS HYPOTHÈSES SONT À ENVISAGER

203. Première hypothèse : comptabilité invoquée contre celui qui l'a tenue

La comptabilité commerciale peut toujours être invoquée contre son auteur. Peu importe que celui qui l'invoque soit lui-même commerçant ou non (art. 1330 C. civ.). La comptabilité, dans ce cas, joue le rôle d'**aveu**. Un commerçant est donc lié par ce que l'on découvrira dans sa propre comptabilité, sauf s'il prouve avoir commis une erreur de fait (voir n° 168). Très logiquement, comme c'est de règle en matière d'aveu (voir n° 169), l'article 1330 énonce l'**indivisibilité** de l'aveu. On doit prendre les mentions comptables comme telles et non uniquement ce qui est avantageux. Selon la Cour de cassation, cette règle ne s'appliquerait pas à une comptabilité irrégulière¹.

La comptabilité constitue toutefois une forme d'aveu extrajudiciaire. Contrairement à l'aveu judiciaire, qui s'impose d'emblée au juge, l'existence d'un aveu extrajudiciaire est soumise à l'appréciation du juge : celui-ci doit déterminer si les éléments de la cause permettent effectivement de retenir l'existence d'un aveu. Dans le cas précis de la comptabilité, le juge doit vérifier si les éléments des livres comptables constituent véritablement un aveu dans le chef de leur auteur. Les irrégularités de la comptabilité peuvent s'avérer déterminantes sur ce point².

204. Deuxième hypothèse : comptabilité invoquée par son propre auteur contre un autre commerçant

C'est possible, aux termes de l'article 20 du Code de Commerce, pour autant que l'engagement du commerçant à qui l'on oppose sa comptabilité présente un caractère commercial et que cette comptabilité, en principe, soit régulièrement tenue. Cette règle est une exception au principe selon lequel nul ne peut se forger ses propres instruments de preuve. Cela s'explique par le fait que tous les commerçants sont supposés tenir une comptabilité et que le contrôle des mentions de la comptabilité d'un commerçant est toujours possible en vérifiant la contrepartie dans la comptabilité de son cocontractant³. Mais, en cas d'opposition entre les mentions de deux comptabilités régulièrement tenues, il n'est pas possible de privilégier l'une par rapport à l'autre. Le juge doit alors trancher la cause en appréciant les éléments extrinsèques⁴.

Nous venons de dire (voir *supra*, n° 202) que la régularité de la comptabilité ne s'impose pas rigoureusement. Il y a cependant très peu de chances qu'un commerçant triomphe grâce à sa propre comptabilité, si elle est irrégulière.

1. Cass., 29 janvier 1957, *Pas.*, 1957, I, 631.

2. Cass., 3 décembre 2007, *R.D.C.*, 2008, 285.

3. G.-L. BALLON, *op. cit.* (2007), n° 2.

4. Comm. Mons, 4 janvier 2007, *D.A. O.R.*, 2007, 258.

205. Troisième hypothèse : comptabilité invoquée par son propre auteur contre un non-commerçant

En principe, conformément à l'article 1329 du Code civil, un commerçant ne peut jamais faire la preuve qui lui incombe au moyen de sa propre comptabilité, si son adversaire est un non-commerçant.

La finale de l'article 1329 comporte cependant une exception. S'il s'agit de « fournitures », c'est-à-dire, s'il s'agit d'une demande portant sur le prix impayé d'une marchandise¹, le juge pourra, facultativement, trouver dans la comptabilité du demandeur commerçant le commencement de preuve qui, aux termes de l'article 1367, 2° du Code civil, lui permettrait de déférer au commerçant le serment supplétoire (voir *supra*, n° 173). Il pourra aussi considérer les comptes du commerçant comme une présomption, lorsque ce mode de preuve est autorisé (pour des opérations de faible importance par exemple)².

§ 4. MODALITÉS DE LA PRODUCTION DE LA COMPTABILITÉ³

206. Représentation et communication

La loi a voulu préserver le secret des affaires.

En principe, l'adversaire n'est admis à prendre connaissance que de la partie de la comptabilité qui intéresse le différend. Ce mode de production s'appelle la **représentation** (art. 22 C. com.). C'est le tribunal qui, après examen ou sur avis d'un expert, déterminera « ce qui intéresse le différend ».

Dans des cas exceptionnels énumérés par la loi (article 21), le tribunal peut permettre de prendre connaissance de toute la comptabilité de l'adversaire ; c'est ce que la loi appelle la **communication**. Elle n'est autorisée que dans les affaires de succession, communauté, partage de sociétés et faillites.

Si une partie offre d'ajouter foi à la comptabilité de l'autre, le refus de la produire permet au juge de déférer au premier le serment supplétoire (art. 24) mais ce n'est qu'une faculté pour le juge, qui n'est même pas tenu d'ajouter foi au serment prêté.

Si l'on a demandé à l'adversaire de produire sa comptabilité sans cependant offrir d'y ajouter foi, le refus de production ne sera qu'une présomption contre celui qui s'abstient.

1. Cass., 10 octobre 1929, *Pas.*, 1929, I, 321.

2. G.-L. BALLON, *op. cit.* (2007), n° 3 ; Liège, 2 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, 208.

3. Pour plus de détails, consulter J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 74 et s.

Bibliographie

- ALLEMEERSCH, B., « De heimelijke opname van een eigen (telefoon) gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen », *D.A. O.R.*, n° 83, 2007, p. 333 et s.
- ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 2007.
- ALLEMEERSCH, B. et SCHOLLEN, P., « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, p. 41 et s.
- ANTOINE, M. et GOBERT, D., « La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », *J.T. dr. eur.*, 2000, p. 73 et s.
- BALLON, G.-L., « Vermeldingen op de factuur die afwijken van de termen van een overeenkomst », *D.A. O.R.*, 2006, p. 38 et s.
- BALLON, G.-L., « De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming », *D.A. O.R.*, 2007, p. 260 et s.
- BALLON, G.-L. et DIRIX, E., *La facture*, Malines, Kluwer, 1996.
- BEAUPAIN, L., « Signature à la griffe », *J.T.*, 1967, p. 4.
- BIQUET-MATHIEU, C. et DECHARNEUX, J., « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Formation Permanente CUP, Liège, 2003.
- BOSMANS, M., « Les conditions générales en matière contractuelle », *J.T.*, 1981, p. 17-24, 33-43 et 53-58.
- BUYLE, J.-P., « Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents », *J.T.*, 1993, p. 197 s.
- BUYLE, J.-P., « La preuve et le coût du paiement », *Rev. Dr. ULB*, 1993, p. 149 et s.
- CABOOR, P., « De wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatie middelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure : een eerste verkenning », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 637 et s.
- CATALA, N., *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961.
- CLABOTS, A., « Bewijs van handelsverbintenissen », *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 2001.
- CLOQUET, A., *La facture*, Bruxelles, Larcier, 1959.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000.

- D'AOUT, O., « Le contentieux de la facture devant les juridictions du commerce », in *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, Liège, éd. Jeune Barreau, 2003, p. 239 et s.
- DE CONINCK, B., « La facture acceptée par un non-commerçant », *J.L.M.B.*, 2004, p.1720 et s.
- DE CORTE, R., « Electronische handtekening en identificatie in de virtuele wereld », *R.D.J.P.*, 2001, p. 207 et s.
- DE GROOTE, B., « Het bewijs in de elektronische handel – enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 881 et s.
- DELFORGE, C., « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contractuelles et son incidence sur la formation des contrats », *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 479 et s.
- DE LOOSE, H. et PIETERS, S., « On-line contracteren, een realiteit », *Knelpunten Handelsrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2007.
- DEMOULIN, M., « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 4/2000, p. 361 et s.
- DEMOULIN, M., « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 43 et s.
- DEMOULIN, M., « Le paiement électronique », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2007.
- DEMOULIN, M. et GOBERT, D., « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ? », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 101 et s.
- DEMOULIN, M. et MONTERO, E., « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 131 et s.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967.
- DE SCHUTTER, B., DESPONTIN, M. et VAN RYCKEGHEM, L., *Electronic data interchange*, Bruxelles, VUB Press, 1998.
- DIEUX, X., « La preuve en droit commercial », *R.D.C.*, 1986, p. 84 et s.
- DUMORTIER, J., « De wet van 15 mei 2007 tot vaststelling van een juridisch kader voor sommige verleners van vertrouwensdiensten : een eerste verkenning », *R.D.C.*, 2007, p. 649 et s.
- DUMORTIER, J. et VAN EECHE, P., « De nieuwe wetgeving over digitale elektronische handtekening », in *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, La Charte, 1999, p. 1 et s.
- FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Liège, Coll. Scient. Fac. Dr. Liège, 2^e éd., 1987.
- FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, T. I, Gand, Rombaut-Fecheyr, 1946.

- FREDERICQ, S., « L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai d'une solution pragmatique », *R.T.D.Comm.*, 1962, p. 209 et s.
- FONTAINE, M., « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987.
- GELDHOF, W., « Contracteren tussen afwezigen », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Malines, f. mob.
- GILSON, S., ROSIER, K. et DERMINE, E., « La preuve en droit du travail », *La preuve – questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p. 179 et s.
- GOBERT, D., « La directive du 20 décembre 2001 : vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 27 et s.
- GOBERT, D. et MONTERO, E., « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 53 s. ; *D.A. O.R.*, 2000, p. 17 s.
- GOBERT, D. et MONTERO, E., « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124 et s.
- GOUBEAUX, G. et BIHR, P., *Répertoire de droit civil*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993.
- GRÉGOIRE, P., *La vente*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1987.
- GUINOTTE, L., « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 553 et s.
- KERZMANN, L., « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve – questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p. 155 et s.
- LAMBERT, T., « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2003, p. 573 et s.
- LECLERCQ, J.-F., « Essai d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, U.L.B., 1983, p. 338 et s.
- LECOCQ, P. et VANBRABANT, B., « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 51 s.
- MALENGREAU, X., « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques », *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 111 et s.
- MERTENS, D., « Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken », *R.W.*, 2005-2006, p. 1509 et s.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] Inleiding », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.

- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] Bewijslast en bewijsrisico », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] Voorrang voor het geschreven bewijs », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] Het schriftelijk bewijs », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] Bewijs met getuigen », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] De eed », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MINJAUW, H. et VANDENDRIESSCHE, J., « [Het bewijsrecht in burgerlijke zaken] Bewijs door bekentenis », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, f. mob., 2005.
- MONTERO, E., « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge », *La preuve*, Formation permanente CUP, vol. 54, 2002, p. 39 et s.
- MONTERO, E., « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 185.
- MONTERO, E., « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », *Le contrat sans papier (E-contracts)*, Bruxelles, Malines, Bruylant, Kluwer, 2003.
- MONTERO, E., « La conclusion du contrat à distance », *Obligations. Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, f. mob., 2007.
- MOREAU-MAGREVE, I., « Les conditions générales de vente », *Renaissance du phénomène contractuel*, La Haye, éd. Fac. Dr. Liège, 1971, p. 266.
- MOUGENOT, D., « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », *Ubiquité*, n° 7, déc. 2000, p. 121 et s.
- MOUGENOT, D., « La preuve – évolution et révolution », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Chartre, 2004, p. 121 et s.
- MOUGENOT, D., « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », in *La preuve*, Formation permanente CUP, vol. 54, 2002, p. 229 et s.
- MOUGENOT, D., « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 470 et s.
- MOUGENOT, D. et R., *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.
- MOURLON BEERNAERT, F., « [Le droit de la preuve] Règles générales », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006.

- MOURLON BEERNAERT, F. et GAUDY A., « [Le droit de la preuve] Moyens de preuve et leur force probante », *Obligations. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006.
- POULLET, Y., « 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. 39 et s.
- RENARD, M., « Force probante et force exécutoire des actes notariés », *Rép. not.*, T. XI.
- ROGER FRANCE, E. et DE GROOTE, E., « La valeur probante des signatures électroniques », *R.D.C.*, 2002, p. 185 et s.
- ROLIN JACQUEMYS, L., « Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *Bull. ass.*, 2003, dossier n° 9, p. 119 et s.
- STEENNOT R., « Elektronisch betalen: eindelijk een wettelijke regeling », *NjW*, 2002, p. 83 et s.
- STEENNOT, R., *Financiële diensten op afstand*, Gand, Larcier, 2006.
- STORME, M.-E., « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1505 et s.
- TAEYMANS, M., « Bewijsrecht in een geautomatiseerde bankomgeving », *Rev. Banque*, 1994, p. 224 et s.
- TERRÉ, F., SIMLER, P. et LEQUETTE, Y., *Droit civil – les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002.
- THUNIS, X. et SCHAUS, M., *Aspects juridiques du paiement par cartes*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 7 et s.
- TROCH, K., « Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in bandelszaken (1988-1999) », *D.A. O.R.*, 2001, p. 102 et s.
- VAN BAEVEGHEM, B., « De paraaf : 'Slip of the pen' of geldige handtekening », *R.G.D.C.*, 2006, p. 593 et s.
- VAN EECHE, P., *De handtekening in het recht – van pennentrek tot elektronische handtekening*, Bruxelles, Larcier, 2004.
- VAN OMMESSLAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 145 et s.
- VAN QUICKENBORNE, M., « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », *R.C.J.B.*, 1985, p. 65 et s.
- VAN REEPINGHEN, B. et VAN REEPINGHEN, L., « Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en point de mire », *J.T.*, 2008, p. 149 et s.
- VAN RYN, J. et HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, T. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- WERY, E., « Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique ? », *D.A. O.R.*, 1999, p. 154 et s.

WERY, E., *Facturer électroniquement*, Bruxelles, Larcier, 2007.

WERY, P., « L'interprétation *contra proferentem* », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1050 et s.

WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN L., « [La preuve] Généralités et principes », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.

WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN, L., « [La preuve] Le principe de la prééminence de l'écrit », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.

WERY, P., GOBERT, D. et KERZMANN, L., « [La preuve] La preuve littérale. », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, f. mob., 2003.