

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le charme discret des "petites" mesures d'instruction

Mougenot, Dominique

Published in:

Revue de droit judiciaire et de la preuve

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2007, 'Le charme discret des "petites" mesures d'instruction', *Revue de droit judiciaire et de la preuve*, Numéro 4, p. 239-257.

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.

Le charme discret des « petites » mesures d’instruction

Dominique Mougenot

Juge au tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux Facultés Notre Dame de la Paix à Namur

Introduction

1. Au chapitre VIII, intitulé « les preuves », le Code judiciaire rassemble les dispositions relatives aux procédures d’administration de la preuve. Des articles 870 à 1016 bis, le Code traite successivement des dispositions générales relatives à la preuve, de la production de documents, de la vérification d’écritures et du faux civil, de l’enquête, de l’expertise, de l’interrogatoire des parties, du serment, de la descente sur les lieux et du constat d’adultère. L’enquête et l’expertise se taillent la part du lion parmi ces dispositions mais on aurait tort de s’y arrêter. Les autres mesures d’instruction peuvent apparaître plus modestes mais n’en sont pas pour autant moins intéressantes à étudier. Le moment m’a paru opportun de faire le point sur ces diverses procédures, d’autant que certaines d’entre elles ont connu, dans la pratique, des développements inattendus alors que d’autres mériteraient de connaître un tel succès.

L’expertise a fait l’objet de nombreux colloques ces dernières années. Les actes de ces colloques ont été publiés sous les intitulés suivants: *L’expertise*, Facultés Universitaires Saint Louis, 1994; *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000; *L’expertise*, Bruylant, 2002; *L’expertise judiciaire – le rôle de l’expert-comptable et du conseil fiscal*, la Charte, 2003 et *L’expert et la justice*, La Charte, 2006. La réforme de l’expertise a également fait l’objet de premiers examens.¹ L’enquête a également fait l’objet d’un examen approfondi par Mr. P. DE BAETS: « Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen », *A.P.R.* 2000. Le constat d’adultère est régulièrement examiné dans le cadre des examens de jurisprudence relatifs aux procédures familiales. On peut citer à ce sujet les références suivantes: G. HIERNAUX, *Divorce et séparation de corps – chronique de jurisprudence 1989 – 1999*, Dossiers du J.T. (n° 32), Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 144 et s., ainsi que l’étude de

E. LEROY, « Le constat d’adultère », *Div. act.* 1998, pp. 146 et s. Je n’aborderai pas non plus le serment, matière qui relève essentiellement du droit civil et dont la procédure ne pose guère de problème.

Chapitre 1. La production de documents

Section 1. Principes

2. Dans un arrêt du 14 décembre 1995², la Cour de cassation a rappelé les principes applicables en matière de production de document: l’article 877 du Code judiciaire dispose que, lorsqu’il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention, par une partie ou un tiers, d’un document contenant la preuve d’un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document, ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure. Ces articles confèrent au juge une faculté mais ne lui imposent pas l’obligation d’ordonner la production de ces documents. Il s’agit donc d’une mesure purement facultative.³ Dans un arrêt du 18 janvier 2005, la Cour de cassation a précisé que le droit à un procès équitable n’implique pas que le juge doit accueillir la demande faite par une partie, tendant à la production de pièces en possession d’une autre partie. Le juge peut décider qu’il n’a pas besoin de ces pièces pour forger sa conviction et qu’elles ne doivent dès lors pas être produites.⁴ Toutefois, même si le juge est autorisé à ordonner la production de documents d’office, il reste tenu au respect du principe dispositif. Il ne peut, sans méconnaître ce principe, ordonner une mesure de production de documents fondée sur les articles 877 et s. C. jud., lorsque les parties lui ont demandé de trancher le litige sur la base de l’article 319bis CIR92 et ont exclu l’application de l’article 877.⁵

3. Par ailleurs, les conditions d’application de l’article 877 ont été détaillées comme suit par la doctrine:

¹ D. MOUGENOT, « L’expertise dans tous ses états », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2007, à paraître.

² R.W. 1996-97, 198 (abrégé), *Bull.* 1995, 1165; voir aussi: Cass. 17 juin 2004, R.G. C020503N.

³ Voir aussi: Anvers 11 mai 1992, *F.J.F.* 1992, 372.

⁴ Cass. 18 janvier 2005, R.G. P041225N; voir aussi: Cass. 24 septembre 2002, R.G. P020718N.

⁵ Cass. 2 juin 2005, *J.T.* 2006, 149.

- il faut que le document contienne la preuve d'un *fait pertinent*. Le fait pertinent est défini comme celui dont la preuve est utile, celui qui est en rapport avec le fait litigieux. Il n'est pas exigé qu'il soit concluant.⁶ Lorsque la procédure est demandée simplement pour donner un éclairage particulier sur le litige sans toutefois servir à établir un fait spécifique, elle doit être rejetée.⁷
- la production forcée doit concerner un document, c'est-à-dire un écrit mais aussi des photographies, des enregistrements...⁸;
- il peut être détenu par une partie ou par un tiers. Peu importe que le possesseur puisse invoquer un titre juridique;
- la preuve de cette détention doit résulter de présomptions graves, précises et concordantes. Il n'est pas question de solliciter la production de « tous documents utiles... » ou de documents dont l'existence apparaît douteuse. C'est la condamnation des « fishing parties », par lesquelles une partie tente, en détournant cette procédure de sa fonction, de glaner des documents au hasard.⁹ Ce principe devrait également interdire la désignation d'un séquestre, chargé de percevoir et détenir la totalité de la correspondance d'une partie.¹⁰

Il existe un cas particulier: l'article 16 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale prévoit que l'agent commercial peut exiger que lui soient fournies toutes les informations, en particulier un extrait des livres comptables, qui sont à la disposition du commettant et qui lui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues. Le champ d'application de cette disposition est beaucoup plus large que celui

de l'article 877 C. jud., dès lors que l'agent ne doit pas viser de documents précis ou établir par des présomptions graves, précises et concordantes que les documents demandés lui permettront d'établir son droit à la commission. Il s'agit donc d'une disposition exorbitante du droit commun, qui ne s'applique qu'à l'égard du commettant. A l'égard des tiers, on en revient au droit commun de la production de documents.¹¹

Le document doit exister – il ne peut s'agir d'un document à créer. La cour d'appel de Mons a décidé que la procédure de production de documents ne peut servir à faire exécuter, sans contrepartie, une prestation d'un service, à savoir une recherche dans une base de données et l'établissement d'une liste de résultats.¹²

4. La Cour de cassation a également eu l'occasion de rappeler l'inapplicabilité de la procédure de production de documents en matière pénale.¹³ Elle est également inapplicable à l'égard du ministère public, même siégeant en matière civile.¹⁴ Cette opinion est partagée par l'ensemble de la doctrine.¹⁵

Par ailleurs, dans certains cas, l'article 872 C. Jud. autorise le juge à demander au ministère public de recueillir des informations, ce qui n'est pas la même chose: d'une part, la demande n'a aucun caractère contraignant; d'autre part, il s'agit de recueillir des informations et non de communiquer un dossier déjà établi.

La procédure utilisée par le tribunal de commerce de Charleroi dans un cas d'espèce assez ancien est intéressante: dans une première décision¹⁶, il enjoignit au ministère public de déposer un dossier répressif, sur la base des articles 877 et suivants du Code judiciaire. Ayant essuyé un refus, le tribunal prononça un second jugement¹⁷, par

⁶ S. STIJS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *Jura Falc.* 1984-85, p. 208; J. VAN COMPENOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. dr. Louvain* 1981, p. 91; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery? », *J.T.* 1997, pp. 225 et s., n° 15.

⁷ Bruxelles 30 novembre 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 725. Pour un exemple de document non pertinent, voir: Anvers 17 mai 1999, *J.P.A.* 1999, 321.

⁸ S. STIJS, *o.c.*, p. 209; J. VAN COMPENOLLE, *o.c.*, p. 92.

⁹ A. BRUYNEEL, « Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978 », *J.T.* 1979, pp. 371 et s., n° 16; F. DELWICHE, « De sekwestratie van bewijsmateriaal – Een gerechtelijke hinderlaag? », *R.W.* 1977-78, col. 2025, n° 10; S. STIJS, *o.c.*, p. 209.

¹⁰ F. DELWICHE, *o.c.*; P. VAN OMMESLAGHE, « Le séquestre judiciaire en droit commercial », *R.D.C.* 1999, p. 243, n° 17; G.-L. BALLON, « Overlegging van stukken in een proces », *A.J.T.* 1999-2000, p. 725; N. LABEEUW, « De procedure van overlegging van stukken », *A.J.T.* 1999-2000, pp. 879 et s.

¹¹ Comm. Mons 17 octobre 2002, *J.L.M.B.* 2003, 167.

¹² Mons 1^{er} octobre 2002, *J.T.* 2002, 815.

¹³ Cass. 22 septembre 1993, *Pas.* 1993, I, 726, *J.L.M.B.* 1994, 7, *Rev. dr. pén.* 1994, 682.

¹⁴ Cass. 21 juin 1974, *Pas.* 1974, I, 1096.

¹⁵ A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL et C. PIRARD, « La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel », *Ann. dr. Liège* 1970, p. 206; S. STIJS, *o.c.*, p. 211; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, T. IV, Bruylant, Bruxelles, 1980, n° 12; J. VAN COMPENOLLE, *o.c.*, p. 93; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, *o.c.*, n° 19. *Adde*: Bruxelles (Jeun.) 29 avril 1994, *Pas.* 1994, II, 87. Voir cependant l'opinion plus nuancée de A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Fac. Dr. Liège, Liège, 1987, p. 357, n° 483.

¹⁶ 8 décembre 1971, *J.C.B.* 1973, 279.

¹⁷ 19 janvier 1972, *J.C.B.* 1973, 281.

lequel il ordonna la communication de la cause au ministère public en application de l'article 764 du Code judiciaire, aux fins de permettre à celui-ci de verser le dossier répressif « s'il le désire et en toute indépendance », ce qui fut fait.

En revanche, la production de documents est applicable en matière de procédure disciplinaire, en particulier devant l'Ordre des médecins.¹⁸

5. Cette procédure peut constituer un incident dans le cadre d'une instance mais elle peut aussi être demandée à titre principal. Le tribunal de première instance d'Anvers, sans remettre en cause le droit d'une partie d'agir à titre principal en production de documents, relève néanmoins qu'un ordre de préférence doit être respecté dans l'application de cette mesure: il convient de s'adresser tout d'abord à la partie à la cause intéressée, avant de diriger la procédure contre un tiers. Dans le cas d'espèce, le juge a considéré que, avant d'agir à titre principal contre un établissement bancaire en vue d'obtenir la production d'extraits de compte, un héritier doit d'abord s'adresser au conjoint survivant, titulaire du compte dont les extraits sont sollicités.¹⁹

Section 2. Le problème du secret professionnel

6. La principale difficulté rencontrée dans la pratique résulte de l'invocation du secret professionnel par le tiers ou la partie à qui une injonction de production de document est adressée. La Cour de cassation a rappelé à cet égard que les mêmes principes devaient être appliqués en matière d'enquêtes et de production de documents.²⁰ Deux questions se posent donc: le destinataire de cette injonction fait-il partie des professions habituellement dépositaires d'informations couvertes par le secret professionnel? Dans l'affirmative, comment doit-on apprécier dans le cas d'espèce le caractère confidentiel ou non des documents dont la production est sollicitée?

1. Avocats

7. Par un arrêt du 12 mai 1977²¹, la Cour de cassation a rappelé que l'avocat qui, dans l'exercice de sa profession, reçoit des confidences de son client a, en règle, l'obligation de respecter le secret dont il est dépositaire.²²

Dans un arrêt du 3 mai 2000²³, la Cour d'arbitrage a annulé, en tant qu'il s'applique aux avocats, l'article 1675/8 du Code judiciaire, en ce qu'il prévoit que les tiers tenus au secret professionnel ne peuvent se prévaloir de celui-ci lorsque, à la demande d'un médiateur de dettes, il leur est fait injonction de fournir tous renseignements utiles sur des opérations accomplies par le débiteur et sur la composition et la localisation du patrimoine de celui-ci.

En effet cette disposition établit une levée du secret professionnel absolue et *a priori*. Une telle renonciation, présumée, anticipée et accomplie sans que celui qui la fait ne puisse évaluer sur quel objet précis elle portera, ne saurait justifier une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente pour le débiteur le secret professionnel de l'avocat. Suite à cet arrêt, le législateur a modifié l'article 1675/8 par une loi du 13 décembre 2005. Cette nouvelle version n'a toutefois pas plus trouvé grâce aux yeux de la Cour d'arbitrage que la précédente. La Cour a annulé à nouveau cette disposition, par un arrêt du 28 juillet 2006.²⁴

Enfin, la Cour d'appel de Gand a décidé que le juge qui doit connaître du recouvrement d'un état de frais et d'honoraires contesté d'un avocat doit pouvoir disposer du dossier complet de l'avocat. Celui-ci ne peut refuser la production du dossier au tribunal en invoquant le secret professionnel.²⁵

2. Médecins

8. Dans un arrêt de principe du 30 octobre 1978²⁶, la Cour de cassation a rappelé les règles de base relatives au secret professionnel des médecins. Ceux-ci se trouvent au nombre des confidents nécessaires auxquels l'article 458 du Code pénal impose l'obligation de garder le secret sur

¹⁸ Bruxelles 7 avril 1998, *Pas.* 1997, II, 65.

¹⁹ Civ. Anvers 15 juin 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 878, note LABEEUW.

²⁰ Cass. 30 octobre 1978, *Pas.* 1979, I, 249. Sur l'incidence du secret professionnel sur le témoignage en justice, voir: P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 61 et s.; D. KIGANAHE, « La protection pénale du secret professionnel », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Charte, 2002, pp. 51 et s.

²¹ *Pas.* 1977, I, 929.

²² Voir: A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL et C. PIRARD, *o.c.*, p. 246; P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du Barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1980, pp. 291 et s.; S. STIJS, *o.c.*, p. 215; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, p. 98; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, n°s 277 et s.; F. GLANSDORFF, « Avocats », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Charte, 2002, pp. 147 et s.

²³ *J.T.* 2000, 603, *J.L.M.B.* 2000, 868, *R.W.* 2000-01, 506, note DIRIX, *P.&B.* 2001, 96, *M.B.* 8 juin 2000, *Arr. C.A.* 2000, 645.

²⁴ C.A. 28 juillet 2006, arrêt 129/06, *J.T.* 2006, 792 et *R.W.* 2006-07, 120 (sommaire).

²⁵ Gand 21 janvier 2000, *T.W.V.R.* 2000, 146, note STEVENS.

²⁶ *Pas.* 1979, I, 249.

tout ce dont ils ont ainsi eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ou en raison de la confiance qui s'attache à leur profession.

Cette obligation d'ordre public et l'immunité qui en dérive quant au témoignage ou à la production du dossier médical en justice reposent sur la nécessité d'inspirer une entière sécurité à ceux qui doivent se confier aux médecins et d'assurer ainsi à tout patient les soins qu'exige son état de santé, quelle qu'en soit la cause. Cette obligation s'étend à toutes les confidences du malade, celles-ci fussent-elles connues notamment par un rapport d'expertise connu antérieurement.

Intéressant l'ordre public, le secret professionnel échappe à la disposition du malade: le médecin n'est pas délié du secret par la circonstance que le malade lui aurait donné son accord pour divulguer des confidences qu'il lui aurait faites.²⁷

Certes, le secret professionnel ne portant que sur des faits secrets de leur nature ou confiés, expressément ou tacitement, au médecin, ce serait dépasser le but et méconnaître la volonté de la loi que d'étendre la dispense de déposer ou de produire un dossier à des faits dénués de semblable caractère. Il appartient au juge du fond de vérifier si, d'après les éléments propres à la cause, le silence du médecin n'est pas détourné de son but.²⁸ La Cour paraît donc adopter une conception fonctionnelle du secret médical.²⁹ Cela étant, la tâche du juge appelé à apprécier, de manière marginale, si le secret médical n'est pas détourné de sa fonction est fort délicate et les critères particulièrement imprécis.³⁰

Dans l'arrêt du 21 mars 1989, la Cour, qui se prononçait dans le cadre de poursuites disciplinaires contre un médecin, a décidé que ne violait pas les dispositions relatives au secret professionnel le jugement qui décide que la question de savoir si un médecin a délivré un certificat

médical sans avoir vu le patient n'est pas couverte par le secret professionnel, dès lors que la personne du patient n'est pas concernée en la cause mais bien celle du médecin. En réalité, cette décision confond le secret médical dû au malade, qui n'est effectivement pas d'application en l'espèce, et le secret auquel sont tenus les autorités disciplinaires, dont la Cour ne parle pas.³¹ Cet arrêt est ainsi en contradiction avec l'arrêt du 18 juin 1992, cité au point 3 ci après, qui précise que le secret professionnel auquel sont astreintes les autorités ordinaires existe non seulement en faveur du praticien concerné par les poursuites disciplinaires mais aussi de toute personne qui se confie à ces autorités.

Enfin, dans un arrêt du 19 décembre 1994³², la Cour précise également que le juge ne peut rejeter une demande de production de pièce, au seul motif que celui qui détient la pièce est tenu au secret professionnel et a déjà refusé à l'une des parties de produire cette pièce au procès. Elle ajoute que le juge ne peut apprécier le refus qui est fondé sur ce secret qu'après avoir ordonné cette production.³³ Cette formulation est maladroite: elle laisse entendre que le juge du fond devrait déjà avoir statué irrévocablement sur la production de document pour pouvoir apprécier la pertinence de l'invocation du secret professionnel. En fait cette appréciation peut se faire après audition du tiers en chambre du conseil et avant même que la production de documents soit ordonnée.³⁴

9. En ce qui concerne la communication de pièces à la demande d'experts judiciaires, les juridictions de fond ont fait une application plus souple de ces principes. Ainsi, il a été admis que l'intéressé lui-même est en droit d'exiger la communication de son dossier médical, non seulement pour des raisons impérieuses de santé, mais aussi parce que la recherche de la vérité et le respect des droits de la

²⁷ Voir aussi: Cass. 29 octobre 1991, *Pas.* 1992, I, 162. L'art. 95 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre nuance le principe selon lequel le secret médical est d'ordre public, de telle sorte que le patient ne peut en délier le médecin. Cette disposition prévoit en effet qu'en matière d'assurance vie, moyennant accord préalable de l'assuré, le médecin de celui-ci peut transmettre au médecin conseil de l'assurance un certificat établissant la cause du décès. Voir: C. HENNAU-HUBLET, « Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical », *Rev. dr. Santé* 1996-97, p. 257.

²⁸ Voir aussi: Cass. 20 mars 1989, *J.T.* 1990, 194; Cass. 29 octobre 1991, *Pas.* 1992, I, 162; Anvers 18 septembre 2000, *Rev. dr. santé* 2000-01, 290. Pour les commentaires, voir: A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL et C. PIRARD, *o.c.*, p. 270; H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, n°s 926 et s.; S. STIJNS, *o.c.*, p. 216; J. VAN COMPENOLLE, *o.c.*, p. 99; S. VAN OVERBEKE, « Het beroepsgeheim van de geneesheer en de overlegging van stukken », *R.W.* 1995-96, p. 1207; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, n°s 226 et s.; M.-N. VERHAEGEN et J. HERVEG, « Professionnels de la santé », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Chartre, 2002, pp. 109 et s.; R.O. DALCQ, « Expertises civiles et secret professionnel des médecins », in *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 496.

²⁹ J. VAN COMPENOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., « Examen de jurisprudence (1991 – 2001) – droit judiciaire privé », *R.C.J.B.* 2002, p. 716, n° 638.

³⁰ S. VAN OVERBEKE, *o.c.*, n° 7.

³¹ P. LAMBERT, « Secret professionnel et dossier disciplinaire », *J.T.* 1990, p. 195.

³² *R.W.* 1995-96, 1207.

³³ Voir: C. HENNAU-HUBLET, *o.c.*, p. 257.

³⁴ J. VAN COMPENOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., « Examen de jurisprudence (1991 – 2001) – droit judiciaire privé », *R.C.J.B.* 2002, pp. 718 et 719, n° 639.

défense exigent qu'il ait connaissance de toute l'information qui le concerne.³⁵ Par ailleurs, l'expert est totalement indépendant et peut, dans des situations où la protection de la vie privée prime sur d'autres valeurs, rendre son avis en ayant connaissance de certains éléments médicaux qu'il garde secrets sous le couvert de la confidentialité. Dans une autre espèce, le tribunal de police de Nivelles a relevé que le code de déontologie médicale précise que la communication d'un diagnostic ou de renseignements médicaux dans les limites strictes absolument indispensables peut se faire au médecin chargé d'une mission d'expertise judiciaire lorsque la communication est limitée aux données objectives médicales en relation directe avec le but précis de l'expertise et que le patient a donné son accord.³⁶ Cette position, jusqu'à nouvel ordre, reste en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation relevée ci-dessus.

3. Autorités disciplinaires

10. En ce qui concerne les avocats, la Cour de cassation a relevé que le secret professionnel devait tomber dans les relations entre avocat et autorités disciplinaires.³⁷ La Cour se justifie par le devoir de sincérité et de loyauté consacrés par la déontologie de la profession et précise que les autorités sont garantes du secret professionnel et elles-mêmes tenues à pareil secret.

Le secret professionnel auquel sont astreintes les autorités disciplinaires médicales est évoqué dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1992.³⁸ Selon la Cour, cette obligation d'ordre public repose notamment sur la nécessité d'inspirer une entière sécurité à ceux dont ces autorités peuvent être les confidentes à propos de faits qui doivent rester secrets. Dans le cas d'espèce, un médecin était l'objet de poursuites disciplinaires suite à des plaintes déposées par son épouse. Devant le juge du

fond, le médecin avait demandé la production de ces plaintes. La Cour décide que le juge ne peut ordonner la production des plaintes, au motif que la raison d'être du secret n'est pas uniquement la protection de celui qui est visé par la procédure disciplinaire. Le secret est dû au médecin à charge duquel une procédure disciplinaire est engagée mais aussi aux personnes qui se confient aux juridictions ordinaires ainsi qu'aux membres eux-mêmes, médecins ou non.³⁹

4. Banquiers

11. Dans un arrêt de principe du 25 octobre 1978⁴⁰, la Cour de cassation a rappelé que ni la nature des fonctions exercées par les banquiers, ni aucune disposition légale ne leur confèrent la qualité de personnes tenues au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal. La doctrine ajoute que le banquier est tenu tout au plus d'un devoir de discrétion, qui ne peut faire obstacle à l'application des articles 877 s. du Code judiciaire.⁴¹ Le tribunal de commerce de Namur a également précisé que, lorsque le tribunal ordonne à la banque de produire des pièces, il ne peut la contraindre à se livrer à des commentaires sur les pièces produites.⁴² Le tribunal de commerce de Hasselt a par ailleurs considéré que le devoir contractuel de discrétion de la banque à l'égard de son client peut éventuellement justifier dans certains cas un refus de production de pièces. Ce point est laissé à l'appréciation du juge. Le refus n'est pas justifié lorsque la pièce est particulièrement pertinente pour la solution du litige.⁴³

12. En revanche, la Commission Bancaire et Financière est tenue par le secret professionnel en vertu de la loi du 22 mars 1993 sur le statut et le contrôle des institutions de crédit. De ce fait, elle n'est pas tenue de communiquer des documents sur la base de l'article 878 C. jud. C'est ce

³⁵ T. Trav. Bruxelles 2 février 1990, *J.T.T.* 1990, 276. Dans le même sens: Comm. Bruxelles 16 février 1984, *Bull. ass.* 1987, 124. Voir à ce sujet: H. NYS, *o.c.*, n° 936, qui relève les hésitations de la jurisprudence.

³⁶ Pol. Nivelles 2 avril 1993, *R.G.A.R.* 1996, 12662.

³⁷ Cass. 12 mai 1977, *Pas.* 1977, I, 929.

³⁸ *J.L.M.B.* 1992, 1463, *J.T.* 1993, 106, *R.W.* 1992-93, 616, *Pas.* 1992, I, 924, *R.G.A.R.* 1994, 12314.

³⁹ Voir: P. LAMBERT, *o.c.*, p. 195: le secret professionnel des autorités disciplinaires ne pourrait cependant couvrir des réactions corporatistes tendant à faire primer la confraternité sur les intérêts légitimes du plaignant.

⁴⁰ *J.T.* 1979, 371, *Rev. dr. pén.* 1979, 69, *Rev. banque* 1979, 162, *Rev. not. b.* 1979, 154, *Pas.* 1979, I, 237.

⁴¹ A. BRUYNEEL, *o.c.*, p. 371; A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLEN, A. KOHL et C. PIRARD, *o.c.*, p. 279; S. STIJNS, *o.c.*, p. 217; J. VAN COMPENOLLE, *o.c.*, p. 100; M. Daube, « De l'obligation, dans le chef d'une banque, de fournir les renseignements sollicités par le receveur sur la base de l'article 319bis du code des impôts sur les revenus 1992 », *J.L.M.B.* 2005, p. 968; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, n°s 437 et s.; F. SWEERTS, « Le secret bancaire », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Chartre, 2002, p. 167 et s.; Ph. MALHERBE, « Le secret bancaire en Belgique et en Europe », *Rev. gén. fisc.* 1996, p. 397; D. MAREELS et M. BIHAIN, « Le secret bancaire en droit fiscal belge », *Journ. dr. fisc.* 1996, p. 193. *Contra*: Ch.-Gh. Winandy, « La vie privée et le patrimoine », *Ann. dr. Louvain* 1984, pp. 99 et s., spéc. 113. En France, la Cour de cassation reconnaît que le secret bancaire forme « un empêchement légitime opposable au juge civil »: Cass. fr. (com.) 25 janvier 2005, *Bull. civ.* 2005, IV, n° 13; Cass. fr. (com.) 13 novembre 2003, *JCP E*, 2004, 736.

⁴² Comm. Namur 29 juin 1995, *R.R.D.* 1995, 471.

⁴³ Comm. Hasselt 26 mars 2001, *R.D.C.* 2001, 843.

qu'a reconnu le tribunal de commerce de Hasselt.⁴⁴ Cette décision fait suite à un autre jugement du 17 avril 2000, rendu dans la même affaire⁴⁵, dans lequel le tribunal avait initialement considéré que la Commission Bancaire et Financière n'était pas en mesure de faire valoir le secret professionnel dans le cas d'espèce et lui avait enjoint de produire un rapport d'inspection d'une institution de crédit. Ayant essuyé un refus de la C.B.F., le tribunal fit alors volte face, dans la décision citée ci-dessus, estimant que la C.B.F. était effectivement fondée à invoquer le secret professionnel mais que cette considération ne valait pas à l'égard de la banque elle-même, qui était tenue de produire ce rapport. Dans la note suivant ces décisions, J.P. BUYLE et M. DELIERNEUX considèrent que le tribunal avait été un peu vite en besogne en invitant la C.B.F. à produire le document, avant même d'entendre ses observations sur l'application du secret professionnel. Ils considèrent par ailleurs que, même si le contrôle du juge est marginal, le tribunal devrait néanmoins être en mesure de vérifier si le secret professionnel est invoqué à bon escient. Enfin, ils relèvent que le tribunal aurait été bien inspiré de demander à la C.B.F. si la banque était effectivement en possession dudit rapport avant d'ordonner toute mesure et, dans l'affirmative, de limiter la production à la partie du rapport ayant directement trait au cas d'espèce, pour éviter la divulgation inutile de renseignements concernant des tiers.

13. Le problème du secret professionnel en matière internationale est assez épineux. La cour d'appel de Liège a considéré que l'obligation impartie à toute juridiction belge de trancher un litige sur la base de tous les éléments d'appréciation qui lui semblent indispensables pour statuer en pleine connaissance de cause relève directement de l'ordre politique et moral interne, tout en étant essentiel à la protection de celui-ci. Ainsi, au regard de l'ordre public international belge, tel qu'il doit être garanti par les décisions judiciaires belges, la Cour estime que le banquier luxembourgeois ne peut valablement se retrancher derrière le secret professionnel prévu par le Code pénal luxembourgeois pour s'opposer à une demande de production d'extraits de compte dont un citoyen belge est titulaire dans ses livres.⁴⁶ Toutefois, la cour d'appel de Liège a prononcé plus récemment une décision en sens

contraire: le secret bancaire, consacré par la loi luxembourgeoise du 5 avril 1993, est d'ordre public et l'obligation au secret qui pèse sur les banques en application de cette loi est une obligation de résultat. Une banque luxembourgeoise est donc en droit de refuser de délivrer une attestation établissant qu'une personne n'est pas cliente chez elle, sans commettre de faute.⁴⁷

Lorsque le receveur des contributions directes demande des renseignements à une banque, dans le cadre du recouvrement de l'impôt, celle-ci ne peut opposer au receveur l'article 318 CIR92, selon lequel l'administration fiscale n'est pas autorisée à recueillir auprès des établissements bancaires des renseignements en vue de l'imposition de leurs clients. Le tribunal peut donc condamner la banque à fournir tout renseignement utile au receveur des contributions directes.⁴⁸ Il ne s'agissait pas à proprement parler d'une demande de production de documents fondée sur l'article 877 C. jud. mais plutôt d'une demande de renseignements, fondée sur l'article 319bis CIR92. Toutefois, le principe selon lequel le devoir de discrétion de la banque doit céder dans une telle hypothèse est tout à fait applicable en matière de production de documents.

L'intérêt de cette décision est de distinguer nettement les pouvoirs de l'administration fiscale au stade de l'établissement de l'impôt et au stade du recouvrement de l'impôt. Si, lors de l'établissement de l'impôt, l'article 318 du Code de l'impôt sur le revenu 1992 interdit aux banques de fournir des informations au fisc, en vue de la taxation de leurs clients, une telle interdiction ne s'applique pas au stade du recouvrement. Cette décision importante est approuvée par les deux commentaires publiés.⁴⁹ L'article 319bis a d'ailleurs été modifié par la loi programme du 27 décembre 2006 pour consacrer ce principe.

5. Administration fiscale

14. En dehors de tout litige d'ordre fiscal, l'administration des contributions est tenue au secret professionnel, en vertu de l'article 337 du C.I.R. 92. En conséquence, le juge ne peut ordonner la production des documents fiscaux dans un litige de droit commun qui n'a pas pour objet la perception de l'impôt même ou la recherche d'une somme due en vertu des lois d'impôts.⁵⁰ Par contre, dans le cadre

⁴⁴ Voir référence citée à la note précédente.

⁴⁵ Comm. Hasselt 17 avril 2000, *R.D.C.* 2001, 837.

⁴⁶ Liège 6 mars 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1728. Voir aussi: D. SPIELMANN, *Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au Grand Duché du Luxembourg*, Dossiers du J.T. Bruxelles, Larcier, 1999.

⁴⁷ Liège 15 septembre 2005, *J.L.M.B.* 2007, 134; dans le même sens: Cour d'appel Luxembourg, 2 avril 2003, *J.T.* 2003, 315 et Ch.-Gh. WINANDY, « Banque et secret professionnel », *J.L.M.B.* 2007, p. 139.

⁴⁸ Comm. Charleroi 4 novembre 2003, *J.L.M.B.* 2005, 963.

⁴⁹ M. DAUBE, « De l'obligation, dans le chef d'une banque, de fournir les renseignements sollicités par le receveur sur la base de l'article 319bis du code des impôts sur les revenus 1992 », *J.L.M.B.* 2005, p. 968 et E. MERCIER, « Les pouvoirs d'investigation du receveur des contributions face aux banques », *J.L.M.B.* 2005, p. 979.

⁵⁰ Cass. 18 mai 1972, *Pas.* 1972, I, 861.

d'un litige fiscal, ledit secret ne tient pas et le tribunal peut exiger le dépôt d'un mémoire du directeur en réponse à des pièces déposées par le contribuable.⁵¹ De même le juge peut également demander à des tiers de produire des documents utiles à la solution d'un litige fiscal.⁵²

6. *Autres juridictions*

15. Dans un cas d'espèce un peu particulier, le tribunal de première instance de Gand a estimé pouvoir ordonner la production de documents par le greffier en chef d'une autre juridiction.⁵³

7. *Experts mandatés par des compagnies d'assurance*

16. Aucune disposition légale ne confère à une compagnie d'assurances ou à un ingénieur technicien la qualité de personne tenue au secret professionnel, au sens de l'article 458 du Code pénal. A supposer que la compagnie ou son expert soient tenus à un simple devoir de discrétion, ce devoir ne justifie certainement pas le refus de la production d'un rapport d'expertise.⁵⁴

8. *Comptables*

17. La Cour de cassation a décidé que ni la nature des fonctions des agents d'affaires et des comptables, ni aucune disposition légale ne confèrent à ceux-ci, pour l'accomplissement de leurs activités, la qualité de personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie.⁵⁵ Le législateur est intervenu pour assujettir au secret professionnel, aussi bien les réviseurs d'entreprises (loi du 22 juillet 1953, art. 27 al. 2) que les experts-comptables (lois du 21 février 1985, art. 95 al. 2 et du 22 avril 1999, art. 58 al. 3).

9. *Secret des correspondances*

18. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que l'article 22 de la Constitution instituant une protection absolue du secret des lettres constitue une exception

aux articles 871 et 877 du Code judiciaire.⁵⁶ Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine, qui considère qu'elle est le fruit d'une confusion: l'article 22 de la Constitution interdit effectivement à un particulier de supprimer, détourner une lettre qui ne lui est pas adressée, de prendre connaissance de son contenu ou de s'en servir comme preuve en justice. Par contre, rien n'empêche que le juge sollicite la production d'une lettre en possession de son destinataire légitime, sauf si le texte de cette lettre est couvert par le secret professionnel.⁵⁷ Plus généralement, l'article 22 de la Constitution est la transposition de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit le respect de la vie privée. Cette disposition ne peut toutefois faire obstacle à la production forcée de documents, à peine de ruiner la raison d'être de cette procédure.

Un carnet intime ne constitue pas un échange de lettres confiées à la poste. Il n'est donc pas couvert par l'inviolabilité de la correspondance. Toutefois, compte tenu du caractère éminemment personnel et dès lors confidentiel d'un tel document, un tiers ne peut prendre connaissance de son contenu. La production en justice d'une copie du contenu de ce carnet est prohibée.⁵⁸ Une correspondance entre époux ou des lettres échangées entre un époux et un tiers peuvent être produites en justice afin de prouver une cause de divorce.⁵⁹

10. *Secret des affaires*

19. En principe, le secret des affaires doit céder devant l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve.⁶⁰

Un auteur a plaidé pour une reconnaissance prudente du secret des affaires⁶¹, non pas pour justifier un refus de production de pièces mais pour trouver des modalités qui permettent de concilier à la fois l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve et le respect légitime des secrets d'affaire: production partielle de pièces, dont certaines mentions seraient masquées, constats d'huissiers, production de comptabilité plutôt que des pièces elles-mêmes, examen des pièces par des experts tenus au secret professionnel... On ne peut par ailleurs admettre qu'une

⁵¹ Gand 22 juin 1995, *F.J.F.* 1995, 462. Dans le même sens: Bruxelles 17 septembre 1999, *F.J.F.* 2000, 390.

⁵² Liège 28 juin 1995, *F.J.F.* 1996, 169, au sujet d'une injonction donnée à l'employeur du contribuable.

⁵³ Civ. Gand 16 octobre 1992, *T.G.R.* 1993, 29.

⁵⁴ Mons 21 juin 1995, *R.G.A.R.* 1997, 12793; Civ. Namur 26 mars 1996, *Journ. Proc.* 1996, n° 305, p. 28, note ENGLEBERT.

⁵⁵ Cass. 16 mai 1977, *Pas.* 1977, I, 947. Voir aussi: Civ. Gand 29 juin 2005, *P.&B.* 2006, 75, pourtant postérieure à la modification légale qui a assujetti les experts comptables au secret professionnel.

⁵⁶ Bruxelles 17 septembre 1973, *Pas.* 1974, II, 29.

⁵⁷ J. VAN COMPENOLLE, *o.c.*, p. 101; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, *o.c.*, n° 9. Voir aussi: A. FETTWEIS, *o.c.*, n° 476.

⁵⁸ C. trav. Liège 25 avril 2002, 13° ch., R.G. 6.520/99, www.juridat.be.

⁵⁹ Mons 17 février 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1677.

⁶⁰ Comm. Liège (réf.) 3 février 1978, *J.C.B.* 1980, 387; Comm. Hasselt (réf.) 24 janvier 1997, *Computerrecht* 1997, 107.

⁶¹ D. DESSARD, note sous la décision précitée, *J.C.B.* 1980, 391.

partie intente une action judiciaire sans disposer elle-même d'éléments probants ou seulement vraisemblables, dans le seul but d'obtenir d'un concurrent des données relevant du secret des affaires.⁶²

On trouve un exemple intéressant d'une procédure très pragmatique dans une décision de la Cour d'appel de Liège.⁶³ La Cour considère que les procès verbaux des réunions du conseil d'administration d'une société peuvent être portés à la connaissance des travailleurs mais que, pour préserver le secret des affaires, il convient de désigner un expert qui, si un problème spécifique de confidentialité se pose, devra se concerter avec le réviseur habituel de l'entreprise pour déterminer le caractère confidentiel ou non d'un document. En cas d'opposition, l'expert et le réviseur seraient départagés par un tiers expert nommé par la Cour.

11. Médiateur

20. La jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur le secret professionnel du médiateur. Toutefois, l'article 1728 al. 1 du Code judiciaire, introduit par la loi du 21 février 2005, précise que les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation en matière familiale sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'entériner les accords conclus. La loi du 21 février 2005 remplace à ce sujet la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale et étend la solution instaurée par cette loi à tout type de médiation.

La loi du 21 février 2005 ajoute un texte nouveau, relatif au secret professionnel du médiateur: celui-ci ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou administrative re-

lativement aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation.

Compte tenu du parallèle établi par la jurisprudence entre l'audition des témoins et la production de documents, ce texte prohibe également toute demande de production de documents adressée au médiateur. De manière générale, aucun document utilisé durant la procédure de médiation ne pourra être produit en justice, sauf accord des parties.⁶⁴

Il a également été jugé que l'activité du conciliateur conjugal, tout comme celle du médiateur familial, est couverte par le secret professionnel, de telle sorte qu'il n'est pas possible de produire aux débats une attestation émanant d'un tel conciliateur.⁶⁵

12. Juriste d'entreprise

21. Sur ce point également, pas encore de jurisprudence. Mais la profession de juriste d'entreprise a été profondément bouleversée par la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise, chargé de consacrer une déontologie professionnelle.

A. BENOIT-MOURY et N. THIRION y voient la reconnaissance d'un secret professionnel, comparable à celui de l'avocat.⁶⁶

13. Notaires

22. L'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI interdit au notaire de délivrer expédition ou de donner connaissance des actes notariés en sa possession à d'autres personnes que les personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit, sauf les cas prévus par la loi et moyennant une ordonnance du président du tribunal de première instance. Il en résulte que le notaire peut opposer le secret professionnel à une demande de production d'actes notariés fondée sur les articles 877 et suivants du Code judiciaire, dès lors qu'elle n'émane pas d'une personne autorisée.⁶⁷ Cependant, cette disposition n'a pas empêché la Cour du travail de Gand d'ordonner la production d'actes notariés, à la demande d'un ancien collaborateur d'un notaire qui souhaitait prouver sa qualité d'indépendant en

⁶² Bruxelles (9^e ch.) 28 mars 1996, R.G. 95AR.2.546.

⁶³ Liège 22 mai 2001 *R.R.D.* 2001, 468.

⁶⁴ Pour un commentaire de cette loi, voir notamment: P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.* 2005, pp. 297 et s.

⁶⁵ Bruxelles 8 décembre 2005, *J.L.M.B.* 2006, 286.

⁶⁶ A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise », *J.T.* 2001, pp. 785 et s. Voir aussi: J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.D.E.* 2005, pp. 33 et s.; J.-P. Buyle et I. Durant, « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Chartre, 2002, pp. 187 et s.; B. NYSSSEN, « Le secret professionnel du juriste d'entreprise », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Chartre, 2002, pp. 225 et s.

⁶⁷ J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., « Examen de jurisprudence (1991 – 2001) – droit judiciaire privé », *R.C.J.B.* 2002, p. 723, n° 642; P. LAMBERT et J.-F. TAYMANS, « Le secret professionnel du notaire, *Rép. not.*, t. XI, L. X, Larcier, 1994, pp. 59 et s., spéc. 60-61.

établissant sa collaboration active à la rédaction d'actes authentiques, bien que le demandeur n'ait pas la qualité requise par l'article 23 de la loi de ventôse.⁶⁸ Outre le fait que la Cour n'a pas respecté la procédure mise en place par le Code judiciaire préalablement à l'injonction de production de documents, elle a manifestement fait une mauvaise application de l'article 23.⁶⁹ Indépendamment de cette disposition, le secret professionnel du notaire est reconnu de longue date par la Cour de cassation.⁷⁰

14. Enquête sociale

23. Un rapport rédigé par une A.S.B.L. en vue de déterminer les mesures d'hébergement les meilleures pour les enfants des parties ne peut être utilisé à d'autres fins que celles pour lesquelles il a été rédigé. La production de ce type de document à titre de preuve dans le cadre d'une procédure en divorce ne peut être envisagée.⁷¹

15. Et l'expert judiciaire?

24. Un jugement du tribunal de première instance de Gand considère que, lorsque l'expert reste inactif, le juge peut lui ordonner de déposer son rapport, en application de l'article 877 C. jud.⁷² Cette décision fait une application discutable de la procédure de production de documents. Celle-ci peut servir à ordonner le dépôt d'une pièce existante mais non à faire établir un rapport d'expertise qui n'existe pas encore.⁷³

Section 3. Procédure

25. La procédure est détaillée aux articles 878 et suivants du Code judiciaire. L'article 878 précise que, si le document est détenu par un tiers, le juge doit l'inviter préalablement à déposer ce document en original ou en copie au dossier de la procédure, selon les modalités indiquées au jugement. Cette invitation ne prend pas nécessairement la forme d'un jugement.⁷⁴ Le tiers peut alors faire valoir ses observations par écrit ou en chambre du conseil. Les parties peuvent en prendre connaissance et y répondre. C'est à ce stade que doit s'instaurer le débat relatif au

secret professionnel. Ce n'est qu'après que le tiers ait pu réagir que le tribunal prend position et rend un jugement ordonnant ou non cette production de pièces. Nous avons vu plus haut que la méconnaissance de cette procédure engendrait des difficultés, le tribunal étant parfois amené à statuer prématurément sur l'existence du secret professionnel, sans avoir entendu le tiers (voir *supra*, notamment les n° 12 et 22). Dès lors que l'article 878 ne vise que les tiers, il s'en déduit que les parties ne peuvent en principe formuler d'observations lorsque le juge leur ordonne de produire des pièces. C'est assez logique dès lors que les parties ont eu toute latitude pour conclure sur ce point alors que le tiers est étranger à la procédure et n'a pu y intervenir antérieurement.⁷⁵

La cour du travail de Liège a considéré que les articles 877 et suivants ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, la situation des parties n'étant pas discriminatoire par rapport aux tiers auxquels des documents sont demandés dans le cadre d'un procès. Les tiers peuvent ne pas être au courant de la procédure et de son objet. Ils doivent donc pouvoir être entendus ou faire valoir leurs observations dans le cadre de cette procédure à laquelle ils sont étrangers. Pour le surplus, les tiers sont soumis aux mêmes sanctions que les parties s'ils n'obtempèrent pas à l'ordre de production de documents.⁷⁶ Cet arrêt est intéressant parce qu'il relève que le fait que les parties ne disposent pas de cette faculté d'être entendues, préalablement à la décision du juge, n'est ni discriminatoire ni contraire au principe du procès équitable. Cela étant, même si toute partie qui se voit adresser un ordre de production de documents peut faire valoir ses observations *a posteriori*, dans le cadre d'une demande de dommages-intérêts, il est sans doute plus expédient que le juge qui estime devoir recourir d'office à une telle mesure ordonne préalablement la réouverture des débats pour permettre aux parties de faire valoir leurs observations, même si ce n'est pas obligatoire.⁷⁷

L'article 879 ajoute que, si le document doit être produit en copie, le jugement doit indiquer qui doit en certifier l'exactitude et, le cas échéant, le montant de la provision à consigner au greffe par la partie demanderesse sur incident.

⁶⁸ C. Trav. Gand 6 juin 1997, *Chron. D.S.* 1999, 121.

⁶⁹ J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., *o.c.*, p. 722.

⁷⁰ Cass. 22 mars 1888, *Pas.* 1988, I, 129; Cass. 1^{er} juillet 1912, *Pas.* 1912, I, 367. Voir aussi: P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 233 et s.; J.-F. TAYMANS, « Notaires », in *Le secret professionnel*, Bruges, la Charte, 2002, pp. 175 et s.

⁷¹ Bruxelles 22 octobre 2002, R.G.: 2001/AR/1079, www.juridat.be.

⁷² Civ. Gand 29 juin 2005, *P.&B.* 2006, 77.

⁷³ Voir à ce sujet: D. Mougenot, « La procédure de production de documents au secours d'une expertise en panne », *P.&B.* 2006, p. 78.

⁷⁴ P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2^e partie, t. IV, 1980, n° 24.

⁷⁵ Ch. VAN REEPINGHEN, Rapport sur la réforme du Code judiciaire, *Pasin.* 1967, p. 332.

⁷⁶ C. trav. Liège 20 octobre 2004, *R.R.D.* 2005, 30.

⁷⁷ A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLEN, A. KOHL et C. PIRARD, *o.c.*, p. 215.

Un arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 1991⁷⁸ a indiqué que les formalités visées aux articles 877 et 878 du Code judiciaire ne sont pas prescrites à peine de nullité. Il ajoute que le tiers à qui il est ordonné de déposer des pièces peut introduire un recours en cassation contre cette décision. Cependant, tant qu'il n'a pas été annulé, l'ordre reste valable.

Un autre arrêt⁷⁹ précise que toute décision ordonnant la réouverture des débats aux fins de permettre à l'une des parties de préciser sa demande et invitant cette partie à produire les pièces justificatives adéquates n'ordonne pas la production d'un document déterminé au sens de l'article 877 du Code judiciaire. Dans cette mesure, cette décision ne constitue donc pas une mesure d'instruction au sens de l'article 1068 du Code judiciaire.

Enfin un arrêt de la Cour d'appel de Mons⁸⁰ s'est penché sur la possibilité d'interjeter appel d'un jugement ordonnant la production de document. En principe, l'article 880 prohibe l'opposition et l'appel. A un plaideur qui voulait faire une distinction entre la partie du dispositif du jugement qui déclare la demande recevable et celle qui ordonne la production de documents, la Cour déclare que le dispositif forme un tout et que l'appel de l'ensemble est interdit.⁸¹ Elle rappelle par contre que l'appel est possible lorsque le juge prononce une astreinte pour assurer l'efficacité de la production de documents. Cette dernière affirmation est confirmée par d'autres arrêts.⁸² Enfin les recours ordinaires sont interdits lorsque la production de documents est ordonnée à titre incident. Ils sont par contre ouverts lorsque la production de documents est demandée à titre principal.⁸³ Les voies de recours extraordinaires, dont la tierce-opposition, sont également envisageables.⁸⁴

Section 4. Sanctions

26. Tout d'abord, il convient de rappeler que le Code judiciaire n'a pas admis que l'on considère comme avéré le fait allégué par une partie, à défaut pour l'autre partie de collaborer à la preuve.⁸⁵ Cette solution est exclue dans le rapport du Commissaire royal VAN REEPINGHEN « *parce qu'elle eût été de nature à entraver la libre appréciation des faits par le juge; elle n'eût pu, au surplus, être appliquée à un tiers.* »⁸⁶ Rien n'empêche par contre que le juge forme sa conviction sur un ensemble de présomptions, parmi lesquelles figure le refus d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve. La jurisprudence française est plus radicale: ainsi la Cour de cassation française a censuré une cour d'appel pour ne pas avoir tiré de conclusions d'un refus de production de pièces émanant d'une partie qui ne supportait pas la charge de la preuve.⁸⁷

En revanche, le Code judiciaire prévoit en son article 882 la condamnation du tiers récalcitrant à des dommages-intérêts à la demande de la partie intéressée et à son profit, sur simple constatation que la pièce requise n'est pas produite selon la décision du juge. La responsabilité aquilienne du tiers peut, de la sorte, être engagée et il s'expose automatiquement à une demande de dommages-intérêts.⁸⁸ La doctrine relève le caractère malaisé de l'utilisation de cette sanction: comment apprécier le montant des dommages-intérêts alors que, par définition, l'impact du document non produit sur la solution du litige n'est pas connu?⁸⁹

Le juge peut assortir l'injonction de production de documents d'une astreinte, après avoir entendu le tiers en ses observations.⁹⁰ L'astreinte doit toutefois être demandée par la partie qui sollicite la production de documents,

⁷⁸ *Pas.* 1992, I, 162.

⁷⁹ Cass. 23 octobre 1992, *Pas.* 1992, I, 1197.

⁸⁰ Mons 14 octobre 1997, *J.L.M.B.* 1998, 711.

⁸¹ Cette décision est critiquée par J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., *o.c.*, p. 730, n° 652.

⁸² Liège 8 janvier 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1002; Mons 14 octobre 1997, *J.L.M.B.* 1998, 711. Cf. *infra* ce qui est dit au sujet de la comparution personnelle.

⁸³ Bruxelles 13 avril 1999, *R.P.S.* 2000, 83.

⁸⁴ J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., *o.c.*, p. 732, n° 653; Cass. 30 octobre 1978, *Pas.* 1979, I, 248; Cass. 29 octobre 1991, *Pas.* 1992, I, 162; Liège 6 mars 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1728; Civ. Bruxelles (saisies), 26 octobre 2000, *J.T.* 2001, 52.

⁸⁵ Mons 21 juin 1995, *R.G.A.R.* 1997, 12793.

⁸⁶ Rapport sur la réforme du Code judiciaire, *Pasin.* 1967, p. 443. Voir aussi: G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstruction », in *La preuve*, U.C.L., 1987, p. 22, n° 9; D. DESSARD, « Note sous Comm. Liège (réf.), 3 février 1978 », *J.C.B.* 1980, p. 391; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Larcier, Bruxelles, 3^e éd., 2002, n° 33; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, p. 103; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, *o.c.*, n° 34. En France, J. DEVEZE milite cependant pour la solution contraire: le refus non justifié de collaborer à l'administration de la preuve devrait être sanctionné par l'attribution du risque de la preuve – *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, Service de Reproduction des Thèses, 1980, n° 459.

⁸⁷ Cass. fr. 30 mars 2005, *Procédures*, 2005, comm. 123, obs. R. PERROT.

⁸⁸ T. Trav. Bruxelles 2 février 1990, *J.T.T.* 1990, 276.

⁸⁹ S. STIJNS, *o.c.*, p. 218; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, p. 103; P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, *o.c.*, n° 32.

⁹⁰ Civ. Liège 14 février 1991, *J.L.M.B.* 1991, 975. Voir aussi, dans le même sens: Civ. Liège (réf.) 2 juillet 1980, *J.L.*, 1980, 241, note DE LEVAL; Civ. Huy 30 décembre 1981, *J.L.* 1982, 137, note DE LEVAL; Comm. Liège 3 mars 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1274. Pour ce qui est de la doctrine, voir: A. KOHL, « Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d'une pension alimentaire », *J.L.M.B.* 1991, p. 975; S. STIJNS, *o.c.*, p. 219; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, p. 104.

dès lors que le juge ne peut la prononcer de sa propre initiative.⁹¹ Cette possibilité n'est donc pas ouverte lorsque la production de documents est ordonnée d'office par le tribunal.

Un jugement du tribunal de commerce de Gand a toutefois considéré qu'une ordonnance de production de pièces ne doit pas être assortie d'une astreinte, puisque l'article 882 C. jud. prévoit déjà la possibilité de condamner à des dommages-intérêts la partie qui néglige de produire la pièce et que la dissimulation frauduleuse de la même pièce constitue le délit stipulé à l'article 495 C. pén.⁹² Cette décision est discutable: l'astreinte et la condamnation à des dommages-intérêts ne poursuivent pas la même finalité. L'astreinte est un moyen de pression pour inciter une partie à produire un document à bref délai alors que les dommages-intérêts tendent à la réparation d'un préjudice subi. En outre, les aléas de la demande en condamnation à des dommages-intérêts ont été exposés ci-dessus. L'astreinte ne présente pas les mêmes inconvénients. La partie qui sollicite une astreinte n'est pas tenue d'établir et de chiffrer son préjudice, ce qui reste une démarche fort délicate dans ce domaine.

Enfin, l'article 780bis du Code judiciaire, introduit par la loi du 26 avril 2007, permet au juge de condamner toute partie qui se rend coupable d'attitude abusive ou dilatoire à une amende civile. Rien n'empêche d'appliquer cette nouvelle sanction à la partie qui refuse, sans motif légitime, d'obtempérer à un ordre de production de documents.

Chapitre 2. La vérification d'écritures et le faux civil

Section 1. Principe

27. Ces deux incidents concernent la validité des actes invoqués à titre de moyens de preuve. La vérification d'écritures est propre à l'acte sous seing privé, alors que le faux civil concerne autant les actes authentiques que sous seing privé.

Pour bien comprendre le mécanisme de la vérification d'écritures, il faut brièvement évoquer la force probante des actes sous seing privé. Tout comme l'acte authentique, l'acte sous seing privé fait pleine foi entre les parties, pour autant qu'un préalable – inexistant pour l'acte authentique – soit

respecté: celui de sa reconnaissance (art. 1322 C. civ.). Comme l'indique l'article 1323 C. civ., celui auquel on oppose un acte sous seing privé doit avouer ou désavouer formellement son écriture ou sa signature. Le caractère formel du désaveu exclut une simple incertitude: il ne suffit pas que le signataire émette des doutes quant à l'origine de l'acte.⁹³ Tant que l'auteur présumé de l'acte – ou ses héritiers s'il est décédé – refuse de reconnaître l'acte et d'en assumer la paternité, celui-ci est privé de toute force probante⁹⁴ et vaudra tout au plus comme présomption (il ne peut même pas servir de commencement de preuve par écrit dès lors que celui-ci suppose que l'origine du document soit certaine). La partie qui s'obstine à invoquer cet acte en justice doit alors, conformément à l'article 1324 C. civ., provoquer la vérification d'écritures. On constate donc que l'auteur présumé d'un acte sous seing privé peut adopter une attitude tout à fait passive: il lui suffit de désavouer sa signature pour ôter toute force probante à l'acte, sans devoir prouver qu'il y a eu falsification. C'est la partie qui souhaite utiliser l'acte en justice qui doit prendre l'initiative de la vérification d'écritures. Le Code judiciaire précise que la demande de vérification d'écritures peut être principale ou incidente (art. 883). Si, à l'issue de la vérification d'écritures, l'authenticité⁹⁵ de la signature est établie, l'acte recouvre la force probante d'acte sous seing privé, dont il avait été temporairement privé, du fait des dénégations du signataire.⁹⁶

L'inscription de faux civil vise à faire reconnaître la fausseté d'un acte, qu'il soit authentique ou sous seing privé. L'acte authentique bénéficie d'une force probante « immédiate », c'est-à-dire qu'elle n'est subordonnée à aucune reconnaissance préalable. De ce fait, la vérification d'écritures est sans objet pour ce type d'acte. On voit par ailleurs que l'objectif de ces deux procédures est inverse: la vérification d'écritures tend à faire établir la sincérité d'un acte et le faux civil tend au contraire à en établir la fausseté.⁹⁷ Il en résulte que, lorsque la procédure est demandée par la partie qui invoque l'acte en justice, elle doit tendre à la vérification d'écritures. Il a été dit plus haut que l'auteur de l'acte pouvait se cantonner dans une attitude passive. Rien ne l'empêche cependant de prendre les devants et de faire établir que l'acte est un faux. C'est alors l'inscription de faux qu'il doit solliciter. Ces différences sont relativement formelles parce que la procédure est pratiquement identique dans les deux cas.

⁹¹ J. VAN COMPENOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, 1992, n°s 26 et s.

⁹² Comm. Gand 8 mai 2003, *T.G.R.* 2003, 218.

⁹³ G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 1979, mises à jour 1983 et 1993, n° 814.

⁹⁴ C. trav. Gand 30 mars 1998, *A.J.T.* 1998-99, 375; C. trav. Liège 26 avril 2005, R.G. 7134-02, www.juridat.be.

⁹⁵ Au sens courant du terme – comme l'on dit d'un tableau qu'il est authentique.

⁹⁶ D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2002, n° 156.

⁹⁷ Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme judiciaire », *Pasin.* 1967, p. 445; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 159; Gand 7 mai 1998, *A.J.T.* 1998-99, 178. Dans le même sens: Civ. Louvain 24 décembre 2002, *RABG* 2004, 1195, qui relève que la partie contre laquelle le document est invoqué n'a aucun intérêt à introduire une demande de vérification d'écriture: il lui suffit de dénier la force probante de l'acte.

Ajoutons que ces deux procédures ne s'excluent pas: l'inscription de faux reste possible même après l'accomplissement d'une procédure de vérification d'écritures (C. jud., art. 896). Dans la pratique, tout dépend de la manière avec laquelle la vérification d'écritures a été réalisée. Si le juge a ordonné une expertise graphologique, on ne voit pas bien comment encore contester l'acte, sauf à critiquer les conclusions de l'expert.

Section 2. Procédure

28. La procédure – tant pour la vérification d'écritures que pour le faux civil – est expliquée avec précision par le Code judiciaire.

Pour ce qui est de la vérification d'écritures, les étapes sont les suivantes:

- Tout d'abord, le juge peut statuer sur l'authenticité d'un écrit désavoué par la personne à laquelle il est opposé sans ordonner une vérification d'écritures, lorsque les éléments de fait produits et leur valeur probante lui semblent suffisamment sûrs.⁹⁸
- Le juge qui opte pour la vérification d'écritures doit préalablement ordonner la comparution personnelle des parties (art. 884). A cette occasion, le défendeur en vérification d'écritures peut revenir sur ses dénégations et reconnaître formellement l'acte qui lui est opposé (art. 885). S'il ne comparait pas, le juge peut tenir l'écrit pour reconnu (art. 886). Toutefois, alors que le défendeur en vérification qui souhaite reconnaître l'acte doit comparaître personnellement à l'audience, celui qui souhaite maintenir son désaveu peut comparaître par avocat, qui fera connaître au tribunal la position de son client.⁹⁹ Si la procédure doit se poursuivre, les parties doivent en principe produire des pièces de comparaison, qui permettront d'apprécier la véracité de la signature (art. 884). Elles ne seraient dispensées de cette formalité que si le problème peut être réglé sans examen des écritures (par des enquêtes par exemple).
- En cas de dénégation persistante du défendeur en vérification, le juge paraphe la pièce à vérifier, ainsi que les documents de comparaison (art. 888).
- L'article 889 permet alors au juge d'adopter des positions très variées. Il peut retenir immédiatement l'affaire s'il estime qu'elle est en état (art. 889 al. 1). Cela suppose que les données du problème soient très

simples, par exemple, que la discordance entre la signature litigieuse et la signature habituelle du défendeur en vérification est patente. A défaut, il ordonne le dépôt au greffe de la pièce à vérifier et des documents de comparaison et ordonne ensuite toutes les mesures d'instruction qu'il juge utile (art. 889, al. 2 et 3). L'expertise graphologique est évidemment la mesure la plus efficace pour apprécier l'authenticité d'une signature mais la durée et le coût souvent prohibitif d'une telle procédure incitent à rechercher des alternatives. Le juge décide librement de la nécessité de cette mesure et peut même procéder lui-même directement à la vérification de l'écriture du testament sans avoir recours à l'expertise. L'article 889 prévoit que le juge peut dicter au défendeur un corps d'écriture. La preuve de l'authenticité de l'écriture peut être administrée par n'importe quel moyen, par titre, par expertise, par témoins et par interrogatoire sur faits et articles.¹⁰⁰ Des témoins peuvent attester qu'ils ont vu le défendeur en vérification signer l'acte litigieux. Lorsque l'acte est supposé avoir été signé à un endroit et une date précise, le défendeur en vérification pourrait, par exemple, faire établir par témoins qu'il n'a pas pu se trouver à cet endroit à ce moment.

- Si des pièces de comparaison se trouvent entre les mains de tiers, le juge peut ordonner la production de ces documents (art. 890). Le Code précise également la procédure à suivre pour la délivrance de copies des pièces soumises à vérification (art. 890, al. 2 à 5 et 892).

L'article 893 précise que les décisions relatives aux modalités d'instruction ne sont pas susceptibles de recours. En revanche, la décision initiale, par laquelle le juge autorise ou ordonne la vérification d'écritures, peut être frappée d'opposition ou d'appel.¹⁰¹ Enfin la décision finale, par laquelle le tribunal statue sur l'authenticité de la signature, est communiquée au Procureur du Roi dans les quinze jours du prononcé (art. 894).

La question de savoir si la vérification d'écritures peut être ordonnée d'office est controversée. Plusieurs décisions ont estimé que cette procédure ne peut être organisée qu'à la demande d'une des parties.¹⁰² Cette jurisprudence est approuvée par P. VANLERSBERGHE¹⁰³, qui relève, au niveau de la vérification d'écriture, l'absence de texte autorisant le juge à ordonner la mesure d'office, comme cela existe pour d'autres mesures d'instruction (art. 916 pour l'enquête,

⁹⁸ Cass. 7 mars 2002, R.G. C.99.0205.N., inédit.

⁹⁹ Bruxelles 9 décembre 1991, P.&B. 1993, 45, note P. LEMMENS.

¹⁰⁰ Liège 8 février 1999, Rev. trim. dr. fam. 2001, 773.

¹⁰¹ Cass. 25 octobre 1991, Pas. 1992, I, 154; Cass. 16 septembre 1993, Pas. 1993, I, 697; P.&B. 1994, 33.

¹⁰² Civ. Louvain, 24 décembre 2002, RABG 2004, 1195; J.P. Wolvertem 22 mars 2001, R.W. 2001-02, 284; Trib. trav. Malines 10 novembre 1975, www.juridat.be; Civ. Louvain, 14 octobre 1986, R.G.D.C. 1988, 139; Civ. Louvain 24 février 1988, R.G.D.C. 1989, 172; Civ. Hasselt 5 septembre 1989, R.G.D.C. 1990, 239; Civ. Charleroi 5 mars 1991, J.T. 1991, 819.

¹⁰³ P. VANLERSBERGHE, « Het schriftonderzoek », RABG 2004, p. 1199, n° 6 et 7.

art. 992 pour la comparution personnelles des parties, art. 1008 pour la vue des lieux, art. 962 pour l'expertise. Cet auteur relève que l'article 883, qui prévoit que la demande de vérification d'écritures peut être principale ou incidente, ne mentionne que la demande formée par les parties et non la mesure ordonnée d'office par le juge. B. ALLEMEERSCH est d'un avis contraire, estimant que la *ratio legis* de l'article 883 est simplement d'autoriser la demande de vérification d'écriture à titre principal et non d'exclure le pouvoir d'intervention d'office du juge.¹⁰⁴ La doctrine et la jurisprudence française admettent également la vérification d'écriture ordonnée d'office.¹⁰⁵

29. La procédure en inscription de faux est similaire, à quelques détails près. Tout d'abord, le demandeur en faux doit énoncer avec précision les moyens de faux (art. 896). Si la demande de faux est incidente, le juge est tenu de réserver à statuer sur la demande principale, s'il ne peut faire abstraction de la pièce arguée de faux pour trancher (art. 897). Si la pièce arguée de faux est un acte authentique, une procédure particulière doit être suivie: la pièce arguée de faux est déposée au greffe en original et photocopiée. Le greffier indique en marge de la copie qu'une procédure d'inscription de faux est introduite et le juge en dresse procès-verbal. Le dépositaire public peut ensuite mettre la copie au rang de ses minutes jusqu'au jugement statuant sur la procédure de faux. Il peut en délivrer des grosses ou expéditions, tout en mentionnant que la pièce originale est arguée de faux. Le juge peut prescrire toutes les mesures utiles pour la conservation de cette copie ainsi que pour la délivrance des grosses et expéditions (art. 903). Si le faux est déclaré, la mention du jugement est faite par le greffier en marge de la pièce déclarée fautive. Le juge doit en ordonner la saisie et la transmettre, avec le juge-

ment, dans les quinze jours au Procureur du Roi (art. 904). Le demandeur en faux qui succombe peut être condamné à des dommages-intérêts (art. 905). Enfin, l'article 906 précise que les désistements et transactions sur une instance en faux doivent, à peine de nullité, être homologués par le juge saisi de la demande en faux, le ministère public entendu.

Le tribunal de première instance de Bruges a estimé que la procédure en faux civil pouvait être utilisée pour corriger une erreur dans un jugement.¹⁰⁶ Ce n'est évidemment pas le moyen le plus approprié: une demande en rectification d'erreur matérielle aurait pu être introduite. Cette décision pose par ailleurs une question de principe: le faux doit-il être intentionnel? La procédure en inscription de faux est-elle utilisable en cas de simple erreur?¹⁰⁷

Les articles 907 et suivants du Code judiciaire, traitent de la procédure de faux devant la Cour de cassation. Vu la spécificité de cette procédure, je n'en traiterai pas ici.¹⁰⁸

Section 3. Vérification d'écritures et signature électronique

30. L'application de la vérification d'écritures à la signature électronique est une question qui a plongé les auteurs dans des abîmes de perplexité.¹⁰⁹ En effet, les dispositions du Code civil relatives à la force probante des actes sous seing privé ont été rédigées à une époque où seule la signature manuscrite pouvait être envisagée. Or ce type de signature est assez facile à contrefaire, d'où sa force probante limitée: elle suppose une reconnaissance préalable par son auteur (voir ci-dessus). Certains mécanismes de signature électronique (notamment la signature digitale, utilisant la cryptographie à clef publique¹¹⁰) offrent en revanche un assez haut degré de sécurité, rendant

¹⁰⁴B. ALLEMEERSCH, « Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs », *T.P.R.*, 2004, p. 61, n° 41 et 42.

¹⁰⁵D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 158, p. 224.

¹⁰⁶Civ. Bruges 13 septembre 2000, *T.W.V.R.* 2000, 121.

¹⁰⁷Voir à ce sujet: B. ALLEMEERSCH, *o.c.*, p. 58, n° 35.

¹⁰⁸Les lecteurs curieux pourront consulter à ce sujet: P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, T. IV, Bruxelles, Bruylant, 1980, n° 64 s.

¹⁰⁹Voir, à titre général sur cette question: D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 158-1 et E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste'? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 179 et s., et les références citées.

¹¹⁰Ce n'est pas le lieu de décrire ces mécanismes. Nous renvoyons à la littérature spécialisée et, notamment: 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, pp. 637 et s.; R. DE CORTE, « Electronische handtekening en identificatie in de virtuele wereld », *P.&B.* 2001, pp. 207 et s.; B. DE GROOTE, « Het bewijs in de elektronische handel – enkele bedenkingen », *A.J.T.* 2000-01, pp. 881 et s.; J. DUMORTIER et P. VAN EECKE, « De nieuwe wetgeving over digitale elektronische handtekening », in *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, la Charte, 1999, pp. 1 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle », *Cahiers du CRID*, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53 et s.; *DAOR* 2000, pp. 17 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.* 2001, pp. 114 et s.; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.* 2002, pp. 553 et s.; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 51 et s.; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge », in *La preuve*, C.U.P., vol. 54, mars 2002, pp. 39 et s.; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n°s 122 et s.; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques », *R.D.C.* 2002, pp. 185 et s.; M.-E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen », *R.W.* 2000-01, pp. 1505 et s.; P. VAN EECKE, « Bewijsrecht en digitale handtekeningen: nieuwe perspectieven », in *Le droit des affaires en évolution: le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1999, pp. 213 et s.; B. VUYLSTEKE, « Het voortwerp van wet over de herziening van het bewijsrecht », in *Recente ontwikkelingen in informatica en telecommunicatierecht*, Bruges, la Charte, 1999, pp. 27 et s.

les fraudes beaucoup plus difficiles, pour autant que des précautions de sécurité minimales soient respectées. Fallait-il dès lors maintenir la force probante relativement fragile de la signature manuscrite ou, au contraire prévoir un statut particulier pour la signature électronique sur ce point? Les auteurs de la loi modifiant l'article 1322 en vue d'introduire la signature électronique dans le Code civil, suite aux questions posées par le Conseil d'Etat, ont expressément indiqué que l'article 1323 C. civ., en ce qu'il permet au signataire de dénier sa signature, s'applique également à la signature électronique.¹¹¹ Le législateur a donc transposé littéralement l'article 1323 C. civ. à l'environnement électronique.¹¹² C'est la solution à retenir *de lege lata*. Elle ne manque pas de logique, dès lors que la signature électronique se veut l'équivalent dématérialisé de la signature manuscrite.¹¹³

31. Cela étant, l'application stricte de la procédure évoquée ci-avant à des documents électroniques ne va pas sans poser quelques difficultés pratiques. Tout d'abord, une signature électronique, par définition, est un fichier informatique et perd sa nature électronique dès qu'on l'imprime. Si l'on veut déposer au dossier de la procédure le document soumis à vérification d'écritures, il faut donc nécessairement remettre l'acte au juge sur un support informatique: disquette, CD, etc. Comment le juge peut-il alors parapher la pièce à vérifier? Tant que la justice n'utilisera pas elle-même des mécanismes de signature électronique, l'opération est impossible. Il devra se contenter de parapher l'étiquette figurant sur la disquette ou le CD! Le but de la mesure est d'attester que la pièce déposée au greffe est bien celle qui est litigieuse. Il faudra donc trouver un mécanisme qui permette à la fois d'attester que le juge l'a bien eue en sa possession et qu'elle n'a pas été modifiée. En principe, la signature digitale permet de remplir ces fonctions. Par ailleurs, autant la vérification d'une signature manuscrite peut, dans certains cas, s'avérer assez simple, autant la vérification d'une signature électronique est une opération complexe, pour laquelle il sera difficile d'éviter l'expertise informatique, vraisemblablement délicate et onéreuse. Elle suppose en effet que l'on contrôle à tous niveaux la sécurité du mécanisme utilisé pour signer.

Les problèmes sont identiques en matière de faux civil, avec la difficulté supplémentaire que le Code judiciaire impose d'apposer des mentions marginales sur la pièce litigieuse. Une fois de plus, l'informatisation complète de la procédure judiciaire facilitera l'accomplissement de ces formalités.

Les lois des 10 juillet et 5 août 2006 relatives à la procédure électronique n'ont pas abordé directement la procédure de vérification d'écritures ou d'inscription de faux. Toutefois, en imposant l'usage de la signature électronique dite « qualifiée », la loi du 10 juillet 2006 (art. 7) devrait permettre de lever les difficultés évoquées ci-dessus. En effet, ce type de signature, outre qu'il offre une sécurité élevée sur le plan technique, permet d'éviter que le document signé ne soit modifié.¹¹⁴ Ce mécanisme de signature devrait donc permettre au juge de signer la pièce électronique arguée de faux, tout en restant fidèle à l'objectif poursuivi par les articles 888 et 901 C. jud.

Chapitre 3. La comparution personnelle

Section 1. Principe

32. L'utilité première de l'interrogatoire des parties est de provoquer des aveux judiciaires. Il facilite également l'instauration d'un dialogue entre le juge et les parties, qui permet d'éclairer des aspects jusqu'alors laissés dans l'ombre et, éventuellement, d'aboutir à une conciliation.¹¹⁵ L'utilité d'une telle mesure est laissée à l'appréciation souveraine du juge.¹¹⁶

Section 2. Utilisation de l'astreinte

33. Une question fort controversée est la possibilité pour le juge d'assortir d'une astreinte l'ordre de comparaître. Dans un arrêt de 1988, la Cour de cassation avait opté pour la négative, au motif que la décision qui ordonne la comparution personnelle des parties ne peut être assortie d'aucune sanction physique ou pécuniaire, toute personne pouvant organiser sa défense comme elle l'entend. En outre, elle n'est pas une condamnation et ne peut donc donner lieu à une astreinte.¹¹⁷ Si l'arrêt reprend ainsi les deux motifs avancés par la Cour d'appel de Bruxelles dans la décision

¹¹¹ Voir l'avis du Conseil d'Etat, relatif à l'avant projet de loi – *Doc. parl.* Chambre, 2141/1-98/99, p. 29. La réponse des auteurs du projet de loi se trouve dans le même document, p. 17.

¹¹² P. LECOQ & B. VANBRABANT, *op. cit.*, n° 100 ; M.- E. STORME considère que la position adoptée dans l'exposé des motifs à l'égard de la vérification d'écritures est impraticable et donc absurde (*op. cit.*, n° 46). Le texte ne nous paraît pas autoriser une telle interprétation : le législateur a clairement indiqué que le régime de la dénégation de signature n'était pas modifié.

¹¹³ E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste'? », *o.c.*, n°s 14 et s.; D. MOUGENOT, « La preuve, évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, n°s 76 et s., p. 171.

¹¹⁴ Pour plus de détails sur la signature électronique en matière judiciaire, voir: E. MONTERO, « Signature et preuve des envois dans le cadre des communications judiciaires électroniques », in *Phenix, les tribunaux à l'ère électronique*, Cahiers du CRID, n° 29, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 143 et s., spéc. 151 sur la protection du document signé contre les altérations.

¹¹⁵ G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », in *La preuve*, UCL, 1987, p. 15, note 40; A. FETTWEIS, *o.c.*, n° 549; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 268.

¹¹⁶ Cass. 16 février 1979, *Pas.* 1979, I, 721.

¹¹⁷ Cass. 18 février 1988, *Pas.* 1988, I, 722.

attaquée¹¹⁸, il paraît cependant s'appuyer essentiellement sur le second, suivant l'avis de l'avocat général PIRET, qui considère que l'ordre de comparaître n'est pas susceptible d'exécution forcée et n'est donc pas une condamnation au sens strict. Cette jurisprudence ne peut être suivie: en effet, dans un arrêt du 29 novembre 1993, la Cour de justice Benelux a considéré qu'une condamnation dont l'exécution forcée directe est impossible est néanmoins susceptible d'être assortie d'une astreinte.¹¹⁹ L'arrêt cité de la Cour de cassation a été accueilli assez fraîchement par la doctrine.¹²⁰ Une décision non publiée du tribunal de commerce de Bruxelles du 16 juin 1994 a à nouveau admis l'utilisation de l'astreinte en matière de comparution personnelle. Cette décision a été frappée d'appel. Malheureusement, si l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans cette affaire a bien été publié, il n'aborde que la question de la recevabilité de l'appel et ne se prononce pas sur le fond.

Section 3. Appel de la décision ordonnant la comparution

34. L'article 996 C. jud. dispose que la décision ordonnant la comparution personnelle des parties n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel.¹²¹ Selon la Cour de cassation, elle est toutefois susceptible d'appel lorsqu'elle est assortie d'une astreinte.¹²² Contrairement à l'enseignement de la Cour dans le cas d'espèce, la doctrine est assez unanime pour considérer que, compte tenu du caractère accessoire de l'astreinte, la décision qui l'ordonne n'est pas susceptible d'appel lorsque la condamnation principale n'est elle-même pas appelable.¹²³ Cependant, la Cour de cassation a confirmé sa position, en matière de production de documents, dans un arrêt du 12 novembre 1999.¹²⁴ On retrouve la même position dans plusieurs décisions de Cours d'appel.¹²⁵ Par ailleurs, l'appel est également possi-

ble lorsque le juge adopte une construction « mixte » et combine enquêtes et comparution personnelle.¹²⁶

Section 4. Combinaison entre la comparution personnelle et d'autres mesures d'instruction

35. Le juge peut ordonner simultanément la comparution personnelle des parties et la tenue d'enquêtes pour confronter les témoins et les parties comparantes.¹²⁷ En application de l'article 985 C. jud., le tribunal peut également désigner un expert pour l'assister lors d'une comparution personnelle, lorsque le caractère technique des déclarations faites par les parties le justifie. Il est alors bon que le dossier de pièces des parties soit communiqué préalablement à l'expert pour qu'il soit bien au fait des éléments du litige avant l'audience.

Section 5. Questions diverses de procédure

36. La disposition du Code judiciaire qui prescrit de consigner par écrit les déclarations faites par les parties, au cours de leur comparution personnelle, n'est ni d'ordre public, ni impérative.¹²⁸ Par ailleurs la rédaction d'un procès-verbal relatant les déclarations des parties n'est pas requise lorsque la comparution personnelle a lieu devant la juridiction entière saisie de la cause.¹²⁹ Le fait de ne pas établir de procès-verbal n'est certainement pas à encourager. En cas de changement de siège ou d'appel, il n'est plus possible de retrouver de trace des déclarations des parties et le bénéfice de la mesure d'instruction est perdu.

En principe, le juge qui a entendu les parties en personne siège lorsqu'il est statué sur le résultat de la mesure d'instruction, à moins qu'il n'en soit empêché. Le juge qui ne siège pas est présumé avoir été empêché et le motif de son empêchement ne doit pas être mentionné dans la décision.¹³⁰

¹¹⁸ Bruxelles 25 mars 1986, *J.T.* 1986, 514.

¹¹⁹ *J.T.* 1994, 418.

¹²⁰ I. MOREAU-MARGREVE, « Principes généraux », in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Créadif, 1991, pp. 20 et s.; D. MOUGENOT, « Durée des expertises et contrôle du juge », *J.T.* 1996, p. 357, n° 9; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, 1992, n° 42; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, « Examen de jurisprudence (1991-2001) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.* 2002, p. 824, n° 776.

¹²¹ Civ. Liège 18 avril 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1032.

¹²² Cass. 18 février 1988, *Pas.* 1988, I, 722.

¹²³ G. DE LEVAL, *o.c.*, n° 17; I. MOREAU-MARGREVE, « L'astreinte », *Ann. dr. Liège* 1982, p. 80, note 217; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, n°s 105 et s.; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, « Examen de jurisprudence (1991-2001) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.* 2002, p. 732, n° 654.

¹²⁴ *Pas.* 1999, I, 603.

¹²⁵ Bruxelles 16 décembre 1994, *J.T.* 1995, 239; Liège 8 janvier 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1002; Mons 14 octobre 1997, *J.L.M.B.* 1998, 711. Ces deux dernières décisions ont été rendues en matière de production forcée de documents.

¹²⁶ Gand 11 décembre 1998, *P.&B.* 1999, 271. *Contra*: Anvers 22 mai 1979, *J.C.B.* 1980, 248. *Cf. infra* le chapitre relatif à la vue des lieux.

¹²⁷ Civ. Liège 18 avril 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1032; Gand 11 décembre 1998, *P.&B.* 1999, 271.

¹²⁸ Cass. 27 avril 1973, *Pas.* 1973, I, 802.

¹²⁹ Cass. 10 mai 1974, *Pas.* 1974, I, 935.

¹³⁰ Cass. 29 avril 1988, *Pas.* 1988, I, 1035; Cass. 21 juin 1991, *Pas.* 1991, I, 926.

Enfin, lorsque l'une des parties est une personne morale, la personne qui comparaitra personnellement en son nom ne doit pas nécessairement être un organe légal: ce peut être un préposé, pour autant qu'il soit nommément désigné dans la décision ordonnant cette mesure d'instruction.¹³¹ Cela n'est toutefois pas valable en matière d'enquêtes.¹³²

Chapitre 4. La vue des lieux

Section 1. Utilité

37. La vue des lieux est utilisée par le juge dans des conditions assez diverses. Si l'un des domaines de prédilection est constitué par les litiges entre voisins, elle a aussi été utilisée pour visiter le domicile conjugal, en vue de permettre au juge de paix d'adopter des mesures urgentes pour régler la situation d'époux en situation de mésentente¹³³ ou encore, pour apprécier *de visu* les conditions de vies des détenus dans certaines prisons belges.¹³⁴

Section 2. Recours

38. Tout comme pour la production de documents et la comparution personnelle, les décisions ordonnant la vue des lieux ne sont pas susceptibles de recours. Selon la Cour d'appel d'Anvers, cette interdiction s'applique également en cas de décision mixte, ordonnant simultanément la vue des lieux et l'enquête.¹³⁵

Section 3. Problèmes de procédure

39. Le juge de paix de Saint Gilles a considéré qu'il était possible d'entendre des plaidoiries sur place, lors d'une descente sur les lieux.¹³⁶ Cette décision est à manier avec prudence. L'article 1014 renvoie effectivement à l'article 945 C. jud. qui, en matière d'enquête, précise que

le juge peut entendre les conclusions des parties séance tenante. Cela étant, il y a une différence de taille entre la procédure d'enquête et la descente sur les lieux: la première se passe dans un tribunal, alors que la seconde se déroule dans un lieu quelconque. Dans le cas de la descente sur les lieux, il n'est dès lors pas possible d'assurer le respect de la publicité des débats judiciaires. Dans le cas d'espèce, cela ne prêtait pas à conséquence car les procédures fondées sur l'article 223 C. civ. se déroulent habituellement en chambre du conseil mais cette pratique ne peut être transposée en toute matière. Par ailleurs, la Cour de cassation a rappelé que la descente sur les lieux ne devait pas respecter l'exigence de publicité, lorsque aucun débat ne s'est tenu à cette occasion.¹³⁷

Tout comme en matière de comparution personnelle, le juge qui a opéré la descente sur les lieux doit siéger pour la suite de la procédure mais, s'il ne le fait pas, son empêchement est alors présumé et ne doit pas être constaté dans le jugement.¹³⁸

Le procès-verbal relatant la vue des lieux est un acte authentique, comme tout acte de procédure dressé par le magistrat et le greffier.¹³⁹ Enfin, l'article 1015 du Code judiciaire n'interdit pas au juge de faire état dans son jugement d'éléments constatés par lui qui n'ont pas été expressément mentionnés dans le procès-verbal de descente sur les lieux, effectuée en présence des parties.¹⁴⁰

Section 4. La vue des lieux accompagnée d'un expert

40. Le juge peut se faire accompagner d'un expert durant la vue des lieux (art. 985 C. jud. ancien – art. 986 nouveau). Cette mesure d'instruction particulière peut constituer une alternative à l'expertise dans les cas les plus simples. En effet, le principe de subsidiarité de l'expertise est actuellement inscrit dans le Code judiciaire (875*bis* nouveau). Il était admis de longue date par la

¹³¹ Cass. 25 octobre 1993, *Chron. D.S.* 1994, 138.

¹³² J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, *o.c.*, p. 826, n° 778.

¹³³ J.P. Saint Gilles 1^{er} décembre 1988, *J.J.P.* 1989, 95.

¹³⁴ Civ. Namur (réf.) 7 décembre 1993, *J.L.M.B.* 1994, 29.

¹³⁵ Anvers 22 mai 1979, *J.C.B.* 1980, 248. Voir en sens contraire: Gand 11 décembre 1998, *P.&B.* 1999, 271, citée dans la section relative à la comparution personnelle.

¹³⁶ J.P. Saint Gilles 1^{er} décembre 1988, *J.J.P.* 1989, 95.

¹³⁷ Cass. 8 février 1991, *Pas.* 1991, I, 552.

¹³⁸ Cass. 17 mai 1985, *Pas.* 1985, I, 1163; Cass. 29 avril 1988, *Pas.* 1988, I, 1035.

¹³⁹ Civ. Namur 17 janvier 1991, *J.T.* 1991, 503.

¹⁴⁰ Cass. 22 avril 1993, *Pas.* 1993, I, 38.

jurisprudence¹⁴¹ et la doctrine.¹⁴² Dans cette mesure, le tribunal doit rechercher les mesures d'instructions moins onéreuses, en temps et en argent, lorsque l'enjeu du litige ou sa simplicité ne justifient pas la tenue d'une expertise en bonne et due forme.

La vue des lieux présente un triple avantage:

- rapidité: une seule vacation suffit, dont la date est fixée dans le jugement, sans rédaction ultérieure d'un rapport,
- coût: le requérant ne doit avancer que les frais de déplacement du juge et du greffier ainsi que les honoraires de l'expert. Ces derniers se limitent au coût de la vacation, au tarif horaire conforme au barème professionnel de l'expert. En pratique, cela va de 100 à 250 euros hTVA, suivant les cas. Le procès-verbal, reprenant également les observations de l'expert, est rédigé par le greffier: l'expert ne peut donc réclamer aucun frais de rédaction ou de dactylographie. Les honoraires de l'expert sont taxés immédiatement au bas du procès-verbal, ce qui évite toute contestation ultérieure.
- possibilité de conciliation: la présence de deux personnes externes au litige, à savoir l'expert et le magistrat, peut faciliter la conciliation.

Pour le juge, cette mesure présente l'intérêt de lui permettre de visualiser les éléments de fait du litige et de poser sur place toutes les questions utiles à l'expert. En revanche, elle demande une disponibilité importante du magistrat et du greffier ainsi que la possibilité d'être organisée à délai assez rapproché, à peine de perdre une partie de son utilité.¹⁴³

Si, à l'issue de la vue des lieux, le juge demande à l'expert de dresser une note écrite de synthèse, il ne s'agit pas d'un rapport d'expertise et les conditions de forme qui gouvernent celui-ci ne sont donc pas applicables.¹⁴⁴ Il est par ailleurs judicieux que le jugement précise que les parties seront tenues d'adresser leur dossier préalablement à

l'expert. Cela évite que l'expert se présente en ignorant tout des éléments du litige.

Une difficulté pratique pouvait naître, antérieurement à la réforme de l'expertise judiciaire, en ce qui concerne la détermination de la partie tenue d'avancer les frais de la vacation. Si la mesure avait été explicitement demandée par une partie, ou remplaçait une expertise judiciaire demandée par une partie, les frais étaient à charge de cette partie. Si la mesure avait été décidée d'office, l'article 985 al. 4 précisait que les frais étaient exécutoires à charge de la partie qui l'a poursuivie. A.-L. FETTWEIS suggérait dès lors d'attendre que la partie la plus diligente demande au tribunal d'envoyer la décision à l'expert car, à défaut, il ne serait pas possible de déterminer ultérieurement à charge de quelle partie doivent être taxés les frais et honoraires de l'expert.¹⁴⁵ Si la solution était correcte sur le plan juridique, elle pouvait poser des problèmes d'application. En effet, si les parties savaient qu'une expertise judiciaire suppose une demande adressée au greffe pour être mise en mouvement, les modalités pratiques d'application de l'article 985 étaient moins connues. En particulier, il n'existait pas, à ce niveau, d'équivalent à l'article 965, qui disposait que la mission est notifiée à l'expert par le greffe à la demande de la partie la plus diligente. Un danger existait donc qu'aucune des parties ne prenne d'initiative, à la réception du jugement, estimant qu'il n'est pas nécessaire de demander la notification du jugement à l'expert.

Cet écueil a actuellement disparu. L'article 986 dispose en effet que le juge taxe les honoraires de l'expert au bas du procès-verbal d'audition (pas de changement avec le régime antérieur) et *délivre exécutoire contre la partie ou les parties qu'il désigne et dans la proportion qu'il détermine*. Dans la décision finale, ces montants seront taxés comme frais de justice. Donc, plus de gymnastique pour déterminer la partie qui a poursuivi la mesure: le juge apprécie souverainement, au vu des éléments du cas d'espèce, qui doit supporter les frais de cette mesure d'instruction.

¹⁴¹Civ. Liège (réf.) 9 février 1995, *J.T.* 1996, 84.

¹⁴²R. BOURSEAU, « Questions diverses liées à l'expertise », *Ann. dr. Louvain* 2000, pp. 331 et s., n° 97; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'expertise et le code judiciaire », in *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 5 et s., n° 15; G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstruction », in *La preuve*, U.C.L., 1987, p. 14, n° 6; S. DUFRENE, « L'expertise », *J.T.* 1988, pp. et 181 s., n°s 27 et s.; A.-L. FETTWEIS, « L'instruction des litiges de la construction », in *Droit de la construction*, CUP, vol. XII, nov. 1996, p. 205; A.-L. FETTWEIS, « Comment éviter que le coût d'une expertise judiciaire ne ruine le procès? », in *Le coût de la justice*, Jeune Barreau Liège, 1998, pp. 151 et s.; L.-M. HENRION, « L'expertise revisitée. Quelques suggestions pratiques », *R.D.C.* 1997, p. 589; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'expertise en matière immobilière », in *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 111 et s., spéc. p. 112.; J. LAENENS, « L'expertise », in *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, octobre 1997, pp. 198 et s., n°s 15 et s.; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, T. I, Bruylant, 1985, n° 72; P. SOURIS, « Mini-chronique de jurisprudence: de l'opportunité d'une mesure d'expertise », *J.J.P.* 1994, p. 368; P. TAELEMAN, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », in *L'expertise judiciaire: l'expert comptable et le conseil fiscal*, Bruges, la Chartre, 2003, p. 72, n° 16; J. VAN COMPENOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in *L'expertise*, F.U.S.L., 1994, pp. 105 et s., n° 8; P. VANLERSBERGHE, « De beslissing tot aanstelling van een deskundige », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, pp. 3 et s., n° 2.

¹⁴³A.-L. FETTWEIS, « Comment éviter ...? », *o.c.*, p. 154.

¹⁴⁴Liège 17 février 2000, *J.L.M.B.* 2000, 16.

¹⁴⁵A.-L. FETTWEIS, *o.c.*, p.155.

Les magistrats apprécieront cette simplification à sa juste valeur. Lorsque une mesure d'instruction a été demandée par une des parties, il est vraisemblable que c'est elle que le juge désignera pour prendre en charge les frais et honoraires de l'expert. Si la mesure est ordonnée d'office, le juge appréciera en fonction des circonstances de la cause.

Chapitre 5. Les constats

Le but n'est pas d'aborder le constat d'adultère, comme je l'ai dit dans l'introduction, mais plutôt d'examiner les autres formes de constat évoquées par le Code judiciaire.

Section 1. Le constat d'huissier

41. Indépendamment du constat d'adultère, visé à l'article 1016*bis*, le Code judiciaire consacre également une disposition générale au constat d'huissier: l'article 516 alinéa 2, qui dispose que les huissiers peuvent être commis pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Ils peuvent également procéder à des constatations de même nature à la demande des particuliers.

Il est assez habituel que des particuliers fassent appel à un huissier pour procéder à un constat. Il est plus rare que le juge commette un huissier, bien que cela soit expressément prévu par cette disposition. On peut en trouver la raison dans les limites mêmes imposées par le texte: l'huissier ne peut donner aucun avis sur les données de fait qu'il enregistre. Pour le magistrat à la recherche d'une opinion sur une question technique qui le dépasse, le constat d'huissier ne lui sera pas d'un grand secours. L'absence de compétence technique de l'huissier peut même l'handicaper dans la réalisation d'un constat purement matériel: dans certaines circonstances, il peut être utile de faire un choix, une sélection parmi les données à constater, ce qui peut supposer des connaissances particulières. Ainsi, le juge qui désigne un huissier pour constater l'état de travaux de construction, en vue d'établir l'existence de malfaçons, pourrait être déçu à la lecture du procès-verbal de constat, parce que, compte tenu de son absence de compétence particulière dans ce domaine, l'huissier ne va peut-être pas relever les éléments les plus pertinents pour la suite du litige. Cette mesure est donc utile pour des constats simples, dont la matérialité ne peut être mise en doute. Elle peut s'avérer très efficace en cas d'urgence.

La force probante de ce type de constat est identique à celle d'un rapport d'expertise: elle ne lie pas le juge, qui pourra retenir ces données à titre de simple renseignement.¹⁴⁶

Section 2. L'expertise simplifiée

42. L'article 986 nouveau (ancien art. 989) du Code judiciaire dispose que le juge peut désigner un expert chargé de faire verbalement rapport à l'audience fixée à cette fin. Le juge peut aussi prescrire à cet expert de produire lors de son audition des états descriptifs, des plans ou des photographies utiles à la solution du litige.

La Cour d'appel de Liège a interprété très soupagement cette disposition en précisant qu'elle permet aussi au juge d'inviter l'expert à répondre par écrit aux questions posées et communiquer cet écrit aux parties avant l'audience, lors de laquelle l'expert fera verbalement son rapport au juge en présence des parties et de leurs conseils. L'utilité de la communication par l'expert d'un écrit préalable aux parties est double: elle permet d'une part d'assurer mieux le caractère contradictoire de la mesure d'instruction et, d'autre part, de faciliter la rédaction du procès-verbal d'audition de l'expert en son procès-verbal, au motif que ledit écrit préalable de l'expert pourra être joint à ce procès-verbal et ainsi compléter celui-ci.¹⁴⁷

Cette procédure est très proche des consultations et constatations par expert organisées par le Nouveau Code de Procédure Civile français.¹⁴⁸ Elle offre de nombreux avantages:

- rapidité: les constats éventuels à réaliser sur place devront être effectués avant la date de l'audience fixée pour l'audition de l'expert;
- simplicité: peu de formalisme – le rapport écrit peut être réduit à sa plus simple expression et, le cas échéant, remplacé par des photographies;
- coût plus limité qu'une expertise classique;
- souplesse: suivant les circonstances, les juges peuvent rechercher plutôt un constat matériel effectué par une personne compétente ou plutôt un avis technique, ou les deux;
- interactivité: l'audition de l'expert à l'audience permet au juge de lui poser toutes les questions utiles.

Bref cette disposition, largement ignorée des praticiens, offre une alternative fort intéressante à l'expertise pour les cas simples. Pour les tribunaux dont l'emploi du temps est chargé, elle a l'avantage sur la vue des lieux accompagnée d'un expert de ne pas obliger le juge à se déplacer. En

¹⁴⁶G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Liège, Fac. Droit, 1993, n° 318; A.-L. FETTWEIS, « Comment éviter que le coût d'une expertise... », *o.c.*, p. 158; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 317-1. Une proposition de loi a été déposée en 1999 (*Doc. parl.* Chambre, 50 202/001 – sess. ord. 1999/2000) en vue de faire préciser que les constatations qui ne relèvent pas l'exercice légal du ministère de l'huissier ont valeur de renseignements, dont le juge peut inférer des présomptions. Cette proposition est caduque depuis la fin de la législature.

¹⁴⁷Liège 1^{er} juin 1999, *J.L.M.B.* 2000, 173.

¹⁴⁸S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 28^e éd., 2006, n°s 1290 et 1295.

outre, la limitation aux seules causes jugées en degré d'appel, qui figurait dans l'ancien article 989, a été supprimée.

La taxation des honoraires de l'expert se fait de manière identique à celle de la vue des lieux accompagnées d'un expert (voir ci-dessus n° 38).

43. Il convient toutefois de rester attentif aux risques que l'expertise simplifiée fait peser sur le principe du contradictoire, si elle est utilisée sans précaution par le juge. En effet, le texte, que ce soit dans sa version ancienne (989) ou nouvelle (986), ne prévoit pas que l'expert doit convoquer les parties avant de se rendre sur les lieux. La contradiction peut évidemment se réaliser à l'audience, lorsque le juge entend le rapport de l'expert, mais n'est-ce pas trop tard dans certains cas? Sans convocation préalable, il se pourrait que, lors de sa vacation sur les lieux, l'expert ne remarque pas certains points sur lesquels les parties auraient pu utile-

ment attirer son attention. Plus gênant encore, si la chose à expertiser se trouve entre les mains d'une des parties ou est l'immeuble dans lequel une partie réside, l'expert n'entendra que les observations de cette partie lors de sa vacation sur les lieux. Cela dit, on connaît la lourdeur de la fixation des réunions d'expertise, dès lors que l'expert est tenu de prendre les convenances, des parties, de leurs avocats, de leurs conseils techniques ... Le respect de cette procédure paraît incompatible avec l'exécution d'une mesure d'instruction allégée. Pour concilier ces différents aspects, il me semble opportun que le juge qui recourt à l'article 986 pour ordonner une expertise simplifiée précise, dans la mission succincte qu'il impartit à l'expert, que celui-ci doit *avertir* les parties de la date de sa vacation sur les lieux. Avertir et non convoquer: la nuance est importante parce qu'il ne doit pas prendre leurs convenances. Libre aux parties d'être présentes ou non.