

Doctrine

- Les attestations écrites dans le Code judiciaire, par A. Hoc 277
- Affaire *Lumumba* : vers un non-lieu?, par P. D'Huart 282

Jurisprudence

- Urbanisme - Articles 107 et 127 du C.W.A.T.U.P.E. - Caractère indissociable du projet public et du projet privé - Application exclusive de l'article 127 du C.W.A.T.U.P.E.
C.E., XIII^e ch., 5 février 2013, rapport de l'auditeur L. Donnay 285
- Immunité d'exécution - Biens d'un État étranger - Compte d'ambassade - Immunité d'exécution autonome - Renonciation contractuelle à l'immunité d'exécution - Convention de Vienne sur les relations diplomatiques - *Ne impediatur legatio* - Coutume internationale
Cass., 1^{re} ch., 22 novembre 2012, observations de P. d'Argent, note 290
- Preuve - Matière civile - Production d'attestations (art. 961/1 à 961/3, C. jud.)
Comm. Mons, 1^{re} ch., 19 mars 2013 .. 294

Chronique

Échos - Bibliographie - Coups de règle.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031



Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
20 avril 2013 - 132^e année
15 - N° 6517
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

Les attestations écrites dans le Code judiciaire

La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil¹ a déjà fait l'objet il y a quelques mois et dans cette même revue d'un intéressant commentaire sous la plume de Dominique Mougenot². Il y était fait état, de manière générale, des trois grands changements introduits par la loi : modification en matière d'interruption de prescription, modification en matière d'omission du rôle, et admissibilité du témoignage écrit. La présente contribution, s'inscrivant dans le prolongement de la précédente, entend faire le point sur ce dernier aspect quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi.

1 Introduction

La pratique consistant, pour les parties en litige, à produire à l'appui de leurs dires des attestations écrites émanant de tiers, n'est pas inconnue des juridictions civiles belges. De tels écrits se trouvent depuis longtemps admis en jurisprudence au titre de simples présomptions³.

La loi du 16 juillet 2012, inspirée en cela par le nouveau Code de procédure civile français (N.C.P.C.)⁴, vient consacrer et encadrer cette pratique. Transposant quasi littéralement les articles 200 à 203 du N.C.P.C., les nouveaux articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire font ainsi du témoignage écrit une mesure d'instruction à part entière. À ce titre, la production d'attestations écrites peut désormais être ordonnée même d'office par le juge, là où auparavant elle ne pouvait résulter que d'une démarche des parties.

Publiée au *Moniteur* le 3 août 2012, la loi est entrée en vigueur le 13 août dernier. Conformément à l'article 3 du Code judiciaire, elle est donc applicable à tous les litiges qui étaient en cours à cette date ou qui ont pris cours depuis celle-ci. Comme on pouvait s'y attendre, les nouveaux articles n'ont pas manqué depuis lors de susciter certaines interrogations en doctrine quant aux principes devant guider leur interprétation, tout autant qu'ils ont déjà donné lieu dans les prétoires à des débats relatifs à leur application concrète.

Il apparaît donc utile, quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2012, de faire le point sur cette nouvelle mesure d'instruction. Le propos sera à cet égard structuré en trois temps. Une première partie visera à comprendre la genèse et le fonctionnement général de la nouvelle mesure. Une seconde partie tentera de dégager des solutions aux problèmes d'application qu'elle a déjà suscités et ne manquera pas de susciter en pratique. Une dernière partie sera l'occasion de quelques réflexions sur l'évolution des principes guidant le procès civil dont l'adoption de cette nouvelle mesure semble constituer le reflet.

2 Comprendre

Régime antérieur. — Comme on l'a dit, avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2012, rien n'empêchait une partie à un litige de produire, à l'appui de ses prétentions, des attestations écrites émanant de tiers. Celles-ci ne valaient cependant qu'au titre de présomptions de l'homme⁵. Leur

(1) Loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil, *M.B.*, 3 août 2012, p. 45960.

(2) D. MOUGENOT, « La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil », *J.T.*, 2012, pp. 633-637.

(3) Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1011; Civ. Arlon, 16 janvier 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 253; Mons, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 524; Mons (2^e ch.), 5 décembre 2011, *J.T.*, 2012, pp. 117-118.

(4) Nouveau Code de procédure civile (fr.), articles 199-203.

(5) D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 325-326.

L'INTERVENTION PUBLIQUE DANS LA SPHÈRE ÉCONOMIQUE
Fondements, principes et limites

L'INTERVENTION PUBLIQUE DANS LA SPHÈRE ÉCONOMIQUE
Fondements, principes et limites
Pierre de Bandt, Muriel Vanderhelst
93 pages
Journal des tribunaux

> Collection : Les Dossiers du Journal des tribunaux
208 p. • 85,00 € • Édition 2013

ENFANTS FRAGILISÉS
Stratégies de planning personnel et patrimonial

MANUEL DE PLANIFICATION PATRIMONIALE
Enfants fragilisés
Frederik Swennen, Guan Velghe
122 p. • 55,00 € • Édition 2013

> Collection : Manuel de planification patrimoniale
122 p. • 55,00 € • Édition 2013

Disponible aussi en ebook
www.larcier.com

strada lex
Ouvrages disponibles en version électronique sur
www.stradalex.com

commande@deboekservices.com
c/o De Boeck Services sprl
Fond Jean-Pâques 4
1348 Louvain-la-Neuve • Belgique
www.larcier.com 10800/99 613 • 0800/99 614

régime ne pouvait donc être assimilé à celui de la preuve testimoniale régissant le témoignage oral recueilli sous serment dans le cadre de la procédure dite d'« enquête » (art. 915 et suivants C. jud.)⁶.

La distinction entre preuve testimoniale et présomptions, pour importante qu'elle soit, doit cependant être relativisée au regard de leur admissibilité et de leur force probante, qui sont en tous points identiques. Ainsi, en matière civile, tant la preuve testimoniale que les présomptions ne sont admissibles que pour rapporter la preuve de faits, qu'ils soient matériels ou juridiques. En tant qu'elles portent sur des actes juridiques, elles ne sont admissibles que si la valeur de ceux-ci n'excède pas 375 EUR (article 1341, C. civ.)⁷. Même parallélisme quant à la force probante attachée aux deux modes de preuve : l'un et l'autre en sont dépourvus⁸. Il appartient donc au juge, dans les deux cas, d'en apprécier souverainement la valeur probante, c'est-à-dire le caractère convaincant⁹. Preuve testimoniale et présomptions partagent donc le même terrain d'élection : celui des faits, dont l'importance est souvent déterminante dans le contentieux familial, celui du droit du travail ou encore dans celui de la responsabilité aquilienne et contractuelle¹⁰.

Dialogues Justice et proposition Brotcorne. — Il n'y a donc pas lieu de chercher derrière les nouveaux articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire une quelconque volonté du législateur de conférer au témoignage écrit la force probante qu'il n'aurait pas eue jusque-là. Certes la consécration par la loi de son admissibilité a pour effet de le faire passer du rang de simple présomption à celui de preuve testimoniale, mais comme on vient de le voir, cette promotion reste sans effet à cet égard. Bien plus certainement, l'inscription du témoignage écrit au rang des preuves testimoniales répond à un souci, déjà jugé pressant par le professeur de Leval et le sénateur Erdman dans leurs *Dialogues Justice* de 2004, de rendre le procès civil plus rapide, plus efficace et moins onéreux¹¹. Dans leur esprit, le recours au témoignage écrit devait permettre dans de nombreux cas de faire l'économie de la procédure d'enquête, jugée lourde et ne présentant pas les mêmes avantages en termes de concision, de maîtrise de la pensée et surtout de rapidité¹². Il leur apparaissait par ailleurs assez simple d'en consacrer l'existence dans notre droit positif, les articles 200 à 203 du Code de procédure civile français présentant à cette fin un modèle pouvant selon eux être importé tel quel.

Visiblement sensible à de tels arguments, le député Christian Brotcorne reprend l'idée dans une proposition de loi déposée à la Chambre le 9 août 2010 se donnant pour objectif de « modifier le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues »¹³, et qui deviendra sans grands heurts ni substantielles modifications la loi du 16 juillet 2012.

Principes d'interprétation. — La loi ne s'écarte en rien de la proposition de de Leval et Erdman. Les articles 961/1 à 961/3 sont en effet, à l'exception de quelques aménagements cosmétiques, la reproduction à l'identique des articles 200 à 203 du N.C.P.C. français. Selon l'auteur même de la proposition de loi, « il va de soi que le nouveau texte devrait recevoir, en droit belge, la même interprétation que celle qui lui est donnée en France »¹⁴. Ce principe d'interprétation semble donc devoir s'imposer tant au commentateur qu'au praticien.

Pour autant, cette exigence doit être conciliée avec la nécessité d'inscrire la mesure dans le cadre plus large des mesures d'instruction tel qu'il est tracé par le Code judiciaire belge. De manière tout à fait singulière, le témoignage écrit prend ainsi les allures d'une mesure à mi-chemin entre le témoignage oral, dont il poursuit les objectifs, et la production de documents, dont il emprunte les moyens. Il doit donc

être également possible d'interpréter les nouveaux articles régissant le témoignage écrit à la lumière des solutions qui prévalent pour ces deux autres mesures dont il est somme toute assez proche.

Conditions d'admissibilité. — Le juge peut recevoir des attestations écrites émanant de tiers lorsque la preuve testimoniale est admissible (article 961/1, C. jud.). Il appartient au juge de décider en fait si la preuve par témoins peut être apportée utilement, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit des parties d'apporter pareille preuve¹⁵. Par ailleurs, la preuve testimoniale ne peut être admise que lorsqu'elle porte sur des faits précis et pertinents¹⁶, ce qui suppose notamment que le fait à prouver soit articulé avec une précision suffisante pour permettre au juge d'apprécier sa gravité et à la partie adverse de se défendre par la preuve contraire¹⁷. Le respect du principe contradictoire impose également qu'elle soit rapportée en temps utile pour permettre à la partie adverse de répliquer¹⁸.

En outre, les attestations doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins (article 961/2, alinéa 2, C. jud.). Ces conditions sont fixées à l'article 931 du Code judiciaire. Ne peuvent ainsi être entendus comme témoins les mineurs de moins de 15 ans (sauf exceptions), ni les enfants dans des litiges qui opposent leurs parents. Une autre question est celle de savoir si des personnes soumises au secret professionnel, tels les avocats ou les médecins, sont admises à produire des attestations écrites. En toute logique, cette question devrait appeler la même réponse pragmatique que celle qui prévaut en matière de témoignage oral et de production de documents, les principes gouvernant l'appréciation du secret professionnel étant les mêmes dans l'un et l'autre cas¹⁹. À cet égard, il convient de noter que la Cour de cassation ne semble pas s'être ralliée à une conception trop absolue du secret professionnel, préférant manifestement considérer l'objectif poursuivi par la règle du secret²⁰. Elle a ainsi déjà jugé qu'il appartenait au juge du fond de vérifier si, d'après les éléments propres à la cause, le silence du médecin n'était pas détourné de son but²¹. La solution adoptée en France converge dans le même sens. Il y est ainsi admis qu'une personne tenue au secret professionnel ne peut établir une attestation²², à moins qu'elle ne relate des faits dont elle a été témoin en dehors de l'exercice de sa profession²³. Un médecin pourrait ainsi attester de faits auxquels il a assisté comme ami du couple et non en sa qualité de médecin²⁴. Même si elle n'est pas condamnable sur pied de l'article 458 du Code pénal lorsqu'elle se conforme à de tels principes, il y a tout lieu de penser que la personne tenue au secret professionnel ne saurait cependant être dispensée d'obtenir l'autorisation préalable de son ordre professionnel avant de témoigner en justice.

Enfin, l'attestation ne peut être admise qu'en tant qu'elle contient la relation de faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés (article 961/2, alinéa 3, C. jud.). Il ne saurait donc être question de produire, sous couvert d'une attestation écrite, des avis, des explications techniques ou des documents qui ne contiendraient pas un témoignage²⁵. Envisager les choses autrement reviendrait en effet à accepter que des attestations écrites puissent servir de support à des expertises ou des productions de documents qui ne diraient pas leur nom. La question de savoir si le témoignage indirect peut être admis engendre quant à elle des réponses contrastées en doctrine. Raisonnant en termes d'analogie avec le témoignage oral, Dominique Mougenot estime qu'un tel témoignage n'est pas interdit²⁶. Il est vrai qu'en la matière, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger qu'aucune disposition légale ou principe de droit ne limitait l'admissibilité d'un témoignage indirect²⁷. Benoit Samyn, se fondant pour sa

(6) *Ibidem*, pp. 303 et s.

(7) *Ibidem*, p. 305. Il est fait exception à cette règle s'il existe un commencement de preuve par écrit (article 1347, C. civ.) ou si on se trouve dans l'impossibilité de prouver par écrit (article 1348, C. civ.). Par ailleurs, en matière commerciale, la preuve testimoniale est toujours admissible (article 1341, alinéa 2, C. civ. et article 25, C. comm.).

(8) *Ibidem*, p. 303.

(9) *Ibidem*, pp. 312 et 318.

(10) *Ibidem*, p. 305.

(11) F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice* - Rapport de synthèse rédigé à la demande de Mme Laurette Onkelinx, vice-première ministre et

ministre de la Justice, juillet 2004.

(12) *Ibidem*, p. 223.

(13) Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 53-0075/1.

(14) *Idem*, p. 5.

(15) Cass., 17 septembre 1999, *Larc. Cass.*, 1999, n° 1512 et *Dr. circ.*, 2000, p. 13. On notera toutefois que l'inadmissibilité, même manifeste, de ce mode de preuve n'empêche pas une partie de produire une attestation à la manière d'une voie de fait. Et nul ne sait l'attention que le magistrat, écartant la pièce, lui aura malgré tout

prêtée.

(16) Liège, 21 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 497 et *J.T.*, 1998, p. 797.

(17) Liège, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 620.

(18) J.P. Grâce-Hollogne, 24 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1277 (somm.).

(19) Bruxelles, 14 mars 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 304.

(20) J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Examen de jurisprudence (1991 à 2001) - Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 2002, p. 716.

(21) Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*,

1979, I, p. 249.

(22) Cass. fr. (2^e ch. civ.), 24 juin 1992, *Bull. civ.*, II, n° 173; Toulouse, 17 mars 1992, *R.T.D. c.*, 1993, p. 104, note HAUSER.

(23) S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 822.

(24) Cass. fr. (2^e ch. civ.), 6 juillet 1977, *Recueil Dalloz*, 1977, IR 493.

(25) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 635.

(26) *Ibidem*, p. 635.

(27) Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, p. 768; *J.T.*, 1980, p. 349; *R.W.*, 1980-1981, p. 384 et *R.D.S.*, 1980, p. 352.

part sur une lecture littérale de l'article 961/2, alinéa 3, y décèle au contraire une volonté plus claire qu'en matière de témoignage oral d'exclure ici le témoignage indirect²⁸. La solution adoptée en France semble lui donner raison, les témoignages indirects y étant rejetés en matière d'attestations écrites²⁹. En toute hypothèse, et même à considérer qu'ils puissent être acceptés en Belgique, il convient de rappeler que les témoignages indirects doivent être appréciés avec circonspection en raison de l'imprécision et de l'incertitude que l'on peut craindre de tels témoignages³⁰, leur valeur probante étant pour le reste abandonnée aux lumières et à la prudence du juge³¹.

Conditions de forme. — L'attestation doit mentionner les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession de son auteur (article 961/2, alinéa 4, C. jud.). Ces mentions doivent permettre d'identifier l'auteur du témoignage avec un grand degré de certitude.

L'auteur de l'attestation doit également mentionner, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles (article 961/2, alinéa 4, C. jud.). Cette dernière notion n'étant pas définie par la loi, on se référera utilement aux indices suggérés par l'article 937 du Code judiciaire en matière de témoignage oral³², telle l'existence d'un contrat de société ou d'un contrat de travail entre le témoin et une partie. L'existence de tels liens peut bien sûr amener le juge à relativiser le crédit à apporter aux déclarations faites par le témoin.

L'attestation indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales (article 961/2, alinéa 5). La forme même que pourraient prendre ces sanctions n'est pas encore clairement définie (*cf. infra*), mais la formalité n'a sans doute d'autre but que de dissuader le témoin qui serait tenté de faire des déclarations mensongères. Pour naïve qu'elle paraisse à première vue, il semblerait bien que la mesure ne laisse pas indifférents les témoins potentiels, dont on observerait déjà en pratique plus de réticences qu'avant à produire des attestations écrites.

Enfin, l'attestation doit être écrite, datée et signée de la main de son auteur (article 961/2, alinéa 6). Est-ce à dire que l'attestation doit nécessairement, et dans son intégralité, être manuscrite? L'hypothèse pourrait paraître absurde pour les uns³³, semble s'imposer comme une évidence pour les autres³⁴, mais suscite en tout cas des interrogations dans les couloirs des palais. La jurisprudence française est à cet égard bien peu prolixe : à peine trouve-t-on un arrêt isolé qui admet la production d'attestations dactylographiées³⁵. La doctrine française la plus autorisée suggère pourtant une solution contraire, puisqu'elle assimile les formes de l'attestation écrite à celles que doivent revêtir le testament olographe³⁶. Or il est acquis, y compris en droit belge, qu'un testament olographe doit, par définition et aux termes mêmes de l'article 970 du Code civil, être entièrement écrit de la main du testateur³⁷. Il est vrai que l'article 961/2, alinéa 6, du Code judiciaire est à cet égard moins explicite et peut laisser place au doute. Mais on incline à penser que les deux

textes sont animés du même esprit. Cette exigence répond, en matière de testament, à un double objectif : authentifier l'auteur de l'acte par une marque personnelle, d'une part, attester de la liberté d'expression du testateur et du sérieux de sa disposition, d'autre part³⁸. L'on s'accordera à dire que le premier objectif est moins prégnant en matière de témoignage écrit qu'en matière de testament, tant il est vrai que dans la première hypothèse il sera toujours possible de demander au témoin d'authentifier son écriture, alors qu'une telle possibilité est par nature exclue dans le cas du testament. En revanche, le second objectif semble bien concerner tant le testament que l'attestation écrite. Exiger du témoin qu'il rédige l'attestation à la main, c'est aussi lui imposer une certaine lenteur propice à la réflexion, et réduire les risques de voir des déclarations rédigées par un autre être simplement signées et copiées-collées par le témoin. Certes, le procédé consistant à exiger du témoin qu'il rédige son attestation à la main n'empêche pas qu'il agisse sous la dictée et peut en outre sembler désuet au vu des techniques de communication actuelles. Cependant, on objectera que précisément, à l'heure où l'on tweete parfois plus vite que l'on ne pense, exiger de l'attestation qu'elle soit manuscrite semble être le meilleur moyen de faire prendre conscience au témoin de la portée de son intervention, dont les conséquences peuvent être considérables sur la situation future des parties.

Pour être complet, on ajoutera encore, et de manière beaucoup plus prosaïque, que l'attestation doit être rédigée — ou à défaut traduite — dans la langue de la procédure, conformément à l'article 8 de la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire³⁹, qui accommode toutefois la règle de certains aménagements⁴⁰.

3 Appliquer

Absence de nullité. — La nouvelle loi vient encadrer plus qu'auparavant les conditions de recevabilité et de forme des attestations écrites. Cependant, elle les suggère plus qu'elle ne les impose formellement, car aucune de ces conditions n'est prévue à peine de nullité. Or, ainsi que le prévoit sans équivoque l'article 860 du Code judiciaire, aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi. Cette analyse, qui à vrai dire pourrait se suffire à elle-même, est corroborée par la lecture des travaux préparatoires de la loi⁴¹ et se conforme à la jurisprudence française, abondante et unanime en ce sens⁴². Il en résulte que le juge du fond doit pouvoir apprécier souverainement si, en présence d'une éventuelle irrégularité dont l'attestation pourrait être entachée, celle-ci présente ou non des garanties suffisantes pour emporter sa conviction et ne pas être écartée des débats⁴³. À nouveau, la jurisprudence française est constante sur ce point⁴⁴ et les travaux préparatoires s'y réfèrent sans restriction⁴⁵.

Toutefois, le juge ne peut rejeter une attestation au motif qu'elle n'est pas conforme à l'une ou plusieurs des conditions posées par la loi sans préciser en quoi elle n'est pas régulière⁴⁶. Cette exigence se déduit très

(28) B. SAMYN, « Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel », *Juristenkrant*, 26 septembre 2012, p. 7.

(29) Paris, 29 avril 1977, *Bull. avoués*, 1978, 3, p. 35. Sur ce point, voy. aussi W. VANDENBUSSCHE et W. VVS, « Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring commentaar bij de Wet van 16 juli 2012 », *T. Fam.*, 2013, n° 30-37, p. 32.

(30) Liège, 27 octobre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516; *Div. Act.*, 2000, p. 115 et *R.R.D.*, 1999, p. 38.

(31) Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, p. 768; *J.T.T.*, 1980, p. 349; *R.W.*, 1980-1981, p. 384 et *R.D.S.*, 1980, p. 352.

(32) P.-J. RICHARD, « Ceci est une révolution! (non pas l'iPhone 5, l'article 961/1) », *Bulletin de prévention*, n° 21, décembre 2012, p. 3.

(33) On songe aux situations dans lesquelles l'attestation serait kilométrique.

(34) P.-J. RICHARD, *op. cit.*, pp. 2-3.

(35) Paris, 14 décembre 1989, *JCP G*, 1990, IV, p. 262.

(36) S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 476, n° 619.

(37) A.-L. VAN GYSEL (dir.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, coll. *Précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 139 et 140.

(38) J.-P. WAYMEL, *Les formes du testament olographe*, Paris, Montchrestien, 1966, p. 26.

(39) Loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, *M.B.*, 26 juin 1935, p. 4002.

(40) À ce propos, voy.

D. LINDENMANS, « Eentalige burgerlijke procesvoering : wat met anderstalige of meertalige proceshandelingen en anderstalige of meertalige stukken? », in *De taal van het proces - La langue du procès* (Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel et la Conférence du Jeune barreau de Bruxelles éd.), Anvers-Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 27-47, et spécialement pp. 31-32. On rappellera cependant que le juge ne pourrait refuser d'avoir égard à une attestation régulièrement produite par une partie au seul motif qu'elle serait rédigée dans une autre langue que celle de la procédure (Cass., 28 janvier 2008, *R.D.J.P.*, 2008, p. 344). Il suit de cet enseignement que l'accord du juge et des parties, le dossier peut comporter une attestation rédigée dans une autre langue que celle de la procédure.

(41) Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 53-0075/1, p. 5.

(42) Cass. fr. (2^e ch. civ.), 18 mars 1998, *Bull. civ.*, II, n° 91; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 25 novembre 1997, *Bull. civ.*, I, n° 327; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 30 novembre 2004, *Bull. civ.*, I, n° 292; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 14 décembre 2004, *Bull. civ.*, I, n° 321; Cass. fr. (2^e ch. civ.), 14 mars 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, 2, p. 419, note VIATTE et *R.T.D. civ.*, 1979,

p. 665, note PERROT; Cass. fr. (2^e ch. civ.), 11 juillet 1979, *Bull. civ.*, II, n° 208 et 209 et *Recueil Dalloz*, 1980, IR 466, note JULIEN.

(43) J.-L. MOURALIS, v° « Preuve », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2011, p. 80, n° 634.

(44) Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 29 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 143 et *R.T.D. civ.*, 1981, p. 900, note PERROT; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 14 décembre 2004, *Bull. civ.*, I, n° 321; Cass. fr. (2^e ch. civ.), 23 janvier 1985, *Bull. civ.*, II, n° 20 et *Gaz. Pal.*, 1985, 1, *Pan.* 93, note GUINCHARD; Cass. fr. (2^e ch. civ.), 20 mars 2003, *Bull. civ.*, II, n° 70 et *J.C.P.* 2003, II, p. 10131, note DU RUSQUEC.

(45) Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 53-0075/1, p. 5.

(46) Cass. fr. (ch. soc.), 24 avril 1980, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 92, note LÉGIER; Cass. fr. (ch. soc.), 10 février 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 81.



naturellement de l'obligation de motivation formelle qu'imposent au juge tant l'article 149 de notre Constitution que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à un procès équitable⁴⁷. Pour le reste, il appartient au juge, comme en matière de témoignage oral⁴⁸, d'apprécier la valeur probante du témoignage écrit. Il s'agit là d'une question de pur fait pour l'appréciation de laquelle le juge jouit une nouvelle fois d'un pouvoir souverain⁴⁹. Le contrôle de la Cour de cassation se limite donc à vérifier que le juge du fond n'a pas violé la foi due aux déclarations des témoins, c'est-à-dire n'a pas adopté une interprétation de ces déclarations qui serait inconciliable avec leurs termes mêmes⁵⁰.

Enfin, il semble admis qu'un vice de forme puisse être régularisé ultérieurement, quand bien même l'irrecevabilité de l'attestation aurait déjà été soulevée⁵¹. Également importée de la jurisprudence française, « cette solution souple est tout à fait conforme au principe d'économie de procédure » estime très justement Dominique Mougenot⁵².

Pas d'attestations spontanées. — Contrairement à ce que pourrait suggérer une lecture hâtive de l'article 961/2, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, les tiers ne sont pas admis à produire spontanément des attestations écrites, et à s'inviter de la sorte aux débats. En effet, le texte précise que les attestations sont produites « par les parties ou à la demande du juge ». Il y a simplement que le tiers, une fois sollicité par une des parties ou par le juge lui-même, peut adresser directement son attestation au juge. Dans ce cas, et pour respecter le principe du contradictoire, le juge devra en faire communication aux parties. C'est bien là le sens de l'article 961/2, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code judiciaire, qui dispose que « le juge communique aux parties [les attestations] qui lui sont directement adressées »⁵³.

Pouvoir d'injonction du juge. — Le témoignage écrit constituant désormais une mesure d'instruction à part entière, le juge doit pouvoir ordonner à un tiers de produire une attestation écrite, même sans que les parties n'en aient introduit la demande⁵⁴. Ce pouvoir d'injonction lui est reconnu par l'article 871 du Code judiciaire, tout autant qu'il peut être déduit par analogie de la solution retenue en matière de production de documents (article 877 C. jud.). Il s'agit d'ailleurs là, et bien que cet aspect des choses semble avoir en partie échappé à la conscience du législateur, de la seule et unique innovation majeure qu'apporte la loi du 16 juillet 2012 par rapport au régime auquel étaient soumises les attestations écrites par le passé⁵⁵. Il est d'ailleurs bien regrettable que le législateur n'ait pas détaillé davantage la procédure par laquelle de telles attestations peuvent être exigées par le juge lui-même. Dans le silence de la loi, et face à l'embarrassant mutisme de la jurisprudence française sur ce point, on en est réduit à convoquer les principes généraux du procès civil et à raisonner en termes d'analogie avec les autres mesures d'instruction.

Il est tout d'abord acquis que le juge ne peut ordonner à un tiers de produire une attestation écrite que par un jugement, puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction⁵⁶. Ce jugement doit en outre être considéré comme étant exécutoire par provision (article 1496, C. jud.) et doit pouvoir le cas échéant être prononcé sous astreinte. Il y a également lieu de considérer que cette décision peut être frappée des voies de recours classiques que sont l'appel (articles 616 et 1051, C. jud.), l'opposition (article 1047, C. jud.) et, pour le tiers interpellé, la tierce opposition (article 1122, C. jud.). Pour le reste, on devrait pouvoir appliquer *mutatis mutandis* à la remise

de l'attestation écrite la même procédure que celle prévue pour la production de documents (articles 877 et s., C. jud.)⁵⁷.

Enfin, il y a lieu de rappeler que conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière⁵⁸, le pouvoir d'injonction du juge peut être limité — voire neutralisé — par l'existence d'un accord procédural aux termes duquel, en vertu du principe dispositif, les parties auraient explicitement exclu le prononcé d'une mesure d'instruction déterminée⁵⁹. À nouveau, rien ne semble indiquer qu'il faille s'écarter de cette solution en matière de témoignage écrit.

Possibilité d'enquête ultérieure. — Aux termes mêmes de l'article 961/3 du Code judiciaire, le juge peut toujours procéder à l'audition de l'auteur de l'attestation. Il s'agit là d'une simple faculté dont l'usage relève de son pouvoir souverain d'appréciation⁶⁰, et il n'est pas tenu de faire droit à une demande d'enquête s'il estime que les attestations produites présentent en elles-mêmes une valeur probante suffisante⁶¹. En cas de contradiction entre attestation écrite et témoignage oral, aucun motif juridique ne permet de faire primer l'un sur l'autre, le juge appréciant souverainement leur valeur probante respective⁶².

Sanctions pénales et responsabilité civile. — Bien que l'article 961/2, alinéa 5, du Code judiciaire suggère que l'auteur d'une fausse attestation puisse s'exposer à des sanctions pénales (*cf. supra*), on peine à voir avec précision à quelle sanction le législateur a véritablement pensé. Avec Dominique Mougenot⁶³, l'on s'accordera à exclure qu'il puisse s'agir de l'infraction de faux témoignage (article 220, C. pén.), dès lors que son élément matériel suppose, pour être constitué, que les déclarations mensongères aient été faites sous serment. Point de serment imposé en matière d'attestation écrite, et, par conséquent, point d'infraction. On pourrait cependant envisager, à l'appui d'un récent arrêt de la Cour de cassation⁶⁴, qu'une déclaration écrite inexacte établie par un particulier, transmise au juge et versée au dossier de la procédure, puisse constituer un faux en écritures au sens de l'article 196 du Code pénal⁶⁵. Enfin, on ajoutera qu'en matière de témoignage oral, le témoin cité et défaillant peut être condamné à une amende par ordonnance du juge (article 926, C. jud.). Il serait tentant de vouloir appliquer la même règle au témoignage écrit, mais le principe *nullum crimen sine lege* empêche très certainement pareille analogie.

Sur le plan civil, en revanche, rien ne fait obstacle à la mise en cause par les parties de la responsabilité aquilienne du témoin défaillant ou convaincu de fausse déclaration. Pareille solution peut être dégagée tant de l'application générale de l'article 1382 du Code civil que d'un raisonnement par analogie avec l'action en dommages et intérêts reconnue aux parties contre le tiers qui, sans motif légitime, refuse de produire les documents requis (article 882, C. jud.) ou s'abstient de témoigner (article 926, C. jud.). Ne serait-il pas opportun, du reste, que le législateur dote le régime des attestations écrites de semblables dispositifs?

4 Anticiper

Subsidiarité de l'enquête. — Il y a tout lieu de croire que le recours de plus en plus fréquent aux attestations écrites sera de nature, dans les

(47) Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *Errat.*, *M.B.*, 29 juin 1961.

(48) D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 312, n° 225.

(49) *Ibidem*, p. 312, n° 226.

(50) *Ibidem*, p. 313, n° 226 et jurisprudence citée.

(51) Cass. fr. (2^e ch. civ.), 21 novembre 1979, *Recueil Dalloz*, 1980, I.R. 466, note JULIEN.

(52) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 636, n° 12.

(53) Dans ce sens, voy. également D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 636, n° 11.

(54) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 636, n° 11.

(55) En revanche, la possibilité qu'a

le juge de solliciter le témoignage d'un tiers en particulier (que n'auraient pas suggéré les parties) ne constitue pas une innovation en soi, dès lors qu'une telle pratique semble déjà admise en matière d'enquête lorsque celle-ci est ordonnée d'office par le juge (Comm. Brugge, 24 mai 1973, *R.W.*, 1973-1974, p. 501).

(56) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 636, n° 11. Cela implique donc que pour être exécuté (*a fortiori* sans astreinte), le jugement ordonnant la production d'une attestation écrite doit être signifié au tiers interpellé par la partie la plus diligente. Pour qu'il y ait exécution forcée, la signification s'impose en effet. En revanche, si le tiers s'exécute spontanément sur l'interpellation d'une partie du jugement, la simple notification de ce jugement aura évidemment suf-

fi. Voy. Comm. Mons, 19 mars 2013, ci-après, p. 294.

(57) Sur cette mesure d'instruction, voy. notamment G.-L. BALLON, « Overlegging van stukken in een proces », *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 725 et s.

(58) Cass., 2 juin 2005, *Pas.*, p. 1167; Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, p. 1137; Cass., 28 septembre 2012, C.12.0049.W. Sur l'articulation de cette jurisprudence avec l'article 875bis nouveau du Code judiciaire, voy. O. MIGNOLET, *L'expertise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 66, n° 31. Par extension de cet enseignement, il faut admettre que les parties pourraient aussi, dans un second temps, s'accorder pour neutraliser une demande d'attestation formulée d'office par le juge.

(59) H. BOULARBAH, « Le nouveau

droit de l'expertise judiciaire », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 14-15.

(60) Cass. fr. (2^e ch. civ.), 28 février 1978, *Recueil Dalloz*, 1979, I.R. 509, note JULIEN; Cass. fr. (ch. com.), 3 novembre 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 290.

(61) Cass. fr. (2^e ch. civ.), 9 janvier 1974, *Bull. civ.*, II, n° 12.

(62) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 636, n° 14.

(63) *Ibidem*, p. 637, n° 15.

(64) Cass., 17 novembre 2009, *Nul-lum crimen*, 2010, p. 126; *Pas.*, 2009, p. 2667; *R.A.C.B.*, p. 416, note WAETERINCKX et DE SCHEPPER.

(65) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 637, n° 15.



années qui viennent, à reléguer la procédure d'enquête au second plan. Il s'agit d'ailleurs là d'un des objectifs avoués de la loi, Georges de Leval et Fred Erdman notant déjà dans leur rapport que le succès du témoignage écrit avait été si important en France que l'enquête y était tombée quasi en désuétude⁶⁶. Si le recours au témoignage écrit s'impose avant tout comme une solution de bon sens, il répond également à l'obligation qu'a le juge de limiter le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse (article 875bis, C. jud.).

Cela étant dit, il ne faut pas perdre de vue, ainsi que le soulignent maints auteurs, que le témoignage écrit présente moins de garanties que le témoignage oral en termes de fiabilité, puisqu'il faut bien reconnaître que la sincérité d'une déposition orale est souvent plus facile à mesurer que celle d'une déclaration écrite⁶⁷. Par ailleurs, la procédure écrite ne permet pas au juge, contrairement à ce qui est possible au sein de la procédure orale, de poser au témoin une série de questions précises et d'en cerner la crédibilité⁶⁸. On peut donc penser que les avantages que continuent à présenter l'enquête constitueront un frein à sa disparition totale, mais qu'il y sera désormais recouru de plus en plus à titre subsidiaire. On s'acheminerait donc vers une pratique, déjà répandue en droit anglo-saxon et en arbitrage international, qui consiste à exiger dans un premier temps des témoins des déclarations écrites, le juge se réservant le droit de ne convoquer ensuite pour une audition en bonne et due forme que ceux d'entre eux dont les déclarations méritent d'être éclaircies⁶⁹. Cette possibilité est d'ailleurs explicitement prévue par le nouvel article 961/3 du Code judiciaire.

Witness coaching. — Si, comme on est porté à le croire, le recours au témoignage écrit se généralise devant les juridictions belges, pareille évolution ne devrait pas rester sans conséquence sur les règles censées guider les rapports entre les parties et les témoins. Jusque récemment, les règles de déontologie édictées par l'Ordre des avocats leur défendaient tout contact avec les personnes appelées à témoigner⁷⁰. La philosophie même de la procédure d'enquête voulait que ce soit le juge qui interpelle et interroge les témoins, sans possibilité d'interaction directe entre ces derniers et les parties (voy. notamment l'article 936 du Code judiciaire).

La rigueur de cette règle s'est cependant déjà vue tempérée en matière de modes alternatifs de résolution des conflits, et singulièrement en matière d'arbitrage international où les avocats belges se trouvaient désavantagés par rapport à des confrères étrangers déliés de pareille interdiction. Dans ce cadre, il est donc désormais admis que l'avocat puisse avoir des « contacts préparatoires avec un témoin pressenti afin de l'assister, s'il y a lieu, dans la préparation d'une attestation écrite, ainsi qu'avant son audition »⁷¹. Il s'agit là d'une première brèche dans un principe longtemps tenu pour intangible, et que dans un autre domaine, l'admissibilité des attestations écrites pourrait bien élargir un peu plus. En effet, et à moins de continuer à jouer les tartufes, il faudra bien reconnaître que la réduction des contacts directs entre les juges et les témoins ira plus que probablement de pair avec une présence croissante des avocats auprès de ces derniers.

Circulation internationale des preuves. — Le recours accru aux attestations écrites devrait enfin être de nature à favoriser la circulation des preuves au niveau international, et en particulier au niveau européen. Dans un récent arrêt *Lippens*⁷², la Cour de justice de l'Union européenne a en effet affirmé le principe selon lequel le juge d'un État membre de l'Union pouvait ordonner à un témoin situé dans un autre

État membre de venir témoigner devant lui, sans qu'il soit besoin de recourir aux mécanismes de coopération prévus par la législation européenne spécifique⁷³, s'il s'avérait que ceux-ci seraient, eu égard aux circonstances de l'espèce, plus lourds et moins rapides à mettre en œuvre (en l'occurrence, Maurice Lippens, convoqué comme témoin dans le litige l'opposant à d'anciens actionnaires de Fortis devant les juridictions néerlandaises, demandait la mise en place d'une commission rogatoire pour être entendu en Belgique et en langue française)⁷⁴.

S'il est donc acquis au regard du droit européen qu'un juge peut convoquer devant lui des témoins ne relevant pas de la juridiction de son État, il doit *a fortiori* être possible pour lui d'exiger d'eux de lui faire parvenir des attestations écrites. Pareille mesure devrait en effet, dans la majorité des cas, être considérée comme plus rapide et plus efficace que le recours à tout autre mécanisme de coopération plus contraignant prévu par la législation européenne en la matière⁷⁵.

5 Conclusion

L'inclusion dans notre Code judiciaire des trois articles consacrant l'admissibilité des attestations écrites en droit belge ne constitue pas en soi un événement révolutionnaire. La loi consacre ici une pratique depuis longtemps admise en jurisprudence plus qu'elle ne met à disposition des parties un outil supplémentaire et inédit pour leur permettre de rapporter la preuve des faits qui soutiennent leurs prétentions. Elle confère cependant au juge un pouvoir neuf, en ce qu'il est désormais fondé à exiger d'un tiers — même d'office — qu'il produise une attestation écrite. En ce sens, la loi s'inscrit parfaitement dans la dynamique jurisprudentielle, largement commentée et encouragée en doctrine⁷⁶, visant à conférer au juge un rôle toujours plus actif dans la conduite du procès civil.

On regrettera cependant que le législateur, se contentant de reproduire l'œuvre de son homologue français, n'ait pas davantage précisé les modalités selon lesquelles pareil pouvoir devait être exercé par le juge. À n'en point douter, les nombreuses questions d'interprétation et d'application de la loi dont la doctrine et les praticiens se sont déjà fait l'écho donneront lieu, dans les mois et les années à venir, à des controverses animées. Il faut le déplorer tout en reconnaissant que pareil débat, s'il a lieu, pourra aussi être l'occasion d'une réflexion sur les rapports que doivent entretenir les principes directeurs du procès civil (principe dispositif, principe du contradictoire, principe du juge actif), et sur l'orientation qu'il convient de leur donner dans le contexte actuel.

Dans cette optique, on ne perdra pas de vue qu'aussi particulier et provincialiste que le débat puisse paraître, il ne saurait être totalement tenu à l'écart des grandes problématiques qui animent la réflexion sur le règlement des litiges civils et commerciaux à l'échelle plus globale. En la matière, l'affranchissement du carcan qu'a longtemps constitué le modèle de la justice étatique classique semble être l'objectif ultime. On se gardera d'y voir nécessairement et toujours un progrès, mais on en ne niera pas non plus l'évidence tout autant qu'on reconnaîtra les bienfaits du bon sens quand il permet effectivement de réduire les coûts de la procédure et d'en accélérer la marche.

Arnaud HOC

Assistant à l'Université catholique de Louvain
Centre de droit privé (droit judiciaire)

(66) F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 223.

(67) J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, p. 80, n° 633.

(68) D. MOUGENOT, « La loi... », *op. cit.*, p. 636, n° 14.

(69) *Ibidem*, p. 636, n° 14.

(70) M. WAGEMANS et Y. OSCHINSKY, *Recueil des règles professionnelles*, éd. 2011, Bruxelles, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, 2011, p. 494, n° 462.

(71) « Règlement du Conseil de l'Ordre du 12 octobre 2010 sur les relations de l'avocat avec les témoins dans les modes de résolution des conflits qui ont un fondement

contractuel tels que l'arbitrage, la médiation, la conciliation ou la tierce décision obligatoire », in M. WAGEMANS et Y. OSCHINSKY, *op. cit.*, p. 496, n° 462-2.

(72) C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Lippens c. Kortekaas e.a.*, aff. C-170/11.

(73) Règlement (CE) 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, J.O.U.E. L 174 du 27 juin 2011, pp. 1-24.

(74) Sur la comparaison d'un témoin se trouvant à l'étranger, voir également A. KOHL, « Les mesures

d'instruction », in H. BOULARBAH (dir.), *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 201-259, spécialement p. 222.

(75) La récente adoption du règlement Bruxelles Ibis relatif à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne devrait pas remettre en cause cet enseignement, encore qu'il soit nécessaire de bien distinguer l'hypothèse où la mesure est ordonnée par le juge compétent au fond de celle où elle l'est pas le juge des référés. Sur ce question, qui dépasse largement le

cadre de la présente contribution, on consultera avec profit A. NUYTS, « Bruxelles Ibis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », in A. NUYTS (dir.), *Actualités en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 77-134, et spécialement pp. 115-128.

(76) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dir.), *Le droit judiciaire en mutation - En hommage à Alphonse Kohl*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2007, pp. 213-331.

