

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le nouveau droit de la preuve

George, Florence

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2019, 'Le nouveau droit de la preuve: quand le huitième wagon devient locomotive !', *Journal des Tribunaux*, numéro 6786, pp. 637-657.

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.

Doctrine

Le nouveau droit de la preuve - Quand le huitième wagon devient locomotive I, par F. George 637

Jurisprudence

■ Prescription libératoire - Interruption (article 2244 C. civ.) - Durée - Péremption du lien d'instance (non) - Atteinte au procès équitable (non)
C. const., 3 juillet 2019, observations de M. Marchandise 658

■ Détention préventive - Pourvoi en cassation (article 426 C.i.cr.) - Délai de 24 heures - Personne détenue sous surveillance électronique - Pas de détention en prison - Pas de déclaration de pourvoi au directeur de la prison - Pourvoi hors délai - Force majeure - Appréciation Cass., ch. vac., 10 juillet 2019, note de B. D. 660

■ Rectification ou modification d'un arrêt de cassation désignant le juge de renvoi - Acte d'administration judiciaire - Réquisitoire du procureur général - Erreur dans la désignation du juge de renvoi Cass., 1^{re} ch., 21 mars 2019 661

Chronique

Échos - Parallèlement - Bibliographie - Coups de règle - Dates retenues.

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

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
12 octobre 2019 - 138^e année
32 - N° 6786
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

Le nouveau droit de la preuve(*) Quand le huitième wagon devient locomotive !

Le praticien devra bientôt composer avec l'ancien et le nouveau Code civil. Ce dualisme résulte de l'adoption récente du projet de réforme consacré au droit de la preuve. La loi du 13 avril 2019 qui crée le « nouveau » Code civil et y insère un livre 8 intitulé « la preuve » entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2020. Même si elle fait actuellement figure de seule rescapée, elle devrait amorcer l'adoption des autres livres dont s'étoffera le Code.

À ce stade, le livre 8 emporte déjà à lui seul de nombreuses modifications et innovations parmi lesquelles la faculté octroyée au juge de répartir la charge de la preuve. La présente contribution entend dresser un premier panorama de l'ensemble des changements opérés par le législateur.

1. Introduction. — La loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve » a été publiée au *Moniteur belge* le 14 mai 2019. Elle entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2020.

Alors qu'on attendait le livre 5¹ consacré au droit des obligations comme véritable locomotive de la réforme², c'est finalement au livre 8 qu'est revenu l'honneur d'inaugurer le Code civil.

Bien qu'il ne soit pas révolutionnaire, ce livre 8, composé de 3 chapitres, ne se limite pas à codifier la jurisprudence. Il emporte plusieurs nouveautés.

2. Plan. — Le plan de notre exposé s'articule autour du squelette du livre 8. Après avoir examiné la genèse (1) et la structure du nouveau Code civil, et plus particulièrement de son livre 8 (2), nous revenons sur les définitions insérées par le législateur (3). Les dispositions relatives à l'objet et à la charge de la preuve seront ensuite traitées séparément vu les nombreuses modifications apportées au régime actuel (4). L'équilibre trouvé par le législateur entre le système de la preuve libre et celui de la preuve légale sera également explicité (5). L'écrit signé (6), les autres écrits (7) et les autres modes de preuve (8) seront, de surcroît, étudiés. Enfin, nous dirons quelques mots sur le régime transitoire (9).

1 Genèse de la réforme

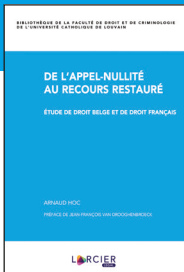
3. Création de plusieurs commissions de réforme. — La réforme du Code civil est dans l'air depuis plusieurs années. Dès le début de la précédente législature, dans son exposé d'orientation politique³, le ministre de la Justice K. Geens a annoncé vouloir procéder à une modernisation

(*) La présente contribution s'appuie notamment sur les travaux menés en droit de la preuve avec notre collègue J.-B. Hubin. Nous profitons de l'occasion pour le remercier vivement de son apport et des réflexions pertinentes et judicieuses qui ont présidé à l'écriture de la contribution parue récemment : F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 179-220.

(1) Voy. l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. L'avant-projet fut déposé le 3 avril sous forme de proposition de loi (proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3709).

(2) Le centre de gravité de la réforme se situe, en effet, au niveau du droit des obligations (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 37).

(3) Exposé d'orientation politique - Justice, 17 novembre 2014, *Doc. parl.*, 2014-2015, Ch. 54-0020/018.



DE L'APPEL-NULITÉ AU RECOURS RESTAURÉ
Étude de droit belge et de droit français
Arnaud Hoc
Préface de : Jean-François Van Drooghenbroeck

L'appel-nullité est un mécanisme procédural qui permet de restaurer immédiatement l'appel quand il est en principe interdit ou différé. Quelles en sont les conditions de recevabilité, de forme et de délai, et quels en sont les effets ?

> Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain
622 p. • 135,00 € • Édition 2019
www.larcier.com
orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

du droit civil en vue de refléter les évolutions profondes qu'a connues notre société. Le droit de la preuve figure parmi les priorités⁴.

Le 30 septembre 2017, un arrêté ministériel portant création des commissions de réforme du Code civil est adopté⁵. Conformément à l'article 2 de l'arrêté, une commission spécifique est chargée d'élaborer une proposition de réforme du droit de la preuve. Elle est présidée par le professeur D. Mougenot et composée, outre son président, de deux experts à savoir MM. Benoît Allemeersch et Wannes Vandebussche. D'autres commissions sont, par ailleurs, instaurées en vue de réformer respectivement le droit des biens, le droit de la responsabilité civile et le droit des obligations⁶.

4. Rédaction des avant-projets et avis du Conseil d'État⁷. — Chacune des commissions instituées travaille à la rédaction d'un avant-projet. En décembre 2017, une première mouture des avant-projets de réforme du droit des obligations, du droit des biens et du droit de la preuve est sur la table. Une consultation publique est ensuite organisée sur le site du SPF Justice jusqu'au 1^{er} février 2018⁸. Elle rencontre un franc succès⁹. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile sera, quant à lui, publié quelques mois plus tard tandis que la durée de la consultation publique y afférente est réduite à un mois.

Le Conseil des ministres approuve les trois premiers textes en première lecture. La section législation du Conseil d'État est ensuite invitée à rendre un avis sur les avant-projets de réforme du droit des obligations¹⁰, du droit de la preuve¹¹ et du droit des biens¹². Le droit de la responsabilité civile reste, quant à lui, sur le carreau¹³.

5. Dépôt à la Chambre et adoption. — Le 31 octobre 2018, les projets de réforme du droit des biens et du droit de la preuve sont déposés à la Chambre¹⁴. L'avant-projet de loi qui réforme le droit des obligations ne fait curieusement pas partie du voyage. À ce moment, une adoption des deux avant-projets précités avant les élections de mai 2019 demeure encore envisageable. Les espoirs s'amenuisent toutefois avec la crise politique de décembre 2018. Fort heureusement, après plusieurs mois de *statu quo*, les discussions relatives au droit de la preuve reprennent en commission.

In extremis, la réforme du droit de la preuve est finalement adoptée en séance plénière le 4 avril 2019. La loi est promulguée le 13 avril et publiée le 14 mai au *Moniteur belge*.

Les avant-projets portant sur le droit des biens et sur le droit des obligations sont déposés, dans l'intervalle, sous la forme de propositions de loi¹⁵. Ils ne connaissent cependant pas le même succès.

6. Le wagon qui devient locomotive. — Initialement, la création du nouveau Code civil devait revenir au livre 5¹⁶ consacré au droit des obligations. Même si le planning du ministre n'a jamais été révélé, on s'attendait à une adoption en bloc des livres 3, 5 et 8 du Code civil¹⁷. Les aléas de la politique et l'agenda de la fin de législature¹⁸ ont toutefois renversé la vapeur. En bout de course, une modification de l'intitulé du « *Projet de loi portant insertion du livre 8* » en « *Projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 "la preuve"* »¹⁹ est opérée. C'est au droit de la preuve, généralement positionné à la fin du convoi du droit des obligations, qu'est revenu l'honneur de créer le nouveau Code civil. Un autre amendement est également déposé en vue de préciser les livres dont est composé le Code civil²⁰.

7. Objectifs de la réforme. — La modernisation du Code civil constitue l'objectif premier des auteurs du projet. Cette modernisation se traduit de différentes manières et à différents niveaux.

Tout d'abord, le droit actuel est codifié dans un souci d'accessibilité et de lisibilité. Il est clarifié via l'insertion de plusieurs définitions des concepts juridiques tandis que de nombreuses règles d'origine jurisprudentielle sont consacrées dans la loi. La formulation adoptée se veut également plus moderne. De nombreuses dispositions actuelles sont ainsi toilettées, et ce généralement en s'inspirant du modèle français.

Ensuite, le droit est adapté aux évolutions socio-économiques et numériques de la société (rehaussement du seuil, extension du système de la preuve libre, ouverture à l'environnement numérique²¹...). Les règles jugées trop archaïques sont, par ailleurs, abandonnées (titres et registres, actes recognitifs et confirmatifs).

Enfin, le texte de loi comporte plusieurs innovations notables notamment au niveau des principes qui régissent la charge de la preuve.

(4) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 27.

(5) Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

(6) Voy. sur la méthode adoptée par les coordinateurs de la réforme à savoir P. Wéry et E. Dirix, rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, pp. 27 et s.

(7) G. FRUY, « Le point sur la réforme du Code civil », *Les Pages*, 2018, n° 28, p. 2.

(8) <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. E. DIRIX et P. WÉRY, « Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 531-532 ; E. DIRIX et P. WÉRY, « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017, pp. 705-707 ; P. JADOUL, « Le nouveau Code civil en matière de droit des obligations : la fin d'une assimilation au monstre du Loch Ness ? », *Les Pages*, 2018, n° 19, p. 1.

(9) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier

Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, pp. 29-30. Le rapport fait mention de « 12 réactions » pour le droit de la preuve et une « centaine de remarques ».

(10) Avis n° 63.268/2 du 23 mai 2018 sur un avant-projet de loi « portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 "Les obligations" », <http://www.raadvst-consetat.be>.

(11) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 "La preuve" dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>.

(12) Avis n° 63.490/2 du 10 juillet 2018 sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>.

(13) La résolution de certaines questions telles que le concours de responsabilités et l'immunité des agents d'exécution a pris plus de temps (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 39).

(14) Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau

Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3348 et projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001.

(15) Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3709) et proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3623.

(16) Voy. article 2 de la première mouture de l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 « Les obligations ».

(17) Voy. à cet égard les propos du professeur P. Wéry, en tant que coordinateur de la réforme aux côtés d'E. Dirix, qui expose que « l'objectif initial des auteurs de la réforme était de déposer simultanément les projets relatifs au droit des obligations, au droit de la responsabilité extra-contractuelle, au droit des biens et au droit de la preuve » (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 40).

(18) Le rapport fait au nom de la commission mentionne une absence d'accord en deuxième lecture entre les partis de l'ancienne majorité ainsi que des blocages au niveau des dis-

cussions entre les experts (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 7).

(19) Amendement n° 1 du projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/002, p. 2.

(20) Livre 1^{er}. Dispositions générales ; livre 2. Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples ; livre 3. Les biens ; livre 4. Les successions, donations et testaments ; livre 5. Les obligations ; livre 6. Les contrats spéciaux ; livre 7. Les sûretés ; livre 8. La preuve ; livre 9. La prescription. (Amendement n° 3 du projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/002, p. 4).

(21) Voy. sur la nécessité de réformer le droit de la preuve sur ce point, E. MONTERO, *Contrats divers*, t. IX, livre 9, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 244 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 125.

2 Structure du Code civil

8. Structure du nouveau Code civil. — Le Code civil arbore une nouvelle structure. Il se décompose désormais en 9 livres :

- 1^{er} livre 1^{er}. Dispositions générales ;
- 2^o livre 2. Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples ;
- 3^o livre 3. Les biens ;
- 4^o livre 4. Les successions, donations et testaments ;
- 5^o livre 5. Les obligations ;
- 6^o livre 6. Les contrats spéciaux ;
- 7^o livre 7. Les sûretés ;
- 8^o livre 8. La preuve ;
- 9^o livre 9. La prescription.

L'article 2 *in fine* de la loi du 13 avril 2019 prévoit également qu'à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi à savoir le 1^{er} novembre 2020, le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé « ancien Code civil »²². À l'heure actuelle, le nouveau Code civil ne comporte qu'un seul et unique livre 8. Il conviendrait donc d'atteler rapidement à la locomotive les wagons restant. Le sort qui sera réservé par le prochain gouvernement aux avant-projets rédigés sous la précédente législature demeure toutefois incertain. Le praticien sera amené, plus que vraisemblablement et temporairement à tout le moins, à jongler avec l'ancien et le nouveau Code civil.

Par commodité, nous employons déjà, au sein de la présente contribution, les expressions « ancien Code civil » et « nouveau Code civil ». On évitera toutefois de déduire du terme « ancien Code civil » que la disposition en cause n'est plus en vigueur.

9. Agencement et numérotation du livre 8. — Le livre 8 du nouveau Code civil comporte 39 articles, répartis en 3 chapitres. Un premier chapitre intitulé « Dispositions générales » comporte de nombreuses définitions et s'intéresse aux principes directeurs en matière d'objet et de charge de la preuve. Le deuxième chapitre se focalise sur la distinction entre le système de la preuve libre et celui de la preuve réglementée. Les exceptions au principe de la preuve réglementée sont ensuite énumérées et explicitées²³. Enfin, le troisième et dernier chapitre aborde les règles applicables aux différents modes de preuve.

Les règles du droit procédural dépourvues de caractère civil telles que les règles qui concernent l'utilisation de preuves recueillies illicitement ou encore les règles relatives à l'office du juge et à l'administration de la preuve demeurent étrangères à la réforme²⁴.

La numérotation adoptée s'inspire de celle employée dans les codes modernes et notamment celle du Code de droit économique. Le numéro attribué à chacun des articles se décompose en deux parties. La

première partie renvoie à la numérotation du livre au sein duquel figure la disposition en question. La seconde partie se réfère à une numérotation propre à chacun des livres que renferme le nouveau Code. Elle recommence à zéro pour chacun des livres consécutifs.

10. Dispositions modificatives de la loi. — Les articles 3 à 12 de la loi du 13 avril 2019 apportent plusieurs modifications à l'ancien Code civil. La numérotation des renvois est actualisée tandis que les mots « sous seing privé » sont remplacés par les mots « sous signature privée ». Les dispositions subséquentes sont consacrées aux modifications respectivement du Code judiciaire, du Code des sociétés²⁵, du Code pénal social, du Code de droit économique... On notera à cet égard le dépôt de plusieurs amendements²⁶ destinés à prendre en considération l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations²⁷.

3 Définitions et nature des dispositions

11. Définitions. — À l'instar des codes modernes, le livre 8 du nouveau Code civil débute par une série de définitions²⁸.

Parmi ces définitions, on peut d'ores et déjà pointer, à l'article 8.1, 1^o et 2^o, celles de l'écrit et de la signature (voy. *infra* n^{os} 58 et s.). Ces nouvelles définitions de l'écrit et de la signature viennent combler une lacune. L'indigence de l'ancien Code civil avait été, à maintes fois, dénoncée. L'écrit est désormais défini comme « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ». La définition s'inspire de l'exemple français²⁹ mais également de la notion de support durable. Quant à la signature, elle constitue « un signe ou une suite de signes tracés à la main, par voie électronique ou par un autre procédé, par lesquels une personne s'identifie et manifeste sa volonté ». Pour la notion de signature électronique, l'article 8.3^o se réfère aux articles 3.10 à 3.12 du règlement eIDAS³⁰. L'approche adoptée est celle des équivalents fonctionnels (voy. *infra* n^o 60). Ce faisant, le législateur adapte et ouvre plus largement le droit de la preuve aux nouvelles technologies³¹.

Les différents modes de preuve sont également définis dans un souci de clarification. On note, par exemple, que le commencement de preuve par écrit fait désormais l'objet d'une définition spécifique qui reprend les conditions dégagées par la jurisprudence (voy. *infra* n^o 44).

Les notions d'admissibilité, de valeur probante et de force probante clôturent la liste des définitions. Ces notions sont souvent confondues en pratique, raison pour laquelle ces éclaircissements méritent d'être salués. Tout d'abord, se pose la question de l'admissibilité de la preuve (aussi appelée recevabilité³²) ; l'on s'interroge sur la

(22) Voy. d'ailleurs le titre de la contribution de Y. NINANE, « Le droit de la preuve est modernisé et le Code Napoléon prend un coup de vieux ! », *Les Pages*, 2019, n^o 55, p. 1.

(23) Voy. sur les exceptions et limites à l'exigence d'un écrit dans l'ancien Code civil, F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Kluwer, 2011, pp. 79 et s.

(24) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, pp. 3 et 31. Certains auteurs regrettent d'ailleurs que les règles qui régissent les preuves obtenues de manière illégale ne figurent pas dans la réforme (M. DUPONT, « Création d'un nouveau Code civil et publica-

tion de son livre 8 « La preuve », *B.S.*, juillet 2019, p. 1).

(25) Remplacé par le Code des sociétés et des associations.

(26) Amendement n^o 34, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/004, pp. 12 et s.

(27) Loi du 23 mars 2019 Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 4 avril 2019.

(28) « C'est une tendance des codes modernes de comporter beaucoup plus de définitions que leurs prédécesseurs. Le Code de 1804 comportait peu de définitions. La faute, le dommage ou le lien causal étaient des notions évidentes, données à tous les hommes. Définir était considéré comme un travail de professeur et non de législateur. Les temps ont changé. Les législations et les codes fourmillent aujourd'hui de

définitions » (X. THUNIS, « Le régime général de l'obligation : de la tutelle à l'émancipation », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PUTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 388).

(29) Ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 11 février 2016.

(30) Règlement (UE) n^o 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE. Voy. sur ce règlement, H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016.

(31) Voy. sur la preuve et les nou-

velles technologies, D. MOUGENOT, « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives », in *Droit de la preuve*, coll. CUP, vol. XIX, Liège, Éditions Formation permanente CUP, 1997, pp. 46-105 ; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 161-185 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 89-125.

(32) « C'est le stade préliminaire de la réception des preuves. Généralement, la recevabilité est réglementée par la loi. Il en va ainsi de toutes les dispositions qui requièrent un écrit pour la preuve d'un acte juridique » (D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier,

« conformité de la preuve avec les règles du présent livre, qui précisent à quelle condition un mode de preuve peut constituer la preuve d'un fait contesté »³³. Ensuite, il convient de déterminer la force probante et/ou la valeur probante de la preuve à laquelle le juge est confronté. D'un côté, la notion de force probante renvoie à « la mesure dans laquelle un mode de preuve fait preuve selon la loi et dans laquelle le juge et les parties sont liés par ce mode de preuve »³⁴ ou encore l'intensité que la loi reconnaît à la preuve et qui s'impose au juge³⁵. De l'autre, la valeur probante s'entend de « la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge »³⁶, il s'agit de « son aptitude à emporter la conviction du juge », « son caractère convainquant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience »³⁷.

Ces deux notions sont étroitement et inversement liées³⁸ : « lorsqu'un mode de preuve a force probante (preuve littérale, aveu, serment...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve : il doit l'accepter tel quel, sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsqu'un mode de preuve n'a pas de force probante (témoignages, présomptions, copies...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve »³⁹.

12. Nature des dispositions. — L'article 8.2 du nouveau Code civil précise que « Sauf les définitions prévues dans le présent livre et hormis les cas où la loi en dispose autrement, toutes les règles du présent livre sont supplétives ». Cette disposition fut introduite en réponse à une observation générale du Conseil d'État⁴⁰. Le système actuel n'est donc pas modifié⁴¹. Le moyen pris de la violation d'une disposition du livre 8 « qui n'a pas été soumis au juge du fond, dont celui-ci ne s'est pas saisi de sa propre initiative et dont il n'était pas tenu de se saisir » sera considéré comme nouveau et, partant, irrecevable⁴².

Au rang des exceptions à ce caractère supplétif des dispositions, on retrouve cependant les articles 8.11 (preuve par facture contre des personnes qui ne sont pas des entreprises), 8.17 (règles relatives à la preuve contre les mentions des actes authentiques) et 8.21 (formalisme applicable à l'engagement unilatéral de payer).

4 Objet et charge de la preuve

A. Objet de la preuve

13. Objet de la preuve. — Le législateur ancre à l'article 8.3 les règles applicables en matière d'objet de la preuve. Cet article dispose :

« Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés.

» Les faits notoires ou les règles d'expérience commune ne doivent pas être prouvés.

» Le droit, même étranger, ne doit pas être prouvé ».

En principe, la preuve porte exclusivement sur les « faits allégués par une partie et contestés par son adversaire »⁴³. La notion de fait s'entend aussi bien des faits matériels que juridiques⁴⁴. Par ailleurs, une simple dénégation suffit pour que la preuve soit considérée comme contestée⁴⁵.

Tout ne doit toutefois pas être prouvé. Le principe souffre, en effet, plusieurs exceptions. Tout d'abord, la preuve des faits notoires — à savoir « les faits que tout homme normalement informé doit connaître ou peut découvrir par des sources généralement accessibles » — et des règles d'expérience commune — à savoir les « faits que toute personne peut expérimenter dans la vie courante »⁴⁶ ne doit pas être rapportée⁴⁷. Ensuite, les règles de droit même étrangères ne doivent pas davantage être prouvées, et ce conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

B. Charge de la preuve

14. Charge de la preuve : consécration des principes applicables. — L'article 8.4, alinéas 1 et 2, réaffirme — tout en toilettant sa formulation — la règle inscrite actuellement à l'article 1315 de l'ancien Code civil⁴⁸. Ainsi, « Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent » tandis que « Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soustiennent sa prétention ».

En réponse aux remarques du Conseil d'État, le principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve qui est reconnu par la Cour de cassation comme un principe général de droit est inséré à l'alinéa 3⁴⁹. Ce devoir de collaboration s'applique, à notre estime, même en l'absence d'injonction du juge^{50 51}. Il s'agit d'un véritable devoir de « coopération à la manifestation de la vérité » qui prend place avant que n'opère la charge de la preuve⁵².

2012, p. 84).

(33) Article, 8.1., 13°, du nouveau Code civil.

(34) Article, 8.1., 15°, du nouveau Code civil.

(35) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 85.

(36) Article, 8.1., 14°, du nouveau Code civil.

(37) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 10.

(38) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 11.

(39) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 11 qui reproduit D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 85.

(40) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consestat.be>, p. 3/42.

(41) Voy. sur cette question, S. VAN BREE, « La réforme du droit de la

preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 104.

(42) J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile - Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Le pli juridique*, 2019, n° 47, p. 4.

(43) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 11.

(44) Voy. projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 12 avec la remarque du Conseil d'État.

(45) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 101.

(46) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 12.

(47) J. Oosterbosch et G. Genicot rappellent toutefois « l'interdiction faite au juge de s'appuyer sur des faits non établis, autres que des faits généraux notoires ou des données d'expérience commune : il s'agira alors d'un fait connu du juge de science personnelle et n'ayant pas été soumis

à la contradiction des parties et, s'il fonde sa décision sur un tel fait, le juge viole les articles 1349 et 1353 du Code civil et méconnaît le principe général du droit imposant le respect des droits de la défense » (Cass., 23 janvier 2004, *Pas.*, 2004, p. 134 ; Cass., 17 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1633 ; Cass., 19 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1220 ; Cass., 11 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 66 cités par J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile - Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Le pli juridique*, 2019, n° 47, p. 6).

(48) Voy. également article 870 du Code judiciaire.

(49) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consestat.be>, p. 8/42 et projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 13.

(50) Voy. sur les courants existant en droit belge, W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus" - Over de loyale medewerking aan de bewijs-

voering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éd.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 91 et s.

(51) Pour les sanctions en cas de passivité ou de refus de collaboration à une mesure d'instruction sans motif légitime, voy. W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus" - Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éd.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 115 et s. ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 227 et s.

(52) G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in G. DE LEVAL, *La preuve et la difficile quête de vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, p. 32.

La théorie du risque de la preuve⁵³ qui détermine, en cas de doute persistant, celui qui assume le risque de la preuve et succombe fait son entrée dans le Code. L'article 8.4, alinéa 4, prévoit, en effet, qu'en cas de doute, celui sur qui repose la charge de la preuve succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement.

15. Charge de la preuve : les pouvoirs conférés au juge. — L'article 8.4, alinéa 5, innove en ce qu'il introduit une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »⁵⁴.

Aux termes de cet alinéa, « Le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

L'introduction de ce nouveau mécanisme n'est pas aussi étonnante qu'elle peut paraître à première vue⁵⁵. Lorsque l'application de l'article 1315 de l'ancien Code civil aboutit à des conséquences iniques, l'on a déjà vu des cours et tribunaux, sur la base de différentes motivations⁵⁶, opérer un renversement de la charge preuve⁵⁷. Tantôt, les juges du fond se fondent pour allouer différemment la charge de la preuve sur le double critère de la preuve négative et de la meilleure aptitude à la preuve⁵⁸; tantôt, la charge de la preuve relative aux obligations d'information médicale est inversée en raison de la nature et des risques de l'intervention médicale^{59 60}. M. Vandebussche affirme d'ailleurs qu'« à l'heure actuelle, certains juges confrontés à une répartition déséquilibrée de la charge de la preuve y remédient de façon indirecte, en se fondant tantôt sur l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, tantôt sur le principe de collaboration à l'administration de la preuve »⁶¹. Selon le vœu du législateur, ce type d'applications parfois occulte du mécanisme sera limité « en cadrant mieux cette mesure exceptionnelle et en l'assujettissant à des conditions strictes. On peut, de cette manière, limiter fortement les abus éventuels parce que des critères restrictifs et non équivoque seront présents »⁶².

16. Charge de la preuve : les balises imposées par le législateur. — Les nouveaux pouvoirs conférés au juge de renverser la charge de la preuve entraînent évidemment des risques en termes de sécurité juridique et d'arbitraire.

Afin d'éviter les dérives que pourrait entraîner cette disposition, les pouvoirs du juge sont clairement balisés. Tout d'abord, le juge ne pourra en faire usage qu'en motivant spécialement son jugement. Il devra expliquer clairement les raisons pour lesquelles il s'écarte des règles légales⁶³. Ensuite, seule l'existence de circonstances exceptionnelles

justifie le recours à l'article 8.4, alinéa 5. Comme le précisent les travaux préparatoires, « la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve »⁶⁴. En outre, la répartition libre de la charge de la preuve n'est de mise que lorsque l'application des principes généraux serait manifestement déraisonnable. L'application de cette faculté doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »⁶⁵. Enfin, il est prévu expressément que « Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ». Cette dernière limite, qui apparaissait uniquement dans les travaux préparatoires de la première mouture du projet, figure désormais, en réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État⁶⁶, dans le texte de loi⁶⁷. Elle revêt un intérêt tout particulier en ce qu'elle fait de la mesure une disposition subsidiaire qui ne peut être utilisée qu'en dernier recours. Comme le précisent les travaux préparatoires, « il n'y a pas lieu à renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal, parce que, dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution »⁶⁸. Ces différents critères sont cumulatifs.

On peut évidemment se demander si l'application cumulative de ces critères n'aboutira pas à réduire l'usage de cette faculté à peau de chagrin.

Une autre limite d'ordre procédural mérite également d'être soulignée. Le juge ne pourra faire usage de la disposition en question qu'après avoir entendu les parties. Si ces dernières n'ont pas sollicité l'application de l'article 8.4, alinéa 5, le juge devra d'abord ordonner une réouverture des débats. L'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire lui commande en effet d'ordonner la réouverture des débats « avant de rejeter la demande en tout ou en partie sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui ». La mesure ne pouvant être utilisée qu'en dernier recours, il y a lieu d'attirer l'attention des plaideurs sur l'intérêt d'invoquer son application dès le début du litige, même à titre infiniment subsidiaire, afin d'éviter une réouverture des débats qui interviendrait après plusieurs années de procédure⁶⁹.

17. Charge de la preuve : applications (oui). — Les travaux préparatoires renferment plusieurs cas d'application de la règle de renversement de la charge de la preuve.

Premièrement, le législateur indique que « le juge pourra appliquer ce texte lorsque la collaboration à l'administration de la preuve est inopérante, parce que la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait, que la disparition de cette preuve soit ou non imputable à une faute de sa part »^{70 71}. Le juge pourra à cet égard

(53) F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Kluwer, 2011, p. 39.

(54) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

(55) Un principe comparable existe d'ailleurs aux Pays-Bas, en Autriche, en Espagne et au Portugal (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 35).

(56) Voy. également sur l'évaluation rigoureuse de l'obligation de sécurité des communes en matière de voiries et la création ou la reconnaissance d'obligations de résultat comme moyens pour le juge de renverser la charge de la preuve, V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 229 et s.

(57) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en*

onrechtmatige daad, Anvers, 2017, pp. 665 et s.

(58) Malgré le rejet de cette théorie par la Cour de cassation, certains juges du fond continuent à faire application de cette théorie. Voy.

V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 238-239.

(59) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, 2017, pp. 665 et s.

(60) Voy. également sur les manières dont les juges adaptent les règles en matière de charge de la preuve en droit de la responsabilité civile lorsque la preuve imposée à la victime est trop lourde et complexe, M. VERGES, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 129-160.

(61) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, pro-

jet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 36.

(62) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

(63) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

(64) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

(65) Voy. V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 241 qui cite P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1907, p. 196.

(66) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code

civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, p. 8/42.

(67) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 186 et V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 241 et s.

(68) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

(69) Voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 186.

(70) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

(71) S. Van Bree estime que l'appréciation du juge pourrait être différente selon que « la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse,

« prendre en considération la disparition des preuves due à l'écoulement du temps »⁷². La disposition pourra également, conformément aux modèles allemand, suisse et autrichien, faire office de sanction en cas de « refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve »⁷³.

Enfin, l'existence d'un déséquilibre important dans l'aptitude à la preuve, notamment « lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties » permettra encore de faire jouer l'article 8.4, alinéa 5. La simple existence d'un déséquilibre économique entre les parties ne peut toutefois justifier en soi un renversement de la charge de la preuve. Le déséquilibre peut toutefois être pris en considération par le juge « lorsque la charge de preuve pesant sur le particulier supposerait l'exécution de prestations extrêmement lourdes et/ou coûteuses pour lui »⁷⁴⁻⁷⁵. Cette prise en considération de la meilleure aptitude à apporter la preuve s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice⁷⁶.

Un exemple concret nous est livré par W. Vandebussche, l'un des auteurs du projet, lors de son audition⁷⁷. Il concerne le client d'une banque qui se rend à un distributeur automatique pour effectuer un retrait. Malheureusement, la somme sollicitée n'est pas délivrée en raison d'un problème technique. Le montant est toutefois débité du compte du client. Le juge saisi de l'affaire pourrait ordonner à la banque de produire ses registres. À défaut d'y satisfaire, et notamment en cas de destruction de ceux-ci, il serait possible au juge de faire peser la charge de la preuve sur la banque.

18. Charge de la preuve : applications (non). — La faculté offerte au juge de renverser la charge de la preuve reste un remède subsidiaire. Il ne peut y être recouru « Lorsque le juge à la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire »⁷⁸. Partant, avant d'arbitrer l'allocation de la charge de la preuve, le juge doit vérifier que les principes de collaboration à l'administration de la preuve sont inopérants.

Dans la même lignée, le juge doit également vérifier si le litige ne peut être appréhendé sous l'angle du degré de preuve. Comme l'indique V. Ronneau, lorsque la preuve porte sur un fait négatif (par exemple, la preuve du devoir d'information du professionnel de la santé), l'application des articles 8.5 et 8.6 doit primer.

conformément à ses pratiques ou règles en matière d'archivage (notamment), sans réserver à la pièce un traitement différent », « la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage (notamment) », « la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses règles en matière d'archivage, sans réserver à la pièce un traitement différent, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige » ; « la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige » (S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 109-110).

(72) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

(73) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, pp. 14-15.

(74) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau

Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

(75) Le juge doit toutefois prioritairement faire appel aux règles relatives à l'allègement du degré de preuve lorsque la preuve du fait à prouver ne peut être raisonnablement rapportée de manière certaine (projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 15).

(76) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *CA Consumer Finance c. Bakkans*, aff. C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, disponible sur www.curia.europa.eu.

(77) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 35.

(78) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

(79) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16. Voy. aussi B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak - Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, p. 775.

(80) Vu l'introduction de cette disposition, l'on peut s'interroger sur l'arti-

Par ailleurs, il conviendra de vérifier, au regard des circonstances du cas d'espèce, si les différents critères et balises instaurés par le législateur sont réunis, ce qui ne sera *a priori* guère fréquent.

C. Degré de preuve

19. Degré de preuve : principe. — En principe, selon l'article 8.5 du Code civil, celui sur qui repose la charge de la preuve doit rapporter celle-ci avec un degré raisonnable de certitude. Le niveau de preuve attendu ne doit pas conduire à « une certitude à 100 % », mais à « une conviction qui exclut tout doute raisonnable »⁷⁹.

20. Degré de preuve : tempérament. — L'article 8.6 du Code introduit toutefois un tempérament. Aux termes de cet article, « celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait »⁸⁰. La jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif »⁸¹ est entérinée⁸² et reflète la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁸³.

Cet assouplissement est même étendu à certains faits positifs. Il est, en effet, désormais prévu à l'alinéa 2 de l'article 8.6 que lorsqu'il y a lieu d'établir un fait positif mais que, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine, la preuve peut être rapportée avec suffisance en établissant la vraisemblance de ce fait. On songe notamment, en matière d'assurances, à la preuve du vol qui pèse sur l'assuré, victime dudit vol⁸⁴.

21. Degré de preuve : une question de pourcentage ? — La distinction entre le principe — une certitude judiciaire qui renvoie à un haut degré de vraisemblance — et l'exception — une preuve par vraisemblance — pouvait toutefois apparaître sibylline. En réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État⁸⁵, le législateur prend le soin d'apporter les éclaircissements suivants. Pour la preuve par vraisemblance, « Si on devait parler en pourcentage de certitude, on pourrait mentionner 75 %, c'est-à-dire qu'il existe des éléments sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables »⁸⁶. Entre le concept de prépondérance de la preuve applicable en *Common Law* qui renvoie à un pourcentage de 51 % et le modèle germanique plus exigeant, c'est le second qui semble avoir retenu la préférence du législateur⁸⁷.

culcation de cette disposition avec le projet d'article 5.194 rédigé par la commission de réforme du droit de la responsabilité civile (avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 6 août 2018). Cet article, qui instaure une clause générale de responsabilité pour risque, allège le fardeau de la preuve du lien causal au bénéfice de la personne lésée. Il suffit à la victime d'un dommage qui résulte d'une activité dangereuse d'établir de manière vraisemblable l'existence du lien causal entre l'activité professionnelle présentant un danger de nature grave et le dommage pour que le lien causal soit présumé.

(81) Il est toutefois précisé que le juge « ne peut en revanche dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve d'un fait positif contraire » (Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558).

(82) Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voy. également Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2022 ; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022.

(83) C.J.U.E., 21 juin 2017, *N.W. e.a. c. Sanofi Pasteur MSD SNC e.a.*, aff. C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484,

disponible sur www.curia.europa.eu.

(84) Voy. sur cette illustration, rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 37. Voy. également, V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 248-249 et 251. Voy. aussi S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 111.

(85) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, pp. 8-9.

(86) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 17.

(87) M. SCHWEIZER, « The civil standard of proof - what is it, actually ? », *Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2013, http://home-page.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_12online.pdf.

D. Présomptions légales

22. Présomption légale : clarification. — Les confusions qui règnent actuellement entre présomption de fait et présomption légale sont levées par le législateur. Les deux types de présomptions ne jouent, en effet, pas au même niveau. Une définition des deux concepts est ainsi proposée par le législateur.

Une présomption de fait s'entend, conformément à l'article 8.1, 1^o, « d'un mode de preuve par lequel le juge déduit l'existence d'un ou plusieurs faits inconnus à partir d'un ou plusieurs faits connus ». Plutôt qu'un mode de preuve, la présomption légale est un mécanisme qui a pour effet de « modifie[r] l'objet de la preuve ou, le cas échéant, [de] dispense[r] celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve » (article 8.7). Son incidence se mesure au niveau de la charge de la preuve.

La disposition relative aux présomptions légales est rapatriée dans la section qui traite de la charge de la preuve et est détachée de celle relative aux présomptions de fait qui figure désormais au sein des dispositions générales.

23. Distinction entre présomption réfragable et irréfragable. — La distinction entre présomption réfragable et irréfragable se déduit, à défaut pour le législateur de reprendre expressément ces qualificatifs, de l'alinéa 2 de l'article 8.7 aux termes duquel il est prévu que « La présomption légale peut être renversée sauf : 1^o lorsque la loi en dispose autrement ; 2^o lorsque cette présomption entraîne la nullité d'un acte juridique ; 3^o lorsque cette présomption entraîne l'irrecevabilité d'une action ».

Le Conseil d'État a souligné le caractère fort théorique de ces trois hypothèses. Le fait que l'énumération, qui s'inspire de celle suggérée par nos voisins français, avait finalement été abandonnée par ces derniers vu les critiques doctrinales fut également dénoncé⁸⁸. Même si le législateur a tout de même opté pour le maintien de ces trois hypothèses de présomptions irréfragables, il a pris le soin d'illustrer chacune d'entre elles. Ainsi, au sein de la première catégorie, on peut ranger l'article 1384, alinéa 5, du Code civil qui traite des présomptions de responsabilité du fait d'autrui. L'exemple de l'article 909 de l'ancien Code civil qui instaure une présomption irréfragable de captation de l'héritage si une libéralité est réalisée en faveur de certains professionnels de la santé au cours du séjour du patient rentre dans la deuxième catégorie. L'autorité de chose jugée est citée comme exemple du troisième type de présomptions.

Vu le nombre très limité d'hypothèses visées par cet article, on peut évidemment s'interroger sur l'opportunité d'une telle disposition en droit belge⁸⁹. La pertinence de la transposition des trois hypothèses de présomptions irréfragables issues du droit français n'est pas davantage explicitée.

5 Preuve libre et/ou règlementée ?

A. Articulation ambiguë des deux régimes

24. Deux principes : système de la preuve légale et système de la preuve libre. — Dès lors que les travaux préparatoires précisent expressément que « Le régime actuel de la preuve légale est maintenu »⁹⁰, on s'attendait à ce que la preuve libre⁹¹ ne soit envisagée qu'au rang d'exception. Il n'en est toutefois rien. Dans la version soumise au Conseil d'État, l'article 8.7 (devenu dans l'intervalle article 8.8) érige en effet le système de la preuve libre en véritable « principe ». Même si cet article 8.8, en réponse à l'avis du Conseil d'État, adopte l'intitulé plus sobre de « Preuve libre » sans plus utiliser le vocable de « principe », il lui ménage toujours une place privilégiée. L'article 8.8 ouvre, en effet, la section 1 intitulée « dispositions générales » du chapitre 2 consacré à l'admissibilité des modes de preuve en énonçant que « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve ». Lui succède ensuite l'article 8.9 consacré à la preuve règlementée.

25. Vers un changement de paradigme ? — Doit-on y voir un changement de paradigme et une percée de la preuve libre ? Même si le législateur envisage le système adopté comme un système de preuve légale assoupli⁹², le libellé de l'article 8.8 ne semble pas totalement accrédi-ter ce point de vue. La présentation du texte paraît donner la priorité à la preuve libre. Il faut par ailleurs reconnaître qu'en augmentant le plafond du régime de la preuve libre à 3.500 EUR et en étendant le principe de la preuve libre à tous les actes juridiques entre ou à l'égard d'entreprises, le législateur a désormais donné une place prépondérante à ce régime dans le contentieux judiciaire⁹³. À tout le moins, on doit bien concéder que la preuve règlementée des actes juridiques focalise toujours l'attention.

Selon qu'il soit appréhendé comme un « principe » ou une « exception », le système de la preuve règlementée souffre, en tout état de cause, de nombreuses « dérogations » qui seront perçues, selon l'approche adoptée, soit comme des « exceptions au principe », soit comme des « exceptions à l'exception ».

B. Preuve règlementée et exigence d'un écrit

26. Exigence d'un écrit : augmentation du plafond à 3.500 EUR. — L'article 8.9 du Code reproduit — tout en l'adaptant — le prescrit de l'ancien article 1341 du Code. Le plafond au-dessus⁹⁴ duquel l'écrit est exigé est rehaussé. Il passe de 375 à 3.500 EUR. Dans sa première mouture, l'avant-projet prévoyait un montant de 5.000 EUR⁹⁵. Ce montant a cependant été rabaisé à 3.500 EUR sans toutefois que la commission ne s'explique sur ce changement⁹⁶.

L'objectif poursuivi est légitime. L'augmentation du seuil et l'assouplissement du régime que celle-ci engendre visent à ne pas « décourager le citoyen d'agir en justice » et à « éliminer les entraves » afférentes aux plus petits dossiers. Le législateur entend également « faciliter la preuve dans les circonstances courantes, notamment entre conjoints »⁹⁷. On notera que les protections offertes par le droit de la consommation restent, au demeurant, applicables⁹⁸.

(88) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, p. 9/42.

(89) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthe-mis, 2019, p. 207.

(90) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 4. Voy. aussi rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant

insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, pp. 31 et s.

(91) Voy. sur le système de la preuve libre avant la réforme et la question de la nécessité d'une réforme, X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge », *La preuve en droit privé : quelques questions spé-ciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 7-37 ; H. JACQUEMIN et L. KERZMANN, « La preuve en matière commerciale », in *La preuve au car-refour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthe-mis, 2013, pp. 79-108.

(92) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.

(93) Comme le souligne S. Van Bree,

la volonté du législateur donc, claire-ment, de maintenir et d'accroître le principe de la liberté de la preuve (S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouve-ment*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 105).

(94) L'article 8.9 précise que l'acte juridique doit porter sur « une somme ou une valeur égale ou supé-rieure à 3.500 ». Il précise ainsi clai-rement que si l'acte juridique porte sur une valeur égale à 3.500 EUR, l'écrit est exigé. L'insertion de cette précision doit évidemment être sa-luée. On notera en effet que cette précision ne figurait pas à l'article 1341 du Code. L'article 1341 parle uniquement de « toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 EUR », ce qui peut susciter des

interrogations.

(95) Avant-projet de loi portant insertion du livre VIII « Le droit de la preuve » dans le nouveau Code civil rédigé par la commission de réforme du droit de la preuve instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017 (voy. l'article 5).

(96) Le montant aurait été réduit en Conseil des ministres (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 32).

(97) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre,

D'aucuns se sont interrogés sur les raisons qui ont présidé à la détermination d'un tel montant. Un alignement de ce montant avec ceux applicables aux paiements en espèces n'a, semble-t-il, pas été envisagé par le législateur⁹⁹. Ce dernier a, par contre, réservé la possibilité au Gouvernement d'adapter le seuil de l'article 8.9 par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, « en fonction de l'évolution du coût de la vie ou des nécessités sociales ». La délégation de ce pouvoir à l'exécutif permet ainsi une évolution plus souple¹⁰⁰.

27. Exigence d'un écrit : critère de l'objet de l'acte. — Force est de constater que peu d'auteurs se prononcent sur ce que vise le plafond qui figure à l'ancien article 1341 du Code. Or, l'objet auquel s'applique le montant fixé par le législateur n'est pas toujours facile à circonscrire. En témoigne une analyse des dispositions consacrées à la nécessité d'un écrit. Ainsi, l'article 1341 de l'ancien Code civil énonce que « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant¹⁰¹ une somme ou valeur de 375 EUR (...) ». L'article 1342 prévoit que « La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande¹⁰² du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de 375 EUR (...) ». L'article 1343 dispose que « Celui qui a formé une demande¹⁰³ excédant 375 EUR, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive » tandis qu'aux termes de l'article 1344 « La preuve testimoniale, sur la demande¹⁰⁴ d'une somme même moindre de 375 EUR, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit ».

L'on pouvait dès lors légitimement se demander s'il convenait de prendre en considération le montant sur lequel portait l'acte juridique ou le montant réclamé en justice. La même ambiguïté se retrouve dans la version du projet soumise au Conseil d'État. Les notions d'« acte juridique portant sur une somme ou une valeur », d'« objet de l'acte », de « créance » ou encore de « demande » s'entremêlaient en effet sans grande cohérence. Le problème fut dès lors pointé du doigt par le Conseil d'État¹⁰⁵ qui invita la commission à revoir sa copie.

L'avant-projet déposé à la chambre opte finalement pour le critère de l'objet de l'acte estimant que « Le recours au critère de la valeur de la demande est [...] inutile et de nature à créer des confusions »¹⁰⁶. L'article 8.9 prévoit désormais expressément en son paragraphe 2 que « En cas de demande en justice, la valeur à prendre en considération est celle de l'acte juridique qui fonde la demande ». Le paragraphe 4 de la même disposition emploie la notion d'« objet de l'acte ».

28. Notion d'objet de l'acte. — L'« objet de l'acte » n'est toutefois pas si facilement saisissable.

P. Wéry affirme d'ailleurs que « L'objet est une notion polysémique, qui peut s'entendre d'une manière abstraite ou, au contraire, concrète »¹⁰⁷. La notion d'objet renvoie ainsi non seulement à l'objet de l'obligation née du contrat, c'est-à-dire à la prestation à laquelle s'engage le débiteur, mais également à la chose qui fait l'objet de la prestation promise. Il est également possible d'envisager l'objet sous un angle plus large et d'affirmer que le contrat a pour objet la naissance, le transfert ou l'extinction d'une obligation ou d'un contrat¹⁰⁸.

Déterminer l'objet d'un contrat de vente ne devrait, en principe, pas poser trop de difficultés, encore que l'on pourrait se demander s'il faut avoir égard à la valeur réelle du bien ou au prix à payer. Mais qu'en est-il de l'objet d'un contrat d'assurance ? S'agit-il du montant assuré ? Du montant des primes à payer ? De l'indemnité due par la compagnie

suite à un sinistre ? Les mêmes interrogations planent également en matière de contrats à prestations successives. L'objet d'un contrat de bail renvoie-t-il au montant du loyer mensuel ou annuel ? Cette dernière hypothèse est — fort heureusement — dorénavant expressément réglée par le législateur. Nous y revenons *infra* n° 29.

29. Exigence d'un écrit et contrats à prestations successives. — La détermination de la valeur à prendre en considération dans les contrats à prestations successives peut soulever de nombreuses discussions. En jouant avec la périodicité des paiements, il est en effet loisible aux parties de déjouer la règle de l'article 1341 du Code civil.

Afin de résoudre les difficultés mises en évidence par le Conseil d'État, il est dorénavant prévu au paragraphe 3 de l'article 8.9, § 1^{er}, que « Pour les contrats à exécution successive, la valeur à prendre en considération est la valeur totale des rémunérations des prestations pour une durée maximale d'une année ». La solution imaginée par la commission a le mérite de la simplicité : c'est la rémunération de la ou des prestations qui doit être considérée comme « l'objet » à valoriser¹⁰⁹.

30. Exigence d'un écrit : preuve contre ou outre l'écrit. — La seconde règle de l'article 1341 de l'ancien Code civil est également réaffirmée à l'article 8.9, § 1^{er}, alinéa 3, du Code. Conformément à la disposition précitée, « Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit signé, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit signé ». Un autre écrit est toujours exigé pour contrer ou compléter l'écrit.

31. Abandon des règles qui figurent aux articles 1342 à 1346 du Code. — Les règles qui figurent aux articles 1342 à 1346 de l'ancien Code civil ont pour objectif de déjouer les tentatives de contournement de la règle de l'écrit. Le demandeur pourrait, en effet, être tenté d'éviter le seuil en restreignant sa demande, en la divisant ou en l'introduisant devant des juridictions différentes.

Dans la première mouture du projet, la commission opta pour une adaptation de ces articles¹¹⁰. Ce simple toilettage créait toutefois plus de difficultés qu'il n'en résolvait. Malgré une formulation modernisée, les articles maintenaient la confusion entre la valeur de l'acte juridique et le montant de la demande en justice.

Pour donner suite à l'avis du Conseil d'État, les articles 1342 à 1346 ne sont pas repris dans la version déposée à la chambre des représentants¹¹¹. Le régime nouveau est, dès lors, sensiblement simplifié et allégé.

Cet abandon est tout à fait souhaitable, d'autant plus que d'autres dispositions, telles que les règles de procédure judiciaire relatives à la connexité par exemple, permettent de contrer les manœuvres d'un demandeur qui chercherait à introduire plusieurs demandes en vue d'échapper à l'application du régime de la preuve réglementée¹¹².

32. Impossibilité de déterminer l'objet de l'acte. — Une dernière précision est ajoutée par le législateur dans le paragraphe 4 de l'article 8.9 aux termes duquel « Lorsque l'évaluation de l'objet de l'acte juridique est impossible, parce que la valeur n'est ni déterminée ni déterminable lors de la conclusion de l'acte juridique, la preuve peut être rapportée par tous modes de preuve ».

Cette notion d'impossibilité d'évaluer l'objet de l'acte juridique constitue une petite nouveauté. Elle fera sans conteste l'objet de débats, dès

2018-2019, n° 3349/001, pp. 18-19.

(98) *Ibidem*.

(99) Voy. l'article 170, 2^o, de la loi programme du 29 mars 2012 (*M.B.*, 6 avril 2012) qui prévoit un plafond de 5.000 EUR et l'article 67 de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces (*M.B.*, 16 octobre 2017) dont le plafond pour les paiements en espèces et dons s'élève à 3.000 EUR.

(100) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 19.

(101) Nous mettons en italique.

(102) Nous mettons en italique.

(103) Nous mettons en italique.

(104) Nous mettons en italique.

(105) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, p. 11.

(106) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23.

(107) P. WÉRY, *La théorie générale du contrat*, livre 1, *Les obligations*, t. IV,

Rép. not., 2010, p. 395.

(108) P. WÉRY, *La théorie générale du contrat*, livre 1, *Les obligations*, t. IV, *Rép. not.*, 2010, p. 395.

(109) Si la valeur annuelle dépasse 3.500 EUR, soit plus de 291 EUR par mois, la rédaction d'un écrit sera nécessaire (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 32).

(110) Avant-projet de loi portant insertion du livre VIII « Le droit de la preuve » dans le nouveau Code civil

rédigé par la commission de réforme du droit de la preuve instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017.

(111) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 19.

(112) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Antheimis, 2019, p. 192.

lors qu'elle conduit à l'application d'un régime juridique plus favorable au demandeur¹¹³.

C. Exceptions à la preuve règlementée

33. Aperçu. — Depuis toujours, le système de la preuve légale connaît de nombreuses limites et exceptions¹¹⁴. L'article 1341 de l'ancien Code civil présente tout d'abord un caractère supplétif et ne s'applique qu'entre parties. Ensuite, il est fait exception à la prééminence de l'écrit en présence d'actes matériels et de faits juridiques. Les articles 1347 et 1348 de l'ancien Code civil instaurent également deux exceptions à l'article 1341 dans les hypothèses de commencement de preuve par écrit ou d'impossibilité de prouver par écrit. De surcroît, le principe de la liberté de preuve en matière commerciale a été tout récemment étendu et s'applique désormais entre ou contre les entreprises.

Ces limites et exceptions subsistent dans le nouveau Code et sont rassemblées, dans un souci de lisibilité, au sein d'une même section¹¹⁵. Une nouvelle exception fait son entrée dans le Code : les actes juridiques unilatéraux échappent désormais à l'exigence d'un écrit.

1. Actes juridiques unilatéraux

34. Extension du principe de la preuve libre. — « Par dérogation à l'article 8.9 et sous réserve des exceptions prévues par la loi, la preuve d'un acte juridique unilatéral peut être rapportée par tous modes de preuve ». L'insertion de cet article 8.10 qui élargit le système de la preuve libre aux actes juridiques unilatéraux, peu importe le montant sur lequel il porte, constitue une nouveauté de la réforme. Cette généralisation de la preuve libre est préconisée vu les difficultés, pour l'expéditeur, de produire l'original de l'acte unilatéral¹¹⁶, lequel se trouve entre les mains de son destinataire¹¹⁷. La preuve du paiement est, par conséquent, facilitée¹¹⁸. Ce dernier pourra être rapporté par tout moyen de preuve.

35. Maintien de formalités supplémentaires pour l'engagement unilatéral de payer. — Certains actes unilatéraux restent cependant soumis à une formalité supplémentaire. L'article 8.10, alinéa 2, prévoit en effet que « La preuve d'un engagement unilatéral de payer par laquelle une personne s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer une certaine quantité de choses fongibles est soumise à l'article 8.21 du présent livre ».

L'article 8.21 du Code — qui a vocation à remplacer l'actuel article 1326 — maintient tout en l'assouplissant le régime en place. Si la mention « bon pour » ne doit plus être indiquée ou l'écrit rédigé entièrement de la main de celui qui s'engage, l'article 8.21 renferme toujours des exigences de forme. Il prévoit, en effet, qu'en cas d'engagement unilatéral, celui-ci devra être prouvé au moyen d'un écrit signé portant la mention, écrite en toutes lettres par celui qui s'engage, de la somme ou de la quantité qui fait l'objet de son engagement.

On relèvera que les termes de « reconnaissance unilatérale de dette » employés dans la première mouture du projet¹¹⁹ ont finalement été remplacés par la notion « d'engagement unilatéral de payer » afin d'éviter les confusions¹²⁰. Partant, l'article 8.21 s'applique non seulement aux engagements qui dérivent d'un acte juridique unilatéral, mais également d'un contrat unilatéral.

L'article 8.10 réserve cependant les « exceptions prévues par la loi ». On songe ici notamment à l'article 2043^{quinquies} du Code civil qui traite du contrat de cautionnement à titre gratuit¹²¹.

36. Suppression de l'exception favorable aux catégories de personnes considérées comme illettrés. — Les marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service visés à l'actuel article 1326 ne bénéficient plus, dans le régime nouveau, d'une exemption. La dérogation dont ils bénéficiaient est abandonnée. Elle était d'ailleurs largement décriée par la doctrine moderne vu son caractère archaïque¹²².

37. Datation certaine des actes juridiques unilatéraux. — Suite à un amendement, il fut décidé en commission de la justice d'étendre le champ d'application de l'article 8.22 — lequel a vocation à remplacer l'actuel article 1328 de l'ancien Code civil et traite de la datation certaine des actes — aux actes unilatéraux¹²³. L'article 8.10 renvoie en effet à l'article 8.22 pour la détermination de la date de l'acte.

2. Preuve entre et contre les entreprises

38. Aperçu. — La preuve entre et contre les entreprises échappe également à l'exigence d'un écrit. Le principe de la preuve libre en matière commerciale n'est pas neuf¹²⁴. Son extension à l'ensemble des entreprises est cependant bien plus récente et résulte de l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises^{125 126}.

Le législateur décide de reprendre à son compte à l'article 8.11 le régime de preuve libre qui figure déjà, en grande partie, dans l'article 1348^{bis} du Code civil^{127 128}.

(113) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 193.

(114) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 142.

(115) Le caractère supplétif du droit de la preuve fait toutefois l'objet d'une disposition plus générale (article 8.2).

(116) Principalement en présence d'acte unilatéral réceptice (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 32).

(117) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 20.

(118) Voy. notamment sur la preuve des modes d'extinction des obligations et l'exigence de préconstitution du preuve écrite, X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 16-17.

(119) Avant-projet de loi portant insertion du livre VIII « Le droit de la preuve » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la preuve instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017.

(120) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 20 et avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, pp. 13-14/42.

(121) Voy. projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 30.

(122) P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2469 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 244. Voy. aussi sur l'article 1326 C. civ., X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 22 et s.

(123) Amendement n° 5, projet de loi du 31 octobre 2018 portant inser-

tion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/002, p. 6. Les raisons qui ont dicté cet amendement sont les suivantes : « En effet, la date d'un acte unilatéral est tout autant susceptible de manipulation que celle d'un acte multilatéral. Pour les actes unilatéraux réceptices, l'hypothèse prévue à l'article 8.22, 3^o, dans laquelle un acte sous signature privée acquiert date certaine à l'égard des tiers, sera normalement d'application : du fait de l'envoi de l'acte par son auteur, celui-ci ne sera plus en mesure de modifier la date sur l'original. La preuve de l'envoi devra être rapportée mais il s'agit d'un fait qui peut être prouvé par tout mode de preuve ».

(124) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 25.

(125) M.B., 27 avril 2018.

(126) Les modifications reprises ci-après étaient donc, pour la plupart, déjà présentes dans le nouvel article 1348^{bis} du Code civil (voy. sur ce point, D. GOL et N. THIRON, « La réforme du droit des entreprises : panorama général », in N. THIRON (dir.), *Les réformes du droit économique : premières applica-*

tions, CUP, vol. 190, Limal, Anthemis, 2019, p. 202 ; G. DE PIERPONT, « La réforme du droit des entreprises adoptée ! Conséquences en matière de preuve », *Les Pages*, 2018, n° 27, p. 2).

(127) Voy. sur l'article 1348^{bis}, D. GOL et N. THIRON, « La réforme du droit des entreprises : panorama général », in N. THIRON (dir.), *Les réformes du droit économique : premières applications*, CUP, vol. 190, Limal, Anthemis, pp. 201-203.

(128) « Les règles proposées dans le projet ne sont pas identiques à celles que renferme l'article 1348^{bis} du Code civil. En effet, les dispositions relatives à la preuve entre entreprises ont été modifiées suite aux observations du Conseil d'État, celui-ci n'ayant pas eu, pour des raisons techniques, l'occasion de formuler les observations utiles concernant la liberté de la preuve entre entreprises lorsqu'il a été consulté à propos du texte qui est devenu la loi du 15 avril 2018 » (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 34).

Tout d'abord, la précellence du principe de la preuve libre est coulée à l'article 8.11, § 1^{er}. Ce principe souffre toutefois deux exceptions reprises au sein du même paragraphe (*infra* n° 39). Ensuite, la force probante de la comptabilité qui figurait dans l'ancien article 20 du Code de commerce est revue et précisée à l'article 8.11, § 2 (*infra* n° 40). La production de la comptabilité ordonnée par le juge sur le pied de l'article 8.11, § 3, subit également plusieurs retouches importantes (*infra* n° 41). Enfin, les principes qui régissent la force probante de la facture sont énumérés à l'article 8.11, § 4 (*infra* n° 42).

39. Principe de la preuve libre entre et contre les entreprises et exceptions. — Conformément au paragraphe 1^{er} de l'article 8.11, la preuve peut être rapportée par tous modes de preuve contre des entreprises ou entre entreprises, sauf exception établie pour des cas particuliers¹²⁹.

Il est renvoyé à la notion d'entreprise telle que définie à l'article 1.1° du Code de droit économique aux termes duquel on entend par entreprise « chacune des organisations suivantes :

- (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ;
- (b) toute personne morale ;
- (c) toute autre organisation sans personnalité juridique.

Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application :

- (a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ;
- (b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;
- (c) L'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricomunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale ».

Deux exceptions à la preuve libre sont édictées aux alinéas suivants.

La première renvoie au principe d'application distributive des régimes de preuve en présence d'actes conclus entre une entreprise et une « non-entreprise ». Dans cette hypothèse, l'entreprise ne pourra pas bénéficier — à l'inverse de la personne qui n'est pas une entreprise — du régime de la preuve libre.

La seconde vise les actes posés par des personnes physiques qui constituent des entreprises, mais qui sont manifestement¹³⁰ en dehors de leur activité économique. Ceux-ci restent soumis aux règles de la preuve civile¹³¹. La disposition permet aux personnes physiques qui ont la qualité d'entreprise d'échapper au régime de la preuve libre lorsqu'elles agissent à titre privé. Lorsqu'un acte poursuit simultanément une finalité économique et une finalité privée, on aura égard à l'adage « Accessorium sequitur principale » pour déterminer si un acte juridique est manifestement étranger à l'entreprise. Partant, « les actes

dont l'objet principal est économique pourront être soumis aux règles de la preuve à l'égard des entreprises »¹³².

40. Comptabilité. — L'article 20 du Code de commerce cède la place à l'article 8.11, § 2. Il est désormais prévu que :

- « La comptabilité d'une entreprise n'a de force probante contre une autre entreprise que si les mentions de la comptabilité des deux parties sont concordantes. Dans tous les autres cas, le juge apprécie librement la valeur probante de la comptabilité.
- » La comptabilité d'une entreprise n'a pas de force probante contre des personnes qui ne sont pas des entreprises.
- » La comptabilité d'une entreprise peut être invoquée contre cette entreprise. Cette comptabilité ne peut être divisée contre l'entreprise, sauf si elle n'est pas tenue régulièrement ».

L'exigence d'une comptabilité régulièrement tenue présente à l'article 20 du Code de commerce¹³³ disparaît. La force probante conférée à la comptabilité d'une entreprise n'est plus tributaire de sa régularité. Ainsi, pour avoir force probante, les mentions des comptabilités tenues par les deux parties au litige doivent uniquement être concordantes. « En effet, si les comptes sont correctement tenus par les deux entreprises, les mentions des deux comptabilités doivent correspondre »¹³⁴. À défaut, il incombera au juge d'en apprécier librement la valeur probante. On retrouve ici les avancées introduites par la loi du 15 avril 2018.

Ensuite, comme c'est le cas actuellement, la comptabilité d'une entreprise n'aura pas de force probante si elle est opposée à un particulier.

Enfin, la possibilité d'invoquer la comptabilité d'une entreprise à l'encontre de cette dernière est introduite dans la loi. Il s'agit alors d'une forme d'aveu¹³⁵. Cet aveu est indivisible, à moins que la comptabilité n'ait pas été régulièrement tenue. Il sera ainsi tenu compte des « écritures temporaires, provisions, mentions marginales, etc. »¹³⁶. S'agissant des inscriptions temporaires, les travaux préparatoires précisent que celles-ci ne peuvent néanmoins « engendrer des conséquences trop drastiques ». À titre d'illustration, l'inscription temporaire d'une facture ne peut exclure qu'une note de crédit soit ultérieurement enregistrée relativement à celle-ci¹³⁷. En cas de comptabilité irrégulière, le principe de l'aveu pourra être retenu à l'égard de certaines écritures exclusivement. À titre d'exemple, dans les actions après faillite, lorsque la comptabilité du failli s'avère irrégulière, le curateur pourrait invoquer certaines écritures à titre d'aveu dans le chef du failli, sans être lié par l'intégralité de ces écritures.

41. La production de documents. — La mesure d'instruction prévue au paragraphe 3 de l'article 8.11 constitue une spécification de la règle plus générale qui figure aux articles 877 et s. du Code judiciaire et qui traite de la production de documents^{138 139}.

En vertu de l'article 8.11, § 3, le juge peut ordonner la production de documents comptables¹⁴⁰. La disposition sort de son carcan traditionnel puisque contrairement à l'ancien article 21 du Code de commerce, la mesure n'est plus limitée à trois cas. Elle est désormais possible au-delà des hypothèses de succession, communauté, partage de sociétés et faillite.

Une production intégrale n'est plus obligatoire. La possibilité d'une production partielle de la comptabilité est dorénavant envisagée et admise expressément par le législateur.

(129) Voy. par exemple l'article XI.167, § 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique qui précise qu'à l'égard de l'auteur, tous les contrats se prouvent par écrit.

(130) L'ajout du terme manifestement vise à garantir la concordance avec l'article 10 de la loi du 15 avril 2018 (projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 92).

(131) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 21.

(132) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001,

p. 22.

(133) Voy. sur cette exigence dans l'ancien Code civil, F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. *Pratique du droit*, Kluwer, 2011, p. 128.

(134) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23.

(135) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23. Voy. aussi X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 33 et s.

(136) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23.

(137) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23.

(138) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23.

(139) Les travaux préparatoires précisent qu'« il n'est pas non plus nécessaire de déterminer de quelle manière le juge doit préserver la confidentialité de la comptabilité présentée. Il dispose déjà pour ce

faire de suffisamment d'instruments dans le droit commun » (projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 23). Les mêmes précisions se retrouvent dans les travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2018 (projet de loi portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, 2017-2018, Ch. 54-2828/001, pp. 45-46).

(140) Au sens de « communication ». Voy. sur la distinction entre la production en représentation et la communication de la comptabilité, X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 33.

42. Facture. — Le prescrit de l'article 25 du Code de commerce migre, par ailleurs, à l'article 8.11, § 4, qui dispose que :

« Sauf preuve contraire, une facture acceptée par une entreprise ou non contestée dans un délai raisonnable fait preuve contre l'entreprise de l'acte juridique allégué.

» Une facture non contestée par une personne qui n'est pas une entreprise ne peut être considérée comme acceptée, sauf si cette absence de contestation constitue un silence circonstancié. Une facture acceptée, expressément ou tacitement, par une personne qui n'est pas une entreprise constitue une présomption de fait. Est nulle toute convention qui déroge aux règles du présent alinéa, conclue avant la naissance du litige ».

Le régime probatoire de la facture demeure, dans les grandes lignes, identique¹⁴¹. La facture acceptée ou non contestée dans un délai raisonnable a force probante. La règle ne vaut toutefois qu'entre entreprises. L'absence de contestation dans le chef d'un particulier ne peut, en effet, valoir acceptation à moins d'être en présence d'un silence circonstancié. Tout au plus, la facture acceptée — même tacitement — par une personne qui n'est pas une entreprise revêtira le statut de présomption de fait.

Deux nouveautés émaillent néanmoins cet article. Premièrement, le champ d'application de l'article 25 est étendu. La règle a vocation à s'appliquer à l'ensemble des actes juridiques et n'est plus restreint aux achats et ventes¹⁴². Deuxièmement, la règle selon laquelle la facture non contestée adressée par une entreprise à une non-entreprise ne peut être considérée comme acceptée est de nature impérative. Les parties ne peuvent donc plus y déroger. À défaut d'être revues, les conditions générales « B2C » qui dérogeront à cette disposition seront donc privées d'effet.

3. Impossibilité de prouver par écrit

43. Clarifications et précisions. — L'exception relative à l'impossibilité de prouver par écrit consacrée dans l'actuel article 1348 de l'ancien Code civil est remplacée — et complétée — par l'article 8.12 du Code. Les cas d'impossibilité sont clairement distingués. D'une part, l'impossibilité peut être absolue. Il s'agit de l'hypothèse où l'écrit n'a jamais existé (alinéa 1^{er} de l'article 8.12). Cette impossibilité de prouver peut consister en une impossibilité matérielle, morale ou qui résulte d'un usage¹⁴³. D'autre part, l'impossibilité peut être relative, l'écrit ayant déjà existé mais ayant été perdu par force majeure (alinéa 2 de l'article 8.12). Cette perte de l'écrit ne peut être imputable au créancier¹⁴⁴.

4. Commencement de preuve par écrit

44. Définition. — L'exception de commencement de preuve par écrit qui se trouvait à l'article 1347 est déplacée à l'article 8.13 du Code. Le commencement de preuve par écrit est défini, conformément à l'article 8.1, 7^o, comme « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable l'acte juridique allégué ».

45. Conditions d'application. — Les enseignements tirés de l'article 1347 restent parfaitement valables. Trois conditions doivent

toujours être réunies et ressortent de la définition. Premièrement, la preuve dont se prévaut une partie doit consister en un document écrit. Deuxièmement, l'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose ou de son représentant et non de celui qui l'invoque. Troisièmement, l'écrit doit rendre vraisemblable l'acte allégué¹⁴⁵.

5. Preuve par et contre les tiers

46. Preuve libre par et contre les tiers. — Le principe selon lequel les tiers peuvent rapporter la preuve d'un acte juridique par tous modes de preuve est coulé à l'article 8.14. La « règle est logique parce qu'ils n'ont pas participé à l'établissement de l'acte et ne disposent donc pas d'un original »¹⁴⁶.

Les parties à un acte juridique bénéficient également de cette possibilité à l'égard des tiers. Elles peuvent rapporter la preuve d'un acte juridique au moyen de tous les modes de preuve. Le législateur a préféré opter pour le principe de la liberté de la preuve plutôt que d'insérer de nouvelles distinctions plus complexes selon que les parties revêtent ou non la qualité d'entreprise¹⁴⁷.

47. Relativité des conventions. — Le principe de la liberté de la preuve n'entraîne toutefois nullement le principe de la relativité des conventions. Sur le plan de la relativité, le contrat engendre des effets juridiques uniquement dans le chef des parties. Seules ces dernières peuvent invoquer ces droits ou sont tenues d'exécuter les obligations qui en découlent. Le contrat ne peut faire naître ni droit ni obligation pour les tiers¹⁴⁸.

Seuls les effets externes de la convention demeurent donc opposables aux tiers. Le contrat, dans ses effets externes, est opposable aux tiers en ce sens qu'il « est un fait dont l'existence ne peut être niée ni mécon nue par les tiers »¹⁴⁹. L'acte juridique fait toutefois bien plus qu'exister à l'égard des tiers dans la mesure où les tiers doivent tenir compte des droits créés ou transférés par le contrat : l'« acte juridique par sa nature sociale existe vis-à-vis des tiers et a vis-à-vis d'eux certaines répercussions »¹⁵⁰.

48. Opposabilité de la date aux tiers. — L'opposabilité de la date aux tiers reste également limitée aux hypothèses visées à l'article 8.22 du Code qui a vocation à remplacer l'article 1328 de l'ancien Code civil.

Pour rappel, ce dernier article permet actuellement de conférer date certaine à un acte sous seing privé vis-à-vis des tiers, dans trois hypothèses : lorsqu'il a fait l'objet d'un enregistrement (1), en cas de décès d'une des personnes qui l'a souscrit (2) et dans l'hypothèse où sa substance est constatée dans un acte dressé par un officier public (3). Avec la réforme, l'hypothèse du décès s'étend à l'ensemble des cas où « les parties ne sont plus en mesure de modifier l'acte ou sa date ». La maladie ou l'accident peuvent dès lors conférer date certaine à l'acte « lorsque ceux-ci empêchent une des parties d'apporter des modifications à l'acte »¹⁵¹.

49. Horodatage électronique et date certaine (non). — Contrairement à ce que la première version du projet laissait augurer, l'horodatage électronique a finalement été retiré de l'énumération. L'horodatage électronique disparaît du prescrit de l'article 8.22 aux motifs que même « si le règlement reconnaît effectivement une valeur importante

(141) Voy. sur la force probante de la facture, B. DE CONINCK, « La facture acceptée par un non-commerçant », *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1720-1725 ; Y. NINANE, « Une facture acceptée fait-elle preuve de la modification d'un contrat commercial ? », *D.C.C.R.*, 2009, spéc. pp. 113 et s. (142) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 5 qui précise que la réforme du droit de l'entreprise avait déjà étendu cette règle à tous les types de contrats et notamment aux contrats de service. (143) Voy. sur ces trois cas d'impossibilité, D. MOUGENOT, *Les obliga-*

tions, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 155 et s. (144) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 160. (145) Voy. sur ces conditions, D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 150 et s. (146) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 25. (147) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 25. L'application d'une autre règle aurait, en effet, posé des difficultés notamment en présence de « contrats multipartites lorsqu'interviennent à la

fois des entreprises et des parties qui ne sont pas des entreprises » (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 33). Voy. aussi sur la complexification des règles de preuve contre les tiers et notamment de la preuve des actes mixtes dans les rapports avec les tiers, R. JAFFERALI, « La liberté de preuve en matière commerciale, spécialement la transaction », note sous Cass., 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, p. 677 et s. (148) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 803, n° 840 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les*

obligations, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, De Page (coll.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 646. (149) S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 196. (150) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, t. VI, *Effets des obligations à l'égard des tiers*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 86. (151) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 31.

à l'horodatage électronique qualifié, il ne s'agit pas à proprement parler d'une date certaine. Selon l'article 41, alinéa 2, un horodatage électronique qualifié bénéficie "d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique". Il s'agit d'une présomption forte qui ne peut être mise sur le même pied qu'une date certaine mais s'en rapproche en pratique »¹⁵².

Ce retour en arrière nous semble quelque peu regrettable. Rien n'empêchait en effet le législateur de renforcer, au-delà de ce que prévoit le règlement, la valeur de l'horodatage électronique qualifié¹⁵³. La justification invoquée ne nous paraît par ailleurs pas totalement convaincante. L'horodatage électronique conserve toutefois son intérêt à titre d'élément probant chaque fois que la preuve peut être rapportée de manière libre¹⁵⁴.

6 Écrit signé

50. Introduction. — Conformément à l'article 8.1, 6^o, un écrit signé est « tout acte authentique ou sous signature privée ». L'article vise à « clarifier le fait que, lorsque le texte fait référence à un "écrit signé", il vise l'acte sous signature privée ou authentique »¹⁵⁵. Nous revenons, dans un premier temps, sur les modifications apportées au régime de l'acte authentique avant d'aborder, dans un second temps, les changements qui affectent l'acte sous signature privée.

A. Acte authentique

51. Définition de l'acte authentique. — L'article 8.1, 5^o, définit l'acte authentique comme « un écrit reçu, avec les solennités requises, par un officier public ou ministériel ayant compétence et qualité pour instrumenter ». L'article 8.1, 5^o, s'inspire largement de la définition de l'article 1317 de l'ancien Code civil.

La distinction entre un officier ministériel et un officier public tient au fait que le premier est « titulaire d'un office rattaché à l'administration de la justice (huissier, greffier, avocat à la Cour de cassation...) » tandis que le second est « titulaire d'un office non directement rattaché à l'administration de la justice (notaire...) »¹⁵⁶.

52. Support de l'acte authentique. — L'article 8.15 intitulé « support de l'acte authentique » dispose :

« L'acte authentique peut être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par la loi ou par le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

» Toutefois, les actes notariés qui sont reçus sous forme dématérialisée sont établis et conservés conformément à la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat. La Banque des actes notariés instituée conformément à cette même loi a la valeur de source authentique pour les actes qui y sont enregistrés.

» Sans préjudice des conditions prévues à l'alinéa 2, une signature électronique qualifiée, telle que visée à l'article 3, 12^o, du règlement UE n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE est requise pour les actes authentiques établis, reçus ou signifiés sous forme dématérialisée par un officier public ou ministériel.

» La qualité du signataire doit toujours pouvoir être vérifiée au moyen d'une banque de données authentique prévue par la loi ».

L'article 8.15 reproduit les alinéas 2 et s. de l'actuel article 1317 en y apportant quelques retouches¹⁵⁷.

Tout d'abord, dans la droite ligne des modifications apportées par la loi du 6 mai 2009¹⁵⁸, il est rappelé que les actes authentiques électroniques enregistrés à la Banque des actes notariés ont valeur authentique¹⁵⁹. Ensuite, les modifications apportées au niveau de la signature électronique par la loi du 4 mai 2016¹⁶⁰ sont reprises à l'alinéa 3. Enfin, le terme fonctionnaire public employé dans l'article 1317 est remplacé par le terme « officier ». Le législateur précise que cet officier peut être un officier public ou ministériel (Voy. *supra* n° 51).

53. Acte authentique irrégulier. — L'article 8.16 dispose que « l'acte qui n'est pas authentique du fait de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier public ou ministériel, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il a été signé par la ou les parties ». La formulation de l'article 1318 de l'ancien Code civil est reprise sous réserve de très légères modifications de style.

Tandis que l'incapacité renvoie aux hypothèses où le notaire « n'est pas en état d'exercer sa profession » (par maladie) ou ne « remplit pas les conditions juridiques pour l'exercer (nomination irrégulière, absence de serment, démission...) », l'incompétence vise « les cas où il agit en dehors des attributions qui lui sont légalement conférées »¹⁶¹.

54. Force probante de l'acte authentique. — L'article suivant a trait à la force probante de l'acte authentique¹⁶². Il s'inspire de l'article 1371 du Code civil français. Les principes applicables actuellement sont maintenus.

La force probante de l'acte authentique s'attache et se limite à ce que l'officier public a pu apprécier « ex propriis sensibus »¹⁶³ ou selon les termes employés « a personnellement accompli ou constaté ». Le caractère impératif de la règle est expressément mentionné. La procédure d'inscription de faux est conservée en cas de contestation, tandis que le juge est autorisé, dans cette hypothèse, à suspendre l'exécution de l'acte.

55. Suppression de l'article 1321 de l'ancien Code civil. — L'article 1321 de l'ancien Code civil, qui a trait à la valeur probante des contrelettres, est supprimé. Il n'y avait en effet aucune raison de la maintenir dans la partie « Preuve » du Code civil¹⁶⁴. La balle est renvoyée à la commission de réforme du droit des obligations qui semble

(152) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 31.

(153) « Un horodatage électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et d'intégrité des données auxquelles se rapportent cette date et cette heure » (article 41 du règlement eIDAS). Voy. sur l'horodatage électronique, C. VERDURE, « Règlement eIDAS : quelles nouveautés en matière d'horodatage et de recommandé électroniques ? », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 205-210 et J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 116.

(154) Voy. sur l'intérêt de dater précisément un document pour les entreprises, S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 125 et J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 117.

(155) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 9.

(156) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 9.

(157) Voy. sur l'acte authentique dématérialisé et les modifications apportées à l'article 1317 C. civ., J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspec-

tives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 110-112.

(158) Loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009. Voy. les articles 20 et s. qui modifient la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat. Pour des développements historiques relatifs au cadre légal permettant l'accomplissement des actes authentiques par voie électronique, voy. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 110 et s.

(159) Voy. P. VAN DEN EYNDE, « Le droit du notariat : d'une loi de réforme à l'acte dématérialisé », *Rev. not.*, 2011, pp. 815-823.

(160) Article 129 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B.*, 13 mai 2016 (dite loi

« pot-pourri III »).

(161) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 26.

(162) Article 8.17. Force probante de l'acte authentique : « L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public ou ministériel a personnellement accompli ou constaté, sans possibilité pour les parties d'y déroger. Est nulle toute convention qui déroge à cette règle. En cas d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ».

(163) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 182.

(164) Ni même dans le paragraphe consacré au « Titre authentique ».

s'être saisie de la question. Les règles relatives à la simulation sont en effet traitées à l'article 5.43 du projet de réforme¹⁶⁵.

B. Acte sous signature privée

1. Notion

56. Modernisation de l'appellation. — L'acte sous seing privé fait peau neuve. Sa nouvelle appellation en dit déjà long. Les termes « seing privé » jugés trop archaïques sont remplacés par « signature privée ». Cette modification entraîne, par effet domino, un changement de toutes les législations où il est fait référence à la notion d'écrit sous seing privé (*supra* n° 10).

La modernisation va toutefois au-delà du simple toilettage terminologique (*infra* n° 60).

57. Définition. — L'article 8.1, 4^o, définit dorénavant l'écrit sous signature privée comme « un écrit établi en vue de créer des conséquences juridiques, signé par la ou les parties, avec l'intention de s'en approprier le contenu¹⁶⁶, et qui n'est pas un acte authentique ».

La finale de la définition a été insérée en réponse aux observations formulées par le Conseil d'État. En l'absence de cette exclusion des actes authentiques, ceux-ci, en tant qu'écrit signé par les parties, se seraient vu soumis aux articles 8.20 et 8.21, ce qui n'était nullement la volonté du législateur.

2. Écrit signé électronique

58. Notion d'écrit (électronique) avant la réforme. — La notion d'écrit est absente du Code civil. Pour en trouver trace, il faut opérer un détour par l'article XII.15 du Code de droit économique qui met en œuvre la théorie des équivalents fonctionnels^{167 168}.

Initialement, cette règle des équivalents fonctionnels fut introduite, par le législateur belge, dans le cadre de la transposition de la directive 2000/31 sur le commerce électronique¹⁶⁹. La règle selon laquelle « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au proces-

sus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées » fut ainsi insérée à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003¹⁷⁰ avant d'être finalement reprise à l'article XII.15 du Code de droit économique à l'occasion de l'adoption de la loi du 15 décembre 2013¹⁷¹.

Partant, une exigence de forme ne se définit pas par référence à un procédé déterminé, mais au regard des fonctions qu'elle permet de remplir^{172 173}. Chaque exigence formelle implique, par conséquent, que l'on s'interroge sur les fonctions qu'elle poursuit et que l'on apprécie l'adéquation d'un procédé technique au regard de ces fonctions^{174 175}.

59. La notion de signature électronique avant la réforme. — Le concept de signature électronique est, contrairement à l'écrit, défini dans l'ancien Code civil à l'article 1322, alinéa 2. Suite à l'adoption de la loi du 20 octobre 2000¹⁷⁶, un alinéa a en effet été inséré dans cette disposition relative à l'acte sous seing privé qui prévoit que « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte »¹⁷⁷.

La signature est également régie par le règlement eIDAS qui a pour but de renforcer la confiance des citoyens et des entreprises européennes dans l'utilisation des transactions électroniques¹⁷⁸. Ce règlement s'intéresse notamment aux différents procédés électroniques qui peuvent être utilisés à des fins probatoires tels que la signature électronique, le cachet électronique, l'horodatage électronique, le recommandé électronique et le document électronique¹⁷⁹. Un principe de non-discrimination est applicable à chacun de ces procédés électroniques, en vertu duquel ces derniers ne peuvent être déclarés irrecevables en tant que preuves en justice pour le simple motif qu'ils se présentent sous une forme électronique. Le législateur européen va même plus loin puisqu'est prévu un principe d'assimilation ou une présomption légale en faveur des procédés électroniques lorsqu'ils satisfont à différentes exigences, en particulier lorsqu'ils sont produits en ayant recours à un service de confiance qualifié¹⁸⁰.

(165) Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3709. Voy. aussi P. WERY, S. STIJNS, E. DIRIX, R. JAFFERALI, B. KOHL, I. SAMOY, F. AUVRAY, S. JANSEN, S. VAN LOOCK, J.-C. BOULET, *La réforme du droit des obligations/De hervorming van het verbintenissenrecht*, Bruges, la Charte, 2019.
(166) La définition initialement rédigée par les auteurs de la réforme ne comportait pas cette précision. Un document revêtu d'une signature ayant pour seul but de d'attester la réception d'un document aurait, dès lors, pu être qualifié d'acte sous signature privée. Pour éviter la méprise, il est désormais prévu que « la signature de l'acte sous signature privée a pour but de créer des effets juridiques et de s'approprier le contenu de l'acte » (projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 8).

(167) Voy. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 89-125.

(168) Article XII.15 CDE : « § 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées. § 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer : que l'exigence d'un écrit est satisfaite par un ensemble de signes alphabétiques

ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ; que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 3.10 du règlement 910/2014, soit à l'article 3.12 du règlement 910/2014 ; que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier ». On notera, à l'instar de J.-B. Hubin, que les fonctions de lisibilité et de stabilité de l'écrit sont consacrées dans cette disposition. La fonction d'inaltérabilité est, par contre, initialement absente (J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p.96). Elle est finalement introduite par l'article 8 de la loi du 20 septembre 2018 (loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018).

(169) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE*, n° L178 du 17 juillet 2000.

(170) Loi du 11 mars 2003 sur cer-

tains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003. Voy. F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Kluwer, 2011, p. 157.

(171) Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du livre XII, « Droit de l'économie électronique » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au livre XII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014.

(172) H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 119.

(173) On assigne traditionnellement à l'écrit les fonctions d'inaltérabilité, lisibilité et stabilité tandis que les fonctions d'identification et d'adhésion au contenu sont rattachées à la signature.

(174) J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 95 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 196.

(175) L'article XII.15 du Code de droit économique s'applique à tout type de formalisme, en ce compris le formalisme probatoire. À défaut de

précision dans le Code civil, il fallait donc s'y reporter chaque fois que l'on cherchait à rapprocher un procédé électronique d'une formalité imposée à titre probatoire.

(176) Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000.

(177) Voy. F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Kluwer, 2011, p. 110.

(178) Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE. Voy. sur ce règlement et le cadre légal applicable aux différents types de procédés électroniques, J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 89-125.

(179) Voy. H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016 ; D. GOBERT, « L'identification électronique et les services de confiance dans le règlement eIDAS », *J.D.O.*, 2016, pp. 250-258 ; M. FERNANDEZ GONZALEZ, « Le règlement eIDAS : l'identification électronique et les services de confiance au service du citoyen et du consommateur », *R.E.D. cons.*, 2016, pp. 35-50.

(180) Un service de confiance est

L'articulation de l'article 1322, alinéa 2, de l'ancien Code civil avec les principes du règlement eIDAS pose toutefois question¹⁸¹. L'alinéa 2 de l'article 1322 attribue, en effet, à la signature une fonction d'inaltérabilité¹⁸² que l'on ne retrouve pas dans le règlement. Le juge belge est dès lors contraint de vérifier deux conditions lorsqu'il entend donner la valeur d'une signature à un ensemble de données électroniques. Il doit s'assurer que ces données peuvent être imputées à une personne déterminée (fonction d'identification et d'adhésion au contenu), mais aussi qu'elles établissent le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte (fonction d'inaltérabilité). La deuxième condition a été vivement critiquée, en ce qu'elle semblait imposer à la signature électronique de remplir une exigence supplémentaire par rapport aux fonctions attendues de la signature dans l'univers physique : celle du maintien de l'intégrité de l'acte signé¹⁸³. Dans le monde papier¹⁸⁴, la signature n'a en effet aucune incidence sur l'intégrité de l'acte.

En conférant à la signature une fonction d'inaltérabilité, on exclut certains procédés électroniques (par exemple, mention de l'identité de l'auteur d'un message figurant dans un e-mail ou dans un sms, ou à la signature scannée apposée sur certains documents) du statut de signature¹⁸⁵. Ces documents écrits ne pourront, par voie de conséquence, bénéficier de la force probante attribuée aux écrits signés.

60. Réforme : nouvelle définition de l'écrit et de la signature. — Le législateur propose une définition des notions d'« écrit », de « signature » et de « signature électronique ». La théorie des équivalents fonctionnels trouve une assise légale dans le Code civil. L'écrit est présenté comme « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ». Quant à la signature, il s'agit d'« un signe ou une suite de signes tracés à la main, par voie électronique ou par un autre procédé, par lesquels une personne s'identifie et manifeste sa volonté ». Enfin, le concept de signature électronique est défini par référence aux articles 3.10 à 3.12 du règlement eIDAS¹⁸⁶. Il est renvoyé à trois types de signatures¹⁸⁷ : signature électronique ordinaire, signature électronique avancée et signature électronique qualifiée selon le degré de fiabilité et le niveau de sécurité¹⁸⁸.

« un service électronique normalement fourni contre rémunération qui consiste en la création, la vérification et en la validation de signatures électroniques, de cachets électroniques ou d'horodatages électroniques, de services d'envoi recommandé électronique et de certificats relatifs à ces services (...) » (article 3, 16^o, du règlement eIDAS). Le service de confiance est réputé « qualifié » lorsqu'il répond à certaines exigences précisées par le règlement eIDAS. Ces exigences, qui sont liées à l'intervention d'un tiers de confiance, concourent à garantir la fiabilité et la sécurité du procédé utilisé.

(181) Voy. B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 170-172.

(182) Voy. sur les controverses qui se sont nouées autour de cette fonction du maintien de l'intégrité, E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *La preuve*, CUP, vol. 54, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2004, pp. 70 et s. ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 102 avec les références citées.

(183) Voy. E. MONTERO, « La signa-

ture électronique au banc de la jurisprudence », *D.A. O.R.*, 2011, p. 238 ; D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 219.

(184) La solution est différente pour la signature électronique et notamment pour la signature électronique qualifiée.

(185) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthesis, 2019, p. 198.

(186) Même si le renvoi au règlement réduit la lisibilité, l'intégration *in extenso* des définitions aurait considérablement alourdi le texte (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 9). Voy. également sur l'usage des signatures électroniques, B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 139-174.

(187) Voy. sur chacune de ces signatures, J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Lar-

Ces définitions mettent, en effet, en évidence les fonctions de l'écrit — durabilité et intégrité — et de la signature — identification et adhésion. Elles respectent le principe de neutralité technologique¹⁸⁹, de sorte qu'elles visent tant l'écrit et la signature « papier » que l'écrit et la signature électroniques, et peuvent s'adapter aux évolutions technologiques futures¹⁹⁰.

La règle enfermée à l'article 1322, alinéa 2, de l'ancien Code civil est abandonnée. La fonction du maintien de l'intégrité conférée initialement à la signature électronique n'est plus exigée. Avec la réforme, tout document numérique muni d'une signature électronique pourra recevoir le statut d'acte sous signature privée, à condition que la signature électronique permette d'identifier son auteur et de manifester sa volonté d'adhérer au contenu. Si le procédé électronique utilisé emprunte la forme d'une signature électronique qualifiée¹⁹¹, ces exigences seront réputées satisfaites en application du principe d'assimilation consacré par l'article 25.2 du règlement eIDAS. En cas d'usage d'une signature électronique ordinaire ou avancée, il appartiendra, par contre, au juge de vérifier que les données puissent être imputées à une personne déterminée (à savoir que les fonctions d'identification et d'adhésion sont rencontrées par le procédé utilisé)¹⁹².

Certains écrits électroniques, actuellement considérés comme des commencements de preuve par écrit — faute de disposer d'une signature, compte tenu des conditions imposées par l'article 1322, alinéa 2, de l'ancien Code civil — devraient ainsi pouvoir accéder au statut d'actes sous signature privée. La sécurité juridique attachée à l'usage d'écrits électroniques signés s'en trouve renforcée¹⁹³.

61. Application aux sms, e-mails, messages instantanés et autres formes de documents électroniques¹⁹⁴. — Quel statut doit-on dès lors conférer, en application de la théorie des équivalents fonctionnels, aux sms, e-mails, messages échangés dans le cadre d'un service de messagerie instantanée, ainsi que les publications sur des plateformes internet et forums de discussion ?

Le raisonnement à mener se décompose en deux étapes. Dans un premier temps, on peut considérer que ces procédés constituent des écrits au sens de l'article 8.1, 1^o, pour autant que le procédé utilisé permette de préserver leur intégrité¹⁹⁵. Cette position est notamment accréditée

cier, 2017, pp. 98 et s. Voy. également, H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », in H. JACQUEMIN [dir.], *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 127 et s.

(188) J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 98.

(189) Le principe de neutralité technologique a pour objectif de concourir à l'adoption de dispositions normatives neutres, qui s'abstiennent de désigner une technologie déterminée (voy. H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », in H. JACQUEMIN [dir.], *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 126).

(190) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthesis, 2019, p. 199.

(191) On pense notamment aux signatures créées via les cartes d'identité électroniques délivrées par les autorités belges (S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », in *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 99 ; J.-B. HUBIN,

« La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 100).

(192) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthesis, 2019, p. 200.

(193) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthesis, 2019, p. 201.

(194) Voy. sur ces questions, J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 106 et s. L'auteur s'intéresse également à la technique du *clickwrap*. Pour des exemples en jurisprudence, F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence : contrats de l'information et commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2017, pp. 37 et s.

(195) Voy. Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, p. 128 ; Liège, 5 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 52 (assimilation d'un sms à un écrit) et Mons, 19 février 2007, R.G. n° 2005/226, www.juridat.be ; Anvers, 19 octobre 2015, *NjW*, 2016, pp. 442-444 ; Liège, 20 octobre 2015, R.G. 2014/770, www.juridat.be (assimilation d'un e-mail à un écrit). Voy. en ce

par les travaux préparatoires qui citent, à titre d'exemples, l'*e-mail* et le sms, pour autant que le système électronique utilisé rende détectable toute modification au contenu du texte¹⁹⁶. L'exigence est rencontrée si les modifications éventuelles du document sont traçables¹⁹⁷.

Ensuite, faut-il encore que ces écrits soient signés pour pouvoir bénéficier du régime probatoire qui s'attache aux actes sous signature privée. À défaut d'être signés, ces écrits ne pourront valoir qu'à titre de présomption, voire de commencement de preuve par écrit s'ils rencontrent les conditions de l'article 8.1, 7^o.

En pratique, les écrits électroniques sont rarement pourvus d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3, 12^o, du règlement eIDAS. D'autres procédés sont plus fréquemment utilisés en vue de signer ce type de message (inscription du prénom [ou une initiale] et du nom patronymique de l'auteur au bas du message électronique, reproduction de la signature scannée sur celui-ci). Ces modes de signatures bénéficient du principe de non-discrimination inscrit à l'article 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS. Cependant, afin de conférer au procédé utilisé la force probante d'une signature, au sens de l'article 8.1, 2^o et 3^o, du Code civil, le juge devra vérifier que le procédé utilisé rencontre les fonctions assignées à la signature. La signature doit, en effet, permettre à son émetteur de s'identifier et de manifester son adhésion au contenu de l'acte.

Il n'est pas totalement incongru de soutenir, dans le cas d'un *e-mail*, que l'adresse de courrier électronique, lorsqu'elle reprend l'identité de son titulaire, constitue une signature. Cette adresse est liée à l'écrit envoyé et permet d'identifier son auteur. Cette solution ne nous semble toutefois pas devoir être approuvée. L'apposition d'une signature sur un écrit implique, en effet, une démarche volontaire du signataire qui doit extérioriser sa volonté¹⁹⁸.

62. Lien avec la notion de support durable. — Suivant la définition proposée à l'article 8.1, 1^o, le concept d'écrit s'applique quel que soit le support utilisé, pour autant que l'écrit soit compréhensible et qu'il présente une certaine durabilité^{199 200}. Conformément au texte de l'article 8.1, 1^o, c'est le support qui confère à l'écrit ses fonctions de durabilité et d'intégrité.

Le texte adopté n'utilise pas la notion de « support durable », qui figure à l'article 1.1, 15^o, du Code de droit économique. Cette dernière notion a été introduite dans la législation belge, sous l'impulsion de directives européennes, dans le but de lever les difficultés posées par l'accomplissement des formalités liées à l'exigence de l'écrit — souvent assimilé à l'écrit papier — par voie électronique²⁰¹. Elle désigne tout instrument qui a pour fonction de garantir la pérennité de l'information, de préserver son intégrité et d'assurer sa lisibilité²⁰².

Comment, dès lors, articuler la notion d'écrit avec celle de support durable présente dans de nombreux instruments européens, et ce d'autant que l'équivalence entre l'écrit et le support durable est affirmée par la Cour de justice²⁰³ ?

En réalité, le problème réside uniquement dans le fait que le concept de support durable appartient spécifiquement à l'environnement électronique. D'ailleurs, à prendre la notion de support durable et plus spé-

cifiquement le concept d'inaltérabilité trop à la lettre, on risque de rejeter l'écrit traditionnel papier de son champ d'application.

Dans les travaux préparatoires, le législateur opte donc pour la notion d'écrit. Cette définition de l'écrit est « ouverte » et « s'applique à toute forme d'écrit, rédigé sur n'importe quel support. Elle vise donc aussi bien l'écrit traditionnel »²⁰⁴.

La fonction d'inaltérabilité de l'écrit est consacrée²⁰⁵, mais s'entend de manière assez souple puisque « Le mécanisme utilisé pour créer l'écrit doit idéalement empêcher la modification de l'information ou, à tout le moins, rendre cette modification détectable, afin de dissuader ses auteurs ou les tiers d'apporter des changements à l'information »²⁰⁶. La simple traçabilité des modifications suffit.

On assiste donc à une sorte d'assouplissement de la protection de l'intégrité dictée par les caractéristiques intrinsèques de l'écrit papier. La fonction d'intégrité qui existe dans un environnement informatique s'accommode, en effet, mal aux documents papiers traditionnels. L'écrit papier n'empêche pas les altérations, mais les rend uniquement visibles.

Il nous semble que l'articulation de l'article 8.1, 1^o, et de la notion de support durable conduit à réintroduire une conception plus stricte du respect de l'intégrité en présence de documents électroniques.

3. Force probante de l'acte sous signature privée et procédure de désaveu

63. Force probante de l'acte sous signature privée. — L'article 8.18 précise expressément que tout « acte sous signature privée fait foi de la convention qu'il renferme entre ceux qui l'ont signé et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ». Partant, les actes sous signature privée produits par voie électronique disposeront d'une force probante équivalente aux actes sous signature privée sur support papier.

La force probante n'est plus tributaire d'une condition de reconnaissance de l'acte. La mention « reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu » présente dans l'article 1322 de l'ancien Code civil est abandonnée. L'article 8.18 ne requiert aucune démarche positive dans le chef de l'auteur présumé de l'acte. La reconnaissance peut très bien être tacite et résulter de l'absence de désaveu²⁰⁷.

La force probante d'un acte sous signature privée « implique que la conviction du juge est liée par le contenu de l'acte. Les parties sont naturellement libres de rapporter la preuve contraire. Dans un système de preuve libre, la preuve contraire est possible sans limitation. Dans un système de preuve réglementée, au contraire, la preuve contraire ne peut être rapportée que par un autre acte sous signature privée ou authentique »²⁰⁸.

64. Désaveu et vérification d'écriture. — L'article 8.19 organise le désaveu de l'écriture ou de la signature. Il dispose que « Sauf si la loi en dispose autrement, la partie à laquelle on l'oppose peut toutefois désavouer son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause d'une partie peuvent pareillement désavouer l'écriture ou la signature

sens, J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 106.

(196) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 6 : « Il n'est pas nécessaire que la modification soit visible à l'écran. Il suffit qu'elle soit traçable dans le système utilisé ».

(197) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 6 : « Il n'est pas nécessaire que la modification soit visible à l'écran. Il suffit qu'elle soit traçable dans le système utilisé ».

(198) Ceci ressort également de l'emploi du terme « tracés » à l'article 8.1., 2^o. Voy. F. GEORGE et J.-

B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 202.

(199) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 6.

(200) Cette définition s'inspire de celle reprise à l'article XII.15, §2, du Code de droit économique, qui précise à quelles conditions l'exigence d'un écrit est satisfaite dans l'environnement numérique. Cet article avait été modifié par la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique.

(201) Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support

durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, 2017-2018, Ch. 54-3153/001, p. 12.

(202) Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, 2017-2018, Ch. 54-3153/001, pp. 12-13.

(203) C.J.U.E., 5 juillet 2012, *Content Services*, C-49/11, n° 40.

(204) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 6.

(205) Notons qu'avant la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique (*M.B.*, 10 octobre 2018), la fonction de

maintien de l'intégrité de l'écrit ne se trouvait pas dans la définition de l'article XII.15, § 2, du CDE.

(206) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 6.

(207) Voy. C. GIJSBERS, « La preuve par écrit : une ambition modeste servie par des textes perfectibles », *Droit et patrimoine*, septembre 2015, pp. 55 et s. cité par projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28.

(208) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28.

de leur auteur, ou déclarer qu'ils ne les connaissent pas. Dans ces cas, il y a lieu à vérification d'écriture, conformément aux articles 883 et suivants du Code judiciaire ».

La formulation des articles 1323 et 1324 de l'ancien Code civil est revue par législateur, lequel puise son inspiration dans l'article 1373 du Code civil français.

65. Prise en considération de la signature électronique dans la procédure de vérification d'écriture. — L'expression « sauf si la loi en dispose autrement » ajoutée par législateur à toute son importance dans l'environnement numérique. Elle fait référence aux possibilités limitées de contestation que ces formes de signature autorisent²⁰⁹. L'application de la procédure de vérification à l'écrit électronique, suite à un désaveu, ne va en effet pas nécessairement de soi. L'actuelle procédure n'a pas été pensée pour l'écrit et la signature électroniques. Son caractère inadapté aux écrits électroniques a été souligné en doctrine²¹⁰. Plutôt que de revoir en profondeur la procédure de vérification d'écriture, le législateur a préféré se ménager une porte de sortie²¹¹. Comme le précisent les travaux préparatoires, « L'application de la vérification d'écritures aux actes sous seing privé électroniques est controversée, compte tenu du niveau de sécurité bien plus élevé offert par certaines formes de signature électronique (signature électronique qualifiée) »²¹².

En pratique, en cas de désaveu d'écriture ou de signature électronique, le juge devra s'attacher les services d'un expert pour procéder à la vérification d'écriture.

66. Applications²¹³. — Dans certaines hypothèses, la personne dont le nom a été inscrit au bas de l'écrit électronique pourrait contester en être l'auteur. Il est vrai qu'une adresse électronique, un compte utilisateur ou un téléphone portable offre peu de garanties quant à l'identification de l'auteur du message²¹⁴. Sauf lorsque l'accès au dispositif électronique a été sécurisé, ceux-ci peuvent assez facilement tomber dans les mains de tiers — par exemple en cas de vol ou de fraude informatique. Dans cette hypothèse, la personne dont la signature a été usurpée pourra désavouer celle-ci, ce qui pourrait donner lieu, le cas échéant, à une procédure en vérification d'écriture. Afin d'éviter la mise en œuvre de cette procédure lourde et incertaine, en particulier en matière électronique, la partie qui se prévaut de l'écrit électronique pourrait, si les circonstances le permettent²¹⁵, se limiter à invoquer celui-ci en tant qu'écrit non signé qui aurait valeur de commencement de preuve par écrit ou de présomption.

4. Formalités supplémentaires

67. Formalité des originaux multiples pour les contrats synallagmatiques. — La formalité des originaux multiples est sauvegardée à l'article 8.20, alinéas 1 et 2, qui énonce :

« L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits. Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut d'un nombre suffisant d'originaux ou de la mention de leur nombre ».

À défaut de respecter cette formalité des originaux multiples, l'*instrumentum* est nul²¹⁶. Il reste valable, conformément à l'alinéa 4, comme

commencement de preuve par écrit s'il remplit les conditions fixées à l'article 8.1, 7^o 217.

Le législateur codifie également à l'article 8.20, alinéa 5, l'exception prétorienne selon laquelle l'exigence d'originaux multiples ne s'applique pas aux contrats conclus par échange de courriers. La règle est étendue, dans le cadre de la réforme, aux contrats conclus par échange de courriers adressés par voie électronique.

68. Formalité des originaux multiples dans l'environnement numérique. — Le législateur profite également de la réforme pour assouplir la formalité des originaux multiples en présence de contrats qui se forment par voie électronique.

La formalité des originaux multiples imposée par l'article 1325 de l'ancien Code civil s'accommode, en effet, difficilement au contexte des échanges dématérialisés, où l'acte écrit est produit en un seul exemplaire. L'article 8.20, alinéa 3, précise, dès lors, que l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique en présence d'un écrit, lorsque le procédé utilisé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès.

69. Ancienne formalité du bon pour. — L'article 1326 de l'ancien Code civil, mieux connu sous l'appellation « formalité du bon pour », subit également une petite cure de jouvence. La disposition, dans sa nouvelle mouture, prévoit que « Quelle que soit la valeur de l'acte juridique et sans préjudice des exceptions prévues par la loi, l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles ne fait preuve que si elle comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Est nulle toute convention dérogeant à cette règle ».

L'exigence de « l'acte écrit en entier de la main de celui qui le souscrit » ou de la mention « bon pour » suivi de la somme écrite en toutes lettres et accompagné de la signature est allégée. Seule la signature accompagnée de la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres est requise.

Le champ d'application de l'article 8.21 est limité aux obligations de payer des sommes d'argent ou de livrer des choses fongibles qui résultent soit d'un acte unilatéral (reconnaissance unilatérale de dettes), soit d'un contrat unilatéral (prêt, cautionnement)²¹⁸. Comme le précisent les travaux préparatoires, l'acte juridique unilatéral régi à l'article 8.9 n'est donc « pas entièrement libre de toute forme »²¹⁹.

L'exception en faveur des artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service, devenue anachronique, est abandonnée (voy. *supra* n° 36). La réserve « des exceptions prévues par la loi » renvoie notamment à l'article 2043^{quinquies}, §3, du Code civil qui traite du cautionnement à titre gratuit.

La disposition est de nature impérative.

70. Date certaine de l'acte sous signature privée. — L'article 8.22²²⁰ qui remplace l'article 1328 de l'ancien Code civil, s'intéresse à la datation certaine des actes sous signature privée. Les trois hypothèses que renfermait l'article 1328 sont conservées (date de l'enregistrement de l'acte, date du constat de la substance de l'acte dans un acte authentique, date du décès). L'hypothèse du décès est toutefois étendue à tous les cas où les parties ne sont plus en mesure de modifier l'acte ou sa date²²¹. Les travaux préparatoires nous livrent comme illustrations, « la

(209) *Ibidem*. Voy. aussi S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 123.

(210) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 252-253.

(211) Voy. l'expression « Sauf si la loi en dispose autrement (...) ».

(212) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28.

(213) Voy. sur ces applications, F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du*

droit des obligations, Limal, Anthemis, 2019, pp. 201-202.

(214) D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », in B. FOSSEPREZ et A. PÜTZ (coord.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2013, p. 173.

(215) Par exemple, dans le cadre d'un contrat conclu entre entreprises ou pour rapporter la preuve d'un acte inférieur à 3.500 EUR.

(216) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 "La preuve" dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, p. 17.

(217) Cette précision fut ajoutée en réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État. Voy. projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 29.

(218) Le Conseil d'État avait sur ce point souligné la discordance entre la notion de « reconnaissance unilatérale de dettes » de l'article 8.9 et la notion de « engagement unilatéral de payer » de l'article 8.21. (avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 "La preuve" dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-conseil.be>, p. 17.)

tat.be, pp. 13-14).

(219) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 29.

(220) Article 8.22. Date certaine de l'acte sous signature privée. L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que : 1° du jour où il a été enregistré, ou 2° du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique, ou 3° du jour où au moins l'une des parties se trouve dans l'incapacité de modifier l'acte ou sa date, notamment suite au décès de l'une d'elles.

(221) Les travaux préparatoires indiquent que « La faillite et la déconfi-

maladie ou l'accident lorsque ceux-ci empêchent une des parties d'apporter des modifications à l'acte » (voy. *supra* n° 48).

L'horodatage n'est finalement, malgré une première mouture du projet en ce sens, pas ajouté à la liste (voy. *supra* n° 37).

C. Acte sous signature privée contresigné par les avocats des parties

71. Rapatriement de la loi du 29 avril 2013. — La loi du 29 avril 2013 migre dans le nouveau Code civil à l'article 8.23. Les dispositions relatives à l'acte sous signature privée contresigné par les avocats sont, dès lors, englobées parmi les dispositions relatives à la force probante de ce type d'acte²²⁷.

L'acte sous signature privée contresigné par les avocats, en tant qu'*instrumentum*, fait pleine foi²²⁸ de l'écriture et de la signature des parties tant à leur égard qu'à l'égard des héritiers ou ayants cause si les conditions suivantes sont respectées :

- l'acte est contresigné par les avocats de toutes les parties²²⁴ ;
- l'acte fait mention de ce que, par leur contreseing, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de l'acte ;
- à moins que l'acte ne soit revêtu d'une signature électronique qualifiée, il doit être établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et d'avocats signataires ;
- chaque original doit comporter la mention du nombre d'originaux qui ont été faits.

7 Autres écrits

A. Registres et papiers domestiques

72. Registres, papiers domestiques et tailles. — Les règles actuelles relatives à la force probante des registres domestiques²²⁵ et des tailles²²⁶ ne sont pas conservées. Il s'agit, en effet, de procédés probatoires qui ne sont plus utilisés dans la pratique.

B. Mentions du paiement sur un acte ou son double

73. Mentions libératoires. — L'article 8.24. dispose que « La mention d'un paiement ou d'une autre cause de libération portée par le créancier sur un acte original qui est toujours resté en sa possession vaut présomption simple de libération du débiteur.

Il en est de même de la mention portée sur le double d'un acte, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur ».

Cet article 8.24 constitue la version actualisée et modernisée de l'article 1332 de l'ancien Code civil²²⁷.

ture du débiteur ne doivent pas nécessairement être assimilées au décès » (projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 31).

(222) Voy. J. FONTEYN, « L'acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties », *Rev. not.*, 2013, pp. 584-595 ; M. DUPONT, « L'acte d'avocat : examen des lois 29 avril et 23 mai 2013 », *C.J.*, 2013, pp. 95-99.

(223) Voy. sur les modifications introduites relativement à cet article, amendement n° 26, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/004, p. 4.

(224) Notons que chaque partie ayant un intérêt distinct doit être assistée d'un avocat différent (article 8.23, al. 2).

(225) Article 1331 de l'ancien Code

civil.

(226) Article 1333 de l'ancien Code civil.

(227) Article 1332. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

(228) Voy. sur ces actes, F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Kluwer, 2011, pp. 96-97.

(229) Avant-projet de loi portant insertion du livre VIII « Le droit de la preuve » dans le nouveau Code civil rédigé par la commission de réforme du droit de la preuve instituée par

Deux modes de preuve sont ici édictés par le législateur : soit, le créancier fait mention du paiement sur l'acte original resté en sa possession, soit, il en fait mention sur le double du titre qui est en possession du débiteur. Dans les deux cas, les mentions valent présomption simple (réfutable) de libération du débiteur.

C. Actes recognitifs et confirmatifs

74. Abandon des actes recognitifs et confirmatifs²²⁸. — Les actes recognitifs et confirmatifs étaient bel et bien présents dans la première mouture du projet²²⁹. La version déposée au Parlement n'en fait toutefois plus état aux motifs que « ces concepts ne sont plus utilisés et sont peu connus des praticiens » tandis que « l'application des règles de droit commun suffisent à trancher les problèmes relatifs à ces documents »²³⁰.

D. Copies

1. Statut juridique des copies

75. La copie papier et la copie dématérialisée. — Traditionnellement, la copie constitue un écrit non signé. Dans l'esprit des rédacteurs du Code, ce type d'écrit constituait, en effet, une reproduction manuscrite et imparfaite d'un acte original²³¹.

Avec l'apparition du numérique, la plupart des copies sont toutefois devenues des reproductions fidèles et inaltérées de l'acte original²³². Ainsi, en pratique, les pièces produites dans les débats judiciaires sont presque toujours des copies.

Le phénomène de l'archivage électronique, qui conduit de plus en plus d'entreprises à s'affranchir de la conservation d'écrits papier pour ne garder qu'une version sur support dématérialisé, accentue encore l'importance des copies dématérialisées dans nos sociétés actuelles²³³. Afin de tenir compte de cette évolution, l'article 1334 a été complété d'un deuxième alinéa par la loi du 21 juillet 2016²³⁴. Il prévoit que « lorsque le titre original n'existe plus, une copie numérique effectuée à partir de celui-ci a la même valeur probante que l'écrit sous seing privé, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable si elle a été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié ». Désormais, la copie peut donc être assimilée à un original, si elle est produite au moyen d'un procédé d'archivage électronique qualifié²³⁵.

Ces apports sont repris par le législateur à l'article 8.25 du Code qui dispose que « La copie réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, du Code de droit économique a la même force probante que l'écrit sous signature privée, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable. La présentation de l'original n'est pas exigée ».

Un statut probatoire spécifique est réservé aux seules copies produites par la voie d'un service d'archivage électronique qualifié. Pour le surplus, le statut probatoire des copies n'est pas modifié²³⁶. L'option prise

l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017.

(230) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 32.

(231) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 277.

(232) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Antheimis, 2019, p. 202.

(233) J.-B. HUBIN, « Le projet de réforme du droit de la preuve civile », *Le pli juridique*, 2019, n° 47, p. 12.

(234) Loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les tran-

sactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

(235) Pour appréhender la notion de service d'archivage électronique qualifié, il y a lieu de se reporter à l'article 1.18 du Code de droit économique, qui définit les concepts de « service d'archivage électronique » et « service d'archivage électronique qualifié ». L'archivage électronique y est présenté comme un service de confiance qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers.

(236) Si la conformité à l'original est

par le législateur de ne pas revoir et étendre le statut juridique de l'ensemble des copies est motivé par le constat que « les procédés modernes de copie permettent très aisément des modifications de l'original, de telle sorte que ces modes de preuve restent très fragiles »²³⁷. La disposition nouvelle va toutefois un cran plus loin que l'article 1334 de l'ancien Code civil puisqu'il est précisé que l'original ne doit pas être produit.

Dans un souci de lisibilité et de sécurité juridique, il est également fait mention à l'alinéa 2 de la possibilité de considérer la copie comme un commencement de preuve par écrit ou une présomption de fait. L'article 8.25 réserve toutefois les hypothèses visées par des dispositions dérogatoires. Le statut des copies est, en effet, soumis à des règles spécifiques dans certains secteurs tels que la finance ou la sécurité sociale²³⁸.

76. E-mail, sms, messages instantanés. — Lorsqu'ils sont produits dans le cadre d'un débat judiciaire, les e-mails, sms, messages instantanés ou autres formes d'écrits électroniques sont toujours des copies — le plus souvent en version papier — de l'écrit électronique original. Ces copies doivent se voir appliquer le régime prévu à l'article 8.25, ce qui implique notamment qu'en cas de doute ou de contestation, le juge peut exiger la présentation de leur original²³⁹. Pour rencontrer cette exigence, dans le contexte des écrits électroniques, il nous semble que le juge devrait désigner un expert en informatique afin que ce dernier puisse prendre connaissance, le cas échéant dans le cadre d'une expertise simplifiée, de l'acte sous signature privée original.

2. Particularités pour les acte authentiques

77. Copie des actes authentiques. — Le législateur n'est guère proluxe lorsqu'il s'agit de commenter le nouvel article 8.26. Cette sobriété s'explique vraisemblablement par deux raisons. D'une part, l'article 8.26 concerne une matière notariale spécifique et, d'autre part, la disposition en question ne fait que reprendre les règles qui figurent aux articles 1335 et 1336 de l'ancien Code civil.

Le législateur croit légitimement bon de préciser que les règles ne s'appliquent qu'aux actes authentiques.

Le paragraphe 1^{er} traite des copies des actes authentiques lorsque l'acte original n'existe plus. Celles-ci sont traitées comme suit :

« 1^o les grosses ou premières expéditions ont la même force probante que l'original.

» Il en est de même des copies dématérialisées des actes notariés qui sont réalisés conformément à l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat et dont, conformément à l'article 18 de ladite loi, une copie est conservée dans la Banque des actes notariés.

» Il en est de même également des copies qui ont été délivrées par un juge, en application des articles 1372 et suivants du Code judiciaire, en présence des parties ou celles-ci étant dûment appelées, ou des copies qui ont été délivrées en présence des parties et de leur consentement réciproque ;

» 2^o les copies qui, sans intervention d'un juge ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été délivrées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par les officiers publics ou ministériels qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes.

» Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans.

» Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit ;

» 3^o lorsque les copies délivrées sur la minute de l'acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par

les officiers publics ou ministériels qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit ;

» 4^o les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements »²⁴⁰.

Le second paragraphe précise les règles applicables lors de la transcription d'un acte sur les registres publics. Cette transcription ne pourra valoir commencement de preuve par écrit que si les conditions suivantes sont réunies :

« 1^o qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier ;

» 2^o qu'il existe un répertoire régulièrement tenu du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date »²⁴¹.

Dans l'affirmatif, la preuve du contenu de l'acte par tous moyens est admise.

Il est encore précisé que « si la preuve par témoins est admise, il est nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils vivent encore, soient entendus »²⁴².

E. Remise de l'acte par le créancier au débiteur

78. Remise de l'acte par le créancier au débiteur. — L'article 8.27 dispose que « La remise volontaire au débiteur de l'acte sous signature privée ou de la grosse qui fait titre de la dette fait présumer sa libération, sauf preuve contraire ». Le législateur, par l'insertion de cet article, entend avant tout clarifier l'hypothèse d'une remise de l'acte par le créancier au débiteur.

Comme le souligne le législateur, la remise du titre, en tant que mode de preuve, ne se confond pas avec une remise de dette qui constitue un contrat. La place de l'article 1282 de l'ancien Code civil²⁴³ n'était dès lors nullement justifiée. La remise du titre crée, en effet, une présomption de libération du débiteur ce qui justifie son nouvel emplacement dans les règles relatives à la preuve²⁴⁴. Le régime nouveau s'applique tant pour l'acte sous signature privée que pour la grosse tandis que la présomption est réfragable.

8 Autres modes de preuve

79. Introduction. — En marge de l'écrit, on retrouve les autres modes de preuve. Ceux-ci renvoient aux témoignages, aux présomptions de fait ainsi qu'à l'aveu et au serment. Tandis que l'aveu et le serment décisoire constituent des modes de preuve parfaits, en ce sens qu'ils sont admissibles en toute matière et s'imposent « au juge de manière presque absolue hors les cas de mensonge et de fraude et sous réserve des problèmes d'interprétation »²⁴⁵, la preuve par témoins ou par présomption occupe, dans la hiérarchie des preuves, une place de second rang. D'une part, dans un système de preuve réglementée, elle ne vient que compléter les modes de preuves imparfaits. D'autre part, le juge n'est pas nécessairement tenu par ce mode de preuve dont la valeur probante reste soumise à son appréciation.

A. Preuve par témoins

80. Définition. — L'article 8.1, 8^o, définit le témoignage comme, « une déclaration faite par un tiers dans les conditions des articles 915 et suivants et 961/1 et suivants du Code judiciaire ». Le témoignage peut donc revêtir deux formes.

contestée et que l'original ne peut être présenté, la copie n'aura valeur que de présomption de fait voire, dans certains cas, de commencement de preuve par écrit (article 8.25, al. 2). Voy. d'ailleurs sur la photocopie et le fax, D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », in *La preuve*, CUP,

vol. 54, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2004, pp. 229-268.

(237) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 32.

(238) *Ibidem*.

(239) A l'inverse, si la conformité de

la copie à l'original n'est pas contestée, cette copie a la même force probante que l'original.

(240) Article 8.26, § 1^{er}.

(241) Article 8.26, § 2.

(242) Article 8.26, § 2, dernier alinéa.

(243) Voy. sur cet article, X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial

belge », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 18.

(244) La règle figurait en effet aux articles 1282 à 1284 du Code civil.

(245) D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 73.

D'un côté, conformément aux articles 915 et s., la preuve testimoniale peut être administrée par le biais de la procédure d'enquête²⁴⁶. Des témoins sont appelés à déposer devant le juge²⁴⁷.

De l'autre, la preuve par témoins peut être rapportée sous la forme de la production d'attestations²⁴⁸. Le témoin n'est pas appelé à déposer, mais consigne ses déclarations et constats dans une attestation. La production de cette dernière doit toutefois répondre aux formalités imposées par les articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire.

81. Admissibilité et valeur probante. — Le législateur précise l'admissibilité et la valeur probante du témoignage. Ainsi, « les témoignages ne peuvent être admis que lorsque la loi admet la preuve par tous modes de preuve ». Lorsque la preuve est libre, les témoignages seront, en tout état de cause, admis. Par contre, lorsqu'un écrit est exigé, le témoignage ne sera admis qu'en présence d'un commencement de preuve par écrit ou d'une impossibilité de prouver par écrit. La valeur probante du témoignage est, dans tous les cas, laissée à l'appréciation du juge.

B. Preuve par présomptions de fait

82. Définition. — Le régime des présomptions de fait connaît également quelques remaniements. L'appellation « présomptions de fait de l'homme » cède la place à celle de présomptions de fait. La présomption de fait est définie à l'article 8.1, 9^o, comme « un mode de preuve par lequel le juge déduit l'existence d'un ou plusieurs faits inconnus à partir d'un ou plusieurs faits connus ». Elle prend ses distances avec la notion de présomption légale qui intervient au niveau de l'objet et de la charge de la preuve (*supra* n^o 22).

83. Admissibilité et valeur probante. — Comme le précise l'article 8.29, « Les présomptions de fait ne peuvent être admises que dans les cas où la loi admet la preuve par tous modes de preuve. Leur valeur probante est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis. Lorsque la présomption s'appuie sur plusieurs indices, ceux-ci doivent être concordants ». L'admissibilité et la valeur probante sont similaires à celles du témoignage.

L'exigence de présomptions graves précises et concordantes est par ailleurs abandonnée. Le législateur privilégie désormais l'existence d'un²⁴⁹ ou plusieurs indices sérieux et précis. Le législateur marque ainsi clairement la possibilité de rapporter la preuve au moyen d'une seule présomption, ce qui était déjà admis en jurisprudence²⁵⁰. Lorsque plusieurs indices sont invoqués à l'appui d'une prétention, ceux-ci doivent être concordants. Bien que fort discrète, on relèvera encore une autre petite nouveauté. Cette dernière réside dans la disparition de la finale de l'article 1353 de l'ancien Code civil. Les présomptions valent dorénavant même si l'acte est attaqué pour fraude et dol.

C. Aveu

84. Définition et caractéristiques. — L'aveu s'entend, en vertu de l'article 8.1, 10^o, d'« une reconnaissance par une personne ou son re-

présentant spécialement mandaté d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. L'article 8.30 dispose que l'aveu peut être intentionnel ou non, judiciaire ou extrajudiciaire, et exprès ou tacite. Bien que déjà reconnu par la jurisprudence, l'aveu non intentionnel est désormais intégré dans la loi²⁵¹. L'aveu extrajudiciaire est également encadré par le législateur.

85. Aveu extrajudiciaire. — Le sort de l'aveu extrajudiciaire retient l'attention du législateur à l'article 8.31. Aux termes de cet article, il est prévu que « L'aveu extrajudiciaire purement verbal n'est admis que dans les cas où la loi permet la preuve par tous modes de preuve.

» L'aveu extrajudiciaire peut résulter du comportement d'une des parties, tel que l'exécution d'un contrat.

» Ce comportement peut être établi par tous modes de preuve.

» L'aveu extrajudiciaire a la même force probante que l'aveu judiciaire ».

À l'instar du régime actuel, l'aveu extrajudiciaire verbal ne sera admis que lorsque l'on se situe dans le système de la preuve libre. À défaut, l'on pourrait trop facilement contourner l'exigence d'un écrit²⁵².

Outre la reformulation des articles 1354 et 1355 de l'ancien Code civil, le législateur entérine l'admission par la jurisprudence de l'aveu en action.

Par ailleurs, l'aveu extrajudiciaire est mis sur le même pied que l'aveu judiciaire au niveau de sa force probante. Il s'agit là d'une nouveauté qui vient pallier les lacunes du régime antérieur.

86. Force probante. — L'article 8.32 s'intéresse quant à lui à la force probante de l'aveu et remplace l'article 1356 de l'ancien Code civil.

« L'aveu est irrévocable, sauf erreur, pour autant qu'elle soit de fait, ou toute autre cause de nullité.

» Il fait foi contre son auteur, sauf s'il n'est pas sincère.

» L'aveu complexe est indivisible, sauf si l'une de ses branches est fautive, invraisemblable ou en contradiction avec l'autre branche. Dans ce cas, chaque branche peut être invoquée indépendamment de l'autre ».

Plusieurs modifications peuvent être épinglées. Tout d'abord, l'article s'applique tant aux aveux judiciaires qu'extrajudiciaires. L'aveu est ensuite soumis à l'ensemble des causes de nullité — à l'exception de l'erreur de droit²⁵³ — et non plus uniquement à l'erreur de fait²⁵⁴. Le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation au niveau de la sincérité de l'aveu. Enfin, la règle de l'indivisibilité de l'aveu complexe²⁵⁵ est inscrite dans le prescrit de l'article 8.32. On excepte toutefois l'hypothèse où « une des branches de l'aveu complexe est fautive, invraisemblable ou en contradiction avec l'autre branche »²⁵⁶.

D. Serment

87. Définition et types de serments. — On distingue généralement plusieurs types de serments : serment décisoire²⁵⁷, serment estimatoire²⁵⁸ et serment supplétoire²⁵⁹.

(246) Le juge appréciera souverainement l'opportunité de cette mesure : « son pouvoir d'appréciation souverain s'étend en particulier à la question de savoir si le fait dont la preuve testimoniale est offerte est en soi suffisamment précis et pertinent, au sens de l'article 915 du Code judiciaire, et s'il est susceptible de faire l'objet d'une preuve contraire ; mais ce, donc ; pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit de principe d'apporter la preuve par témoins (...) » (J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile - Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Le pli juridique*, 2019, n^o 47, pp. 6-7).

(247) Voy. D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 303 et s.

(248) Voy. D. PIRE, « La procédure de

production d'attestations dans le Code judiciaire », *R.T.D.F.*, 2013, pp. 45-59 ; A. HOC, « Les attestations écrites dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2013, pp. 277-281.

(249) Nous mettons en italique.

(250) Cass., 30 janvier 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 630 ; Cass., 12 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 61 ; Cass., 29 septembre 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 255 cités par projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 34.

(251) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 34. Voy. Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1271, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1305.

(252) D. MOUGENOT, *Les obligations*,

t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 367.

(253) « Cette exclusion se justifie d'autant plus qu'il n'est plus exigé qu'un aveu soit intentionnel » (projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 36).

(254) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 36.

(255) L'aveu complexe est défini à l'article 8.1, 11^o, comme « un aveu assorti de précisions ou réserves qui en neutralisent ou réduisent les conséquences juridiques ».

(256) « Cette exclusion se justifie d'autant plus qu'il n'est plus exigé qu'un aveu soit intentionnel » (projet de loi portant insertion du livre 8 « La

preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 36).

(257) Ce serment est « déferé par une partie à l'autre pour en faire dépendre l'issue du procès » (D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 375).

(258) Ce serment est « déferé par le juge pour lui permettre de fixer la valeur de la chose en litige » (D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 375).

(259) Ce serment est « déferé d'office par le juge pour assurer sa conviction lorsqu'il ne s'estime pas suffisamment éclairé » (D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, livre 6, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 376).

Malgré son caractère désuet, le législateur ne sonne pas le glas de l'existence de ce mode de preuve. Le serment décisoire est maintenu tandis que les dispositions actuelles ne sont guère modifiées. Les raisons qui ont présidé à son maintien sont explicitées en ces termes « D'une part, cela permet au juge et aux parties de continuer à l'utiliser s'ils l'estiment opportun. D'autre part, le serment est visé dans d'autres dispositions qui n'ont pas été modifiées »²⁶⁰.

Le serment estimatoire est supprimé²⁶¹. La jurisprudence est, en effet, muette sur son application. En outre, le législateur préfère privilégier, pour la fixation de la valeur, une appréciation *ex æquo et bono* qu'une confiance aveugle²⁶².

Une définition du serment est désormais livrée à l'article 8.1, 12^o. Il s'agit d'« une déclaration solennelle d'une partie devant un juge, par laquelle elle affirme la véracité de ses allégations ».

Les notions de serment « décisoire » et de serment « déferé d'office par le juge » employées aux articles 1357 et s. de l'ancien Code civil se retrouvent à l'article 8.33 qui distingue selon que le serment est déferé, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre l'issue du litige ou qu'il est déferé d'office par le juge à l'une des parties.

1. Serment décisoire

88. Régime juridique, champ d'application et caractère définitif. — L'article 8.34 prévoit que « Le serment décisoire peut être déferé sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de cause. Celui à qui le serment est déferé et qui le refuse ou ne veut pas le référer, ou celui à qui il a été référé et qui le refuse, succombe dans sa prétention ».

Le champ d'application du serment est précisé à l'article 8.35. Le serment « ne peut être déferé que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Il peut être référé par celle-ci, à moins que le fait qui en est l'objet ne lui soit purement personnel ».

L'article 8.36 confère au serment un caractère définitif : « La partie qui a déferé ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'autre partie a déclaré qu'elle est prête à faire ce serment ».

89. Force probante. — La force probante est réglée à l'article 8.37 aux termes duquel,

« Le serment ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déferé et de ses héritiers et ayants cause, ou contre eux.

» Le serment déferé par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.

» Le serment déferé au débiteur principal libère également les cautions.

» Le serment déferé à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs.

» Le serment déferé à la caution profite au débiteur principal.

» Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déferé sur la dette principale, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement ».

L'article 1363 qui dispose que « Lorsque le serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté » disparaît. La règle du maintien au civil des effets d'un faux serment emportait, en effet, des conséquences absurdes. À l'avenir, une partie ne pourra plus demeurer tenue au civil par les effets d'un faux serment²⁶³.

2. Serment déferé d'office

90. Notion, champ d'application et valeur probante. — Le serment peut également être déferé d'office par le juge. Dans cette hypothèse, il ne pourra être référé à l'autre partie (article 8.38).

Pour pouvoir déferer le serment sur la demande d'une partie ou l'exception opposée à celle-ci par l'autre partie, le juge devra vérifier, conformément à l'article 8.39, « que la demande ou l'exception n'est pas complètement prouvée ou n'est pas totalement dénuée de preuves ».

La valeur probante du serment sera, par ailleurs, laissée à l'appréciation du juge (article 8.38).

9 Dispositions transitoires²⁶⁴

91. Entrée en vigueur de la loi. — L'article 63 de la loi fixe son entrée en vigueur « le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui au cours duquel elle a été publiée au *Moniteur belge* », soit le 1^{er} novembre 2020.

Néanmoins, les articles 8.15, alinéa 2, et 8.26, § 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, qui ont trait respectivement aux actes notariés reçus sous forme dématérialisée et aux copies dématérialisées des actes notariés, entreront en vigueur à une date à fixer par arrêté royal, en application de l'article 26 de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses.

92. Application immédiate et absence d'effet rétroactif. — Aucune disposition spécifique n'étant prévue en termes de droit transitoire, il faut se référer aux règles de droit commun. Tandis que l'article 2 du Code civil régit toutes les matières et, notamment, les règles de preuve qui sont liées au fond du droit, l'article 3 du Code judiciaire s'intéresse aux règles de procédure.

En vertu de ces articles, la loi nouvelle sera d'application immédiate, après son entrée en vigueur²⁶⁵. La loi nouvelle ne peut toutefois rétroagir. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi nouvelle s'appliquera non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés²⁶⁶. La preuve des faits juridiques sera régie par la loi nouvelle²⁶⁷.

La question de savoir si les règles du droit de la preuve (charge de la preuve, admissibilité...) sont des règles de fond ou des règles de procédure divise toutefois la doctrine²⁶⁸. Quoi qu'il en soit, tandis que la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle issue de l'article 2 du Code civil connaît une exception en matière contractuelle, le principe d'application immédiate de la loi nouvelle aux procès en cours de l'article 3 du Code judiciaire est également tempéré en présence de preuves préconstituées et de présomptions légales. Les exceptions se recoupent largement.

93. Première exception : survie de la loi ancienne en matière contractuelle. — Une première exception au principe d'application immédiate de la loi que l'on rattache à l'article 2 du Code civil existe en matière contractuelle. La règle de survie de la loi ancienne propre au domaine contractuel prédomine. Elle pourra trouver un terrain d'élection en matière de preuve²⁶⁹. Les dispositions supplétives du livre 8 ne

(260) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 36.

(261) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 37.

(262) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 51.

(263) Projet de loi portant insertion

du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 37.

(264) La question du droit transitoire est complexe et mériterait des développements bien plus longs. Nous renvoyons donc le lecteur, pour le surplus et les nuances, à la contribution suivante : F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve : droit transitoire », in D. Mougenot (coord.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, Limal, Anthemis, novembre 2019, à paraître.

(265) Voy. sur le principe d'application immédiate, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire - Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 123 et s.

(266) Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, p. 1678 ; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, p. 1115.

(267) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 26. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL,

Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire - Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 129.

(268) G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 201-205 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire - Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 167 et s. (269) M. PLANIOL, *Traité élémentaire*

s'appliqueront donc pas aux contrats nés sous l'empire de la loi ancienne. L'ancien régime des articles 1315 et suivants de l'ancien Code civil continuera à régir ces relations contractuelles²⁷⁰.

Par exception à l'exception, la loi nouvelle retrouvera toutefois son empire en présence de dispositions d'ordre public ou impératives ou lorsque la loi prévoit expressément son application aux conventions en cours²⁷¹.

Au rang des dispositions impératives qui seront donc d'application immédiate, on peut citer les dispositions relatives aux effets probatoires attachés à la facture²⁷², aux actes authentiques²⁷³, et à la preuve de l'engagement unilatéral de payer²⁷⁴.

De même, la survie de la loi ancienne ne s'appliquera pas, selon G. Closset-Marchal, aux pouvoirs conférés au juge dans l'exécution des contrats²⁷⁵. Les pouvoirs des parties doivent, en effet, être distingués de ceux du juge²⁷⁶ qui relèvent davantage des lois de procédure (article 3 Code judiciaire). Il n'est donc pas incongru de penser que les règles nouvelles en matière de renversement de la charge de la preuve pourront s'appliquer aux procès en cours même si ces derniers concernent des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

94. Deuxième exception : les modes de preuve préconstitués et les conséquences que la loi tire de certains faits en établissant des présomptions. — Il est enseigné que la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle aux procès en cours ne s'applique pas lorsque la loi établit un régime de preuves préconstituées ou qu'elle a elle-même tiré des conséquences de certains faits en établissant des présomptions²⁷⁷. Les travaux préparatoires confirment l'exception.

D'une part, la loi ancienne reste d'application aux modes de preuve préconstitués²⁷⁸. Ainsi, un mode de preuve constitué sous le régime de la loi ancienne restera régi par celui-ci, par exemple pour déterminer sa validité.

D'autre part, la nouvelle loi ne s'appliquera pas aux présomptions attachées à certains faits sous l'empire de la loi ancienne, pour autant que ces faits soient survenus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il est d'ailleurs précisé à l'article 75, dernier alinéa de la loi du

13 avril 2019 que « l'article 8.22, 3^o, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1^{er} du présent article ». Partant, les incapacités autres que le décès et antérieures à l'entrée en vigueur du projet ne pourront entrer en considération pour donner date certaine à l'acte juridique²⁷⁹. Seuls les faits survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'avant-projet pourront être pris en compte.

95. Conclusions. — Même s'il n'est pas exclu de trouver, dans une introduction générale au droit, les principes du droit de la preuve, ce dernier figure souvent à la fin de l'étude du droit des obligations. Dans le cadre de la réforme, le législateur lui consacre d'ailleurs un livre 8 placé en queue de fourgon.

L'avant-dernier wagon du Code civil s'est toutefois finalement désolidarisé du convoi pour prendre la pole position. C'est, en effet, du livre 8 qu'est sortie la fumée blanche annonçant la création du nouveau Code civil.

Les enjeux de la réforme, bien qu'elle n'emporte pas de révolution copernicienne, sont importants. La loi ne se limite pas uniquement à codifier à droit constant la jurisprudence de la Cour de cassation, mais innove à maints égards. Les dispositions qui permettent au juge de renverser la charge de la preuve, l'extension de la preuve libre aux actes unilatéraux et l'adaptation des dispositions à l'ère numérique ne sont que quelques illustrations des avancées qui méritent d'être saluées.

Amputée des autres livres du Code civil²⁸⁰, la réforme fait malheureusement pâle figure. Gageons que la rame actuellement composée d'une seule et unique locomotive tractera rapidement les autres wagons et notamment les livres 3 et 5 dont les travaux sont les plus aboutis. *Les convoyeurs attendent*²⁸¹...

Florence GEORGE
Chargée de cours à l'UNamur
Avocate

de droit civil, t. I^{er}, *Principes généraux*, 3^e éd., Paris, Librairie Cotillon, 1904, pp. 96-97 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 284-285.

(270) P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 360-367.

(271) Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, p. 1678 ; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, p. 1115. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 129 et s.

(272) Article 8.11, § 4.

(273) Article 8.17.

(274) Article 8.21.

(275) L'exemple donné par le professeur G. Closset-Marchal vise l'article 1231 du Code civil et le pouvoir de modération des clauses pénales (G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire - Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 129).

(276) G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire - Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 129.

(277) P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz, 2008, n^o 54 ; G. CLOSSET-

MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 205-206 ; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Kluwer, 2011, p. 19.

(278) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 26.

(279) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, pp. 38-39.

(280) Les coordinateurs de la réforme se veulent toutefois rassurant : « une modernisation du droit de la

preuve et du droit des biens est parfaitement possible indépendamment de la modernisation préalable du droit des obligations » et « les projets relatifs au droit des biens et au droit de la preuve constituent des parties autonomes, qui peuvent être adoptées indépendamment du projet de droit des obligations » (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/005, pp. 39 et 41).

(281) Film de Benoît Mariage réalisé en 1999.