

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le projet de réforme du droit de la preuve civile

Hubin, Jean-Benoît

Published in:
Le pli juridique

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Hubin, J-B 2019, 'Le projet de réforme du droit de la preuve civile', *Le pli juridique*, numéro 47, pp. 10-15.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le projet de réforme du droit de la preuve civile

Le 31 octobre 2018, le Gouvernement belge a déposé à la chambre un projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil. Ce projet, qui s'inscrit dans le contexte plus large de la modernisation du Code civil initié par l'actuel ministre de la Justice, concrétise les travaux entamés en 2017 par les trois experts composant la Commission ministérielle du droit de la preuve. Il a pour principal objectif de codifier le droit actuel et de le rendre plus accessible et plus clair. S'il confirme – et parfois explicite – les principes essentiels sur lesquels repose notre système probatoire (charge et objet de la preuve, modes de preuve admissibles, prééminence de l'écrit signé, caractère supplétif du régime légal, etc.), le projet modifie néanmoins en profondeur la formulation actuelle des dispositions du Code civil. Celles-ci étaient restées quasiment inchangées depuis 1804. Le projet de loi propose également d'intégrer certaines nouveautés dans le droit de la preuve.

Le présent exposé s'intéresse aux éléments du projet de réforme qui ont pour objectif, si celui-ci aboutit, de moderniser le Code civil en l'adaptant à l'évolution technologique et jurisprudentielle.

Au stade actuel, le projet de loi du 31 octobre 2018 fait toujours l'objet de discussions à la Chambre des représentants. S'il est adopté, le texte examiné dans cette contribution pourrait donc encore être amendé.

I. Le Code civil de 1804 à 2018

1. Le Code civil consacre une quarantaine d'articles au droit de la preuve. Ces dispositions sont restées étonnamment stables pendant plus de deux siècles, la plupart d'entre elles n'ayant jamais même été retouchées depuis 1804. En raison de cet immobilisme, et malgré l'effort d'actualisation réalisé tant par la doctrine que par la jurisprudence, le chapitre du Code civil consacré à la preuve apparaît aujourd'hui dépassé au regard des évolutions sociales, économiques et technologiques.

Ces changements ont contribué à rendre certaines dispositions désuètes. À titre d'exemple, le Code civil consacre une section entière au serment judiciaire¹, alors qu'il est désormais extrêmement rare de voir les cours et tribunaux appliquer ces dispositions. De même, l'article 1333 accorde toujours un statut probatoire particulier aux tailles². Ce mode de preuve n'est pourtant plus usité depuis de nombreuses décennies.

1 Art. 1357 à 1369.

2 Les tailles sont un mode de preuve résultant « de la constatation de fournitures usuelles répétées par des encoches réalisées dans deux morceaux de bois » (D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, liv. 2, 2012, p. 174).

Le Code civil s'avère par ailleurs inadapté au contexte technologique actuel. Il consacre, en effet, très peu de dispositions aux modes de preuve produits par voie électronique. Les quelques passages traitant, çà et là, de l'usage des nouvelles technologies, apparaissent comme des initiatives isolées, qui visent à satisfaire aux exigences du droit européen. Le Code civil souffre de l'absence d'un régime général et cohérent couvrant tous les aspects de la preuve par voie électronique, ce qui peut contribuer à une certaine forme d'insécurité juridique.

Enfin, certaines controverses sont apparues en marge du Code civil. Elles ont été alimentées par la jurisprudence et par la doctrine, sans recevoir jusqu'à présent de consécration légale. On songe, par exemple, à la problématique de l'utilisation en justice de modes de preuve obtenus de manière illicite³, ou encore à certaines questions liées à la charge de la preuve. Le Code civil reste jusqu'à présent muet quant aux solutions qu'il y a lieu d'apporter à ces controverses, ce qui a ouvert la voie à un important contentieux et au développement de principes prétoriens.

II. Les prémisses d'une réforme

2. Bien qu'elles soient loin de refléter l'importance des évolutions que la société a connues depuis 1804, quelques retouches ont été apportées au droit de la preuve civile ces dernières années. Cependant, plutôt que de revoir les dispositions du Code civil, le législateur belge a principalement opté, jusqu'à présent, pour l'adoption de législations spécifiques, qui doivent se combiner avec celui-ci, ce qui contribue à complexifier la matière.

3. C'est tout d'abord dans le domaine des nouvelles technologies que le législateur s'est attelé, depuis le début des années 2000, à moderniser le droit de la preuve.

Dans le cadre de la transposition de la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁴, dont l'article 9 imposait aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique », le législateur belge a adopté la règle selon laquelle « 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 ». Ce principe est aujourd'hui inscrit à l'article XII.15 du

3 Voy. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 127-176.

4 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.

Code de droit économique (en abrégé, « CDE »)⁵. Il est inspiré de la théorie des équivalents fonctionnels, en vertu de laquelle une exigence de forme ne se définit pas par référence à un procédé déterminé, mais au regard des fonctions qu'elle permet de remplir⁶. 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.

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 faut donc s'y reporter chaque fois que l'on cherche à rapprocher un procédé électronique d'une formalité imposée à titre probatoire.

4. Poursuivant son entreprise d'harmonisation en vue de favoriser les échanges par voie électronique, l'Union européenne a adopté le règlement eIDAS, en 2014. Cet instrument a pour but de renforcer la confiance des citoyens et des entreprises européennes dans l'utilisation des transactions électroniques⁷. Le règlement eIDAS définit différents procédés électroniques qui peuvent être utilisés à des fins probatoires. Il s'agit de la signature électronique, du cachet électronique, de l'horodatage électronique, du recommandé électronique et du document électronique. Le règlement proclame un principe de non-discrimination applicable à chacun de ces procédés électroniques, en vertu duquel ceux-ci ne peuvent être déclarés irrecevables en tant que preuves en justice pour le simple motif qu'ils se présentent sous une forme électronique. Dépasant le principe de non-discrimination, le règlement eIDAS attache également un principe d'assimilation ou une présomption légale à ces procédés électroniques lorsqu'ils satisfont à différentes exigences, en particulier lorsqu'ils sont produits en ayant recours à des services de confiance qualifiés⁸.

Le chapitre du Code civil consacré au droit de la preuve n'envisage pas l'usage de ces différents procédés électroniques en tant que modes de preuve. Actuellement, il faut donc faire le détour par le règlement eIDAS et par l'article XII.15 du Code de droit économique pour

connaître leur force probante. Seul le concept de signature électronique se voit consacrer une reconnaissance par le Code civil, à l'article 1322. La loi du 20 octobre 2000⁹ a intégré un alinéa dans cette disposition qui traite de l'acte sous seing privé, selon lequel « 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 ».

L'article 1322, alinéa 2, du Code civil est difficile à articuler avec les principes du règlement eIDAS¹⁰. Il impose, en effet, au juge belge de vérifier deux conditions lorsqu'il entend donner la valeur d'une signature à un ensemble de données électroniques : s'assurer que ces données peuvent être imputées à une personne déterminée et qu'elles établissent le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. La deuxième condition est vivement critiquée, en ce qu'elle semble 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 signé¹¹. Dans le monde papier, la signature n'a aucune incidence sur l'intégrité de l'acte. Cette fonction de maintien de l'intégrité est, par contre, assurée par certaines formes de signatures électroniques, en particulier la signature électronique qualifiée – qui repose sur la technique de la cryptographie asymétrique, dont la fonction de hachage permet de garantir l'intégrité du fichier signé –, mais il paraît excessif d'en faire une caractéristique de la signature dans l'univers électronique, comme c'est le cas actuellement. Ceci a pour conséquence d'exclure certains procédés électroniques du statut de signature, alors qu'ils pourraient peut-être remplir les fonctions d'identification et d'adhésion qui la caractérisent. On songe, par exemple, à la 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.

5. Une deuxième modification guidée par l'avènement des nouvelles technologies a été apportée, à l'article 1334 du Code civil, par la loi du 21 juillet 2016¹². Dans le régime du Code civil, 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 original.

5 La règle figurait à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003). Elle a été reprise à l'article XII.15 du CDE à l'occasion de l'adoption de la 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^{er} et XV du CDE (*M.B.*, 14 janvier 2014).

6 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.

7 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.

8 Un service de confiance est « 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 [...] » (art. 3, 16°, 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.

9 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.

10 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*, *op. cit.*, pp. 170-172.

11 Voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A./O.R.*, 2011, p. 238 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 219.

12 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 transactions 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 CDE 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^{er}, XV et XVII du CDE, *M.B.*, 28 septembre 2016.



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

L'importance de la copie dématérialisée est accentuée par 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. Afin de tenir compte de cette évolution, l'article 1334 a été complété d'un alinéa 2 par la loi du 21 juillet 2016. 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 qualifié. Pour appréhender la notion de service d'archivage électronique qualifié, il y a lieu de se rapporter à l'article I.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 papier.

6. Parallèlement à la timide entrée de l'électronique dans le droit de la preuve, une autre évolution récente du Code civil a trait à la question de la preuve dans les relations commerciales. Progressivement, et toujours sous l'influence du droit européen, le concept de « commerçant » a cédé la place à celui d'« entreprise » dans la législation belge. La notion d'entreprise a une portée plus large que celle de commerçant¹³. Elle a pour vocation de couvrir toutes les entités actives sur le plan économique¹⁴.

Dans le cadre de ce mouvement, le Code de commerce a été abrogé, par étapes, et certaines de ses dispositions ont progressivement intégré le Code de droit économique.

À la suite du démantèlement du Code de commerce, la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises¹⁵ a intégré au Code civil les règles de preuve qui avaient trait au droit commercial. Celles-ci sont reprises à l'article 1348*bis* du Code civil.

Le législateur a maintenu un régime de preuve libre, affranchi du principe de la prééminence de la preuve écrite. Ce système de preuve s'applique désormais à l'égard de toute entreprise, quelle que soit son activité économique. Cette évolution était attendue depuis plusieurs années¹⁶. Elle a notamment eu pour effet de faire basculer les ques-

tions de preuve à l'égard des titulaires de professions libérales dans le régime de la preuve libre.

III. Le projet de réforme du droit de la preuve

7. Conscient que les quelques retouches apportées au droit de la preuve civile, dans et en dehors du Code civil, étaient insuffisantes, et que la matière nécessitait une initiative globale visant à lui donner plus de clarté et de cohérence, le Gouvernement belge a souhaité revoir en profondeur le chapitre du Code dédié à la preuve.

Dès le début de la présente législature, dans son exposé d'orientation politique¹⁷, le ministre de la Justice a annoncé vouloir procéder à une modernisation du droit civil, en vue de refléter les évolutions profondes qu'a connues notre société. Ceci incluait le domaine de la preuve. Fin 2016, il a réaffirmé qu'il considérait que le droit de la preuve était obsolète et qu'il n'était plus adapté aux développements technologiques¹⁸.

Dans un premier temps, les autorités politiques se sont attelées à créer une Commission de réforme du droit de la preuve, composée de trois experts¹⁹. Celle-ci a élaboré un projet de texte réformant les dispositions du Code civil en vigueur. Ce texte fut soumis à une consultation publique, à la suite de laquelle un projet de loi a été déposé au Parlement²⁰. Il compte trente-neuf articles. Conformément au mandat reçu par la commission de réforme, il vise à moderniser le droit de la preuve, en codifiant le droit actuel, tout en le clarifiant à certains sujets²¹.

Nous faisons le choix de présenter quatre axes du projet de réforme dans le cadre de cette contribution.

A. Abolition et modification des dispositions désuètes

8. S'il fait évoluer certains aspects du droit de la preuve, ce projet de loi n'a pas pour ambition d'imposer une révolution copernicienne à la matière. Ainsi, ses auteurs ont entendu conserver les principales caractéristiques de notre système de preuve civile. Le projet de loi veille néanmoins à actualiser celles-ci et à abroger certaines règles désuètes.

Parmi les modifications justifiées par l'évolution sociale, il est proposé de faire passer le seuil à partir duquel les actes juridiques doivent être prouvés au moyen d'un écrit signé à 3.500 euros²².

On relève par ailleurs que le projet suggère d'assouplir la formalité du « bon pour », telle qu'elle est actuellement

13 Sauf les exceptions mentionnées à l'article I.1, 1°, du CDE, qui vise « toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant, toute personne morale et toute autre organisation sans personnalité juridique ».

14 Projet de loi du 7 décembre 2017 de loi portant réforme du droit des entreprises, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 54-2828/001, p. 6.

15 *M.B.*, 27 avril 2018.

16 Voy. not. X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge », in C. DELFORGE (COORD.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, op. cit., p. 36.

17 Exposé d'orientation politique – Justice, 17 novembre 2014, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0020/018.

18 K. GEENS, *Le saut vers le droit de demain*, 6 décembre 2016, p. 58, www.koengeens.be/fr/policy/recodification.

19 Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

20 Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-3349/001.

21 *Ibid.*, p. 3.

22 Il est également suggéré de permettre au Gouvernement d'adapter ce seuil, à l'avenir, par l'adoption d'un arrêté royal.

prévue par l'article 1326 du Code civil. Si la mention « bon pour » ne doit plus être indiquée, l'article 8.21 du texte soumis à l'examen des parlementaires conserve toutefois une partie du formalisme de cette disposition. 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.

Enfin, les règles relatives à la force probante des registres domestiques et des tailles, et aux actes recognitifs et confirmatifs ne sont pas conservées. Il s'agit en effet de procédés qui ne sont plus utilisés dans la pratique. Par contre, le serment décisoire n'est pas supprimé. Il reste un mode de preuve inscrit dans le Code civil en dépit du fait qu'il ne soit plus que très rarement utilisé.

B. Clarification de certains concepts

9. Le texte actuellement à l'examen à la Chambre des représentants propose de clarifier différents concepts, afin de rendre le droit de la preuve plus accessible.

À ce titre, et à l'instar d'autres législations modernes – comme le Code de droit économique –, le premier article du projet contient une série de définitions utiles à la compréhension des règles ensuite exposées. Une définition est ainsi proposée pour chaque mode de preuve (aveu, serment, acte sous signature privée et acte authentique, témoignage et présomption de fait). Le projet de loi s'attelle également à définir les concepts de force probante²³ et de valeur probante²⁴, qui suscitent souvent des hésitations.

C. Preuve électronique

10. Comme cela a été précédemment annoncé, une des principales préoccupations des auteurs du projet de loi a consisté à moderniser le droit de la preuve, en ouvrant ses dispositions aux nouvelles technologies.

À cette fin, et suivant en cela l'exemple français²⁵, le texte présenté au Parlement propose une définition de différents termes, dont les notions d'« écrit », de « signature » et de « signature électronique ». L'écrit est présenté 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 ». 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 eIDAS.

Ces définitions mettent en évidence les fonctions de l'écrit – durabilité et intégrité – et de la signature – iden-

tification et adhésion. Elles respectent le principe de neutralité technologique²⁶, 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 futures.

11. L'écrit et la signature caractérisent l'acte sous signature privé, défini 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 contenu, et qui n'est pas un acte authentique ». L'article 8.18 précise expressément que tout acte sous signature privée fait foi entre ceux qui l'ont signé.

Si le projet de loi est adopté, les actes sous signature privée produits par voie électronique disposeront donc d'une force probante équivalant à celle des actes sous signature privée sur support papier. La règle figurant actuellement à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil n'est pas maintenue, de sorte qu'il n'y aura plus lieu, en cas d'acte signé au moyen d'une signature électronique, de s'assurer que le procédé utilisé établit le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. À l'avenir, tout document numérique muni d'une signature électronique pourra recevoir le statut d'acte sous signature privée, à condition que la signature électronique utilisée permette d'identifier son auteur et de manifester sa volonté. Si le procédé électronique utilisé emprunte la forme d'une signature électronique qualifiée, 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 si les fonctions d'identification et d'adhésion sont rencontrées par le procédé utilisé. Ceci devrait permettre à certains écrits électroniques, qui doivent actuellement être 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, du Code civil –, d'accéder au statut d'actes sous signature privée. Ceci est de nature à renforcer la sécurité juridique attachée à l'usage d'écrits électroniques signés.

12. Dans le texte déposé au Parlement, il est par ailleurs proposé d'assouplir la formalité des originaux multiples en vue de tenir compte de la formation des contrats par voie électronique.

La formalité des originaux multiples imposée par l'article 1325 du Code civil s'accommode difficilement du contexte des échanges dématérialisés, où l'acte écrit est produit en un seul exemplaire. L'article 8.20 du texte en projet 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.

13. Si le Code civil s'ouvre à l'usage des nouvelles technologies, tous les procédés électroniques ne se voient pas

23 La force probante est définie comme « 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 ».

24 La valeur probante est « la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge ».

25 Ordonnance n° 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.

26 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*, op. cit., p. 126).



reconnaître une force probante dans le projet de loi du 31 octobre 2018.

Ainsi, la réforme en préparation donnait l'occasion de préciser le statut de l'horodatage électronique. Selon la définition proposée à l'article 3.33 du règlement eIDAS, il s'agit d'un procédé électronique qui associe des données électroniques à d'autres données électroniques à un instant particulier, en vue d'établir la preuve que ces dernières données existaient à cet instant. Ce moyen, qui ne connaît pas d'équivalent dans l'environnement papier, permet de conférer une date et une heure précises à un fichier électronique. En vertu de l'article 41 du Code de droit économique, les techniques d'horodatage électronique bénéficient d'un principe de non-discrimination. De plus, l'horodatage électronique qualifié confère 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.

Dans sa version actuelle, le Code civil ignore l'usage des techniques d'horodatage électronique. L'article 1328 du Code civil, qui permet de conférer date certaine à un acte sous seing privé vis-à-vis des tiers, limite la datation de l'acte à trois hypothèses : lorsqu'il a fait l'objet d'un enregistrement, en cas de décès d'une des personnes l'ayant souscrit et dans l'hypothèse où sa substance serait constatée dans un acte dressé par un officier public.

Le projet de loi déposé à la Chambre propose d'élargir le champ d'application de ces trois hypothèses, sans toutefois faire de l'horodatage électronique un mode de datation certaine des actes sous signature privée. L'horodatage électronique pourra néanmoins être utilisé à titre d'élément probant chaque fois que la preuve peut être rapportée de manière libre.

14. Enfin, il est proposé de ne pas changer le statut probatoire des copies, à l'exception des copies produites par la voie d'un service d'archivage électronique qualifié. À cet effet, l'article 8.25 en projet stipule 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 ». Le texte poursuit en précisant que, « dans tous les autres cas, la copie constitue une présomption de fait ou, le cas échéant, un commencement de preuve par écrit ». L'option prise par les auteurs du projet de ne pas revoir le statut juridique 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 »²⁷.

D. Charge de la preuve

15. Les auteurs du projet de loi sont également revenus sur la problématique de la charge de la preuve, qui a récemment connu d'importants développements jurisprudentiels.

27 Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 32.

Dans un arrêt du 25 juin 2015²⁸, la Cour de cassation a jugé, en ce qui concerne la charge de la preuve de l'exécution du devoir d'information, que c'est au débiteur de ce devoir d'information – en l'espèce, un avocat – qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation, et non à son client de prouver le fait négatif selon lequel l'information requise ne lui a pas été donnée. Cette décision a été abondamment commentée²⁹. Ses enseignements sont en effet susceptibles de s'appliquer au devoir d'information et de conseil dans toutes les relations contractuelles et, si c'est le cas, de constituer un revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui considérait jusqu'alors qu'il appartenait au créancier du devoir d'information de démontrer qu'il n'avait pas reçu celle-ci³⁰.

S'agissant de cette question de la charge de la preuve, le projet de loi déposé au Parlement réaffirme la règle selon laquelle, d'une part, « celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent » et, d'autre part, « celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

16. En principe, selon l'article 8.5 du projet de loi, 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 »³¹.

L'article 8.6 du texte en projet prévoit cependant que « celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait ». De même, 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. La preuve par vraisemblance implique qu'il existe des éléments sérieux accréditant, de manière objective, les allégations qu'il y a lieu de prouver et que les alternatives n'apparaissent pas vraisemblables³².

17. Enfin, le projet de loi contient une disposition inédite, qui autorise le juge à renverser la charge de la preuve, dans certaines circonstances, et moyennant un jugement spécialement motivé. Il est en effet prévu, à l'article 8.4

28 Cass., 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1753.

29 Voy. not. F. GLANSBORFF, « Devoir de l'avocat d'informer son client quant au bénéfice de l'aide juridique », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219 ; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, pp. 352-367 ; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, pp. 1665-1669 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.*, 2016, pp. 655-661 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 115-147.

30 Voy. Cass., 10 décembre 2004, *Ann. jur. crédit*, 2005, p. 19 ; Cass., 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168 ; Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

31 Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

32 *Ibid.*, p. 17.

du texte soumis aux parlementaires, que « 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 ».

L'exposé des motifs du projet de loi présente quelques hypothèses dans lesquelles cette règle pourrait être appliquée. Il vise notamment le cas où il existe un déséquilibre important entre parties (dû à un rapport de force économique disproportionné par exemple) dans l'aptitude à rapporter la preuve d'un élément.

Le fait d'exiger du juge qu'il adopte un jugement « spécialement motivé », en cas de renversement de la charge de la

preuve, a pour but de réduire les risques d'arbitraire dans l'application de cette disposition.

Ainsi, le projet de loi à l'examen opère une clarification de la problématique de la charge de la preuve, tout en conférant au juge un important pouvoir d'appréciation dans l'arbitrage de la charge de la preuve et dans l'identification du degré de preuve à atteindre.

Jean-Benoît HUBIN

Juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles
Collaborateur scientifique à l'UNamur

L'avocat et les témoins

Évolution des normes déontologiques

I. Règle traditionnelle

Dans notre pays, la règle déontologique fut longtemps solidement ancrée et ne faisait l'objet d'aucune discussion : l'avocat doit s'abstenir de tout contact avec les témoins.

Cette règle est approuvée par la doctrine traditionnelle.

Pierre Lambert¹ énonce cette interdiction en ces termes :

« Les traditions de l'Ordre interdisent formellement à l'avocat d'entrer en rapport avec les témoins. Cette prohibition s'explique notamment par le danger auquel s'exposerait l'avocat d'être soupçonné d'influencer les témoins et d'égarer le cours de la justice. »

A. Braun et Fr. Moreau² relaient cette même certitude.

« Dans ses rapports avec les témoins, l'avocat doit s'abstenir d'avoir le moindre contact pour éviter qu'on ne puisse le soupçonner de les influencer. »

La règle de l'interdiction figure toujours dans le Code de déontologie des avocats³. Elle est toujours reprise dans l'article 7.16 ainsi rédigé :

« L'avocat s'abstient de tout contact avec un tiers appelé ou susceptible d'être appelé à témoigner dans une cause dont il est chargé. »

Le *Recueil des règles professionnelles 2019* du barreau de Bruxelles⁴ commente, en son paragraphe 986, les principes applicables comme suit :

« Les principes qui gouvernent les rapports de l'avocat avec les témoins sont les suivants :

- l'avocat doit, par souci de la recherche de la vérité et par respect de ceux qui sont appelés à coopérer à l'exercice de la justice, s'abstenir de toute relation avec les témoins appelés à déposer dans une cause dont il est chargé [...] ; il manque de façon particulièrement grave à ses devoirs en adressant à des témoins des lettres pouvant apparaître comme contenant une menace ou un moyen de pression ;
- l'avocat doit s'abstenir aussi de correspondre ou de conférer avec les témoins qui doivent être entendus dans les affaires qui lui sont confiées. Il ne doit pas être soupçonné d'avoir cherché à influencer leurs dépositions ;
- il est toutefois admis qu'un avocat écrive à un témoin en vue de le convoquer à l'enquête, mais pareille lettre doit être strictement limitée à l'essentiel de ce qu'on retrouve dans une dénonciation à témoins par huissier, c'est-à-dire les extraits essentiels du jugement ordonnant l'enquête et la convocation du témoin à y assister. L'avocat doit s'abstenir scrupuleusement de toute autre appréciation [...]. »

1 P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 694.

2 A. BRAUN et Fr. MOREAU, *R.P.D.B.*, Complément, t. VI, 1983, v° « La profession d'avocat », p. 596.

3 Code rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012 de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique et publié au *Moniteur belge* du 17 janvier 2013.

4 Nouvelle édition mise à jour par Michel Vlies, François Bruyns, Geofroy Cruysmans et Marc Dal, Anthemis.

