

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le contexte et l'objectif de la réforme

Mougenot, Dominique

*Published in:*

La réforme du droit de de la preuve

*Publication date:*

2019

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2019, Le contexte et l'objectif de la réforme. Dans *La réforme du droit de de la preuve*. Commission Université-Palais, Numéro 193, Anthemis, Liège, p. 7-14.

### 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.

# 1

## LE CONTEXTE ET L'OBJECTIF DE LA RÉFORME

**Dominique MOUGENOT**

juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut  
maître de conférences invité à l'UNamur et l'UCLouvain

### Sommaire

---

Section 1	
La nécessité d'une réforme	8
Section 2	
Le déroulement de la réforme	10
Section 3	
Le sort réservé à la preuve légale	11

« Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare ; et lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante : on y doit observer tant de solennités et apporter tant de précautions que le peuple en conclue naturellement que les lois sont bien saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger ».

MONTESQUIEU, *Lettres persanes*.

## Section 1

### La nécessité d'une réforme

**1. Les irréparables outrages du temps...** Les auteurs du Code civil ont fait preuve d'une verve dithyrambique à l'égard de leur œuvre. Ainsi Félix Bigot de Préameneu écrit : « le Code Napoléon est une espèce d'arche sainte pour laquelle nous donnerons aux peuples voisins l'exemple d'un respect religieux »<sup>1</sup>. Si le propos prête à rire aujourd'hui, il est néanmoins le reflet de la vénération que beaucoup d'auteurs français ont vouée à leur Code.

Un siècle plus tard, même si certains ne tarissaient toujours pas d'éloges à l'égard du monument du droit civil, des voix parfois très discordantes ont vu le jour. Elles critiquaient l'inadaptation du Code aux réalités du moment. Au sujet de la célébration du centenaire du Code civil en Belgique, un auteur note : « sous prétexte de fêter un souvenir grandiose, on n'a fait qu'énumérer les imperfections, les défauts, les lacunes que ce souvenir évoquait, ou bien on a exalté le mérite des modifications apportées au Code Napoléon ! [...] J'affirme avoir entendu des profanes au sortir de la réunion qui marquaient leur étonnement que l'on songeât à commémorer une œuvre dont n'avait dit que du mal »<sup>2</sup>.

Deux siècles après 1804, le catalogue des imperfections et des lacunes s'était encore allongé. Marcel Fontaine écrit à ce sujet : « Un juriste étranger non averti, qui voudrait aborder l'étude de notre droit des obligations par une première lecture des articles 1101 à 1369 du Code civil, s'étonnerait à coup sûr en croyant découvrir qu'en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, les droits français et belge ignorent des thèmes aussi importants que les négociations précontractuelles, le processus dynamique de formation des contrats (offre, acceptation), l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale pour inexécution, les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, les clauses abusives, l'abus de droit, ou encore la cession de dette et la cession de contrat »<sup>3</sup>. Si le constat de l'inadaptation du Code civil de 1804 était criant, le professeur Fontaine n'était toutefois pas très confiant quant aux possibilités d'une réforme : « Dans le cadre belge, toutefois,

<sup>1</sup> Exposé des motifs de la loi du 3 septembre 1807, cité par BELTJENS, *J.T.*, 1904, p. 369.

<sup>2</sup> J. ADRIAN, « Encore le centenaire du Code Napoléon », *J.T.*, 1904, p. 494.

<sup>3</sup> M. FONTAINE, « Les obligations contractuelles : 1804-1904-2004 et l'avenir... », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, n° 25, p. 13.

la tâche paraît insurmontable. L'élaboration d'un code des obligations contractuelles est une œuvre de longue haleine, qui appelle la mobilisation durable de très nombreuses compétences. Le contexte n'est plus propice à de tels projets, particulièrement au niveau fédéral »<sup>4</sup>.

**2. ...aussi en matière de preuve.** Le droit de la preuve n'échappait pas à ce constat désenchanté. On y trouve des pièces de musée, dont peu de monde connaît encore l'origine ou le régime : les tailles<sup>5</sup>, les registres et papiers domestiques, les actes recognitifs et confirmatifs... Même le serment a pratiquement disparu des chroniques de jurisprudence. En ce qui concerne le serment décisoire en particulier, peu de plaideurs oseraient encore faire dépendre l'issue du procès de la conscience ou de la bonne foi de leur adversaire. Le seuil en dessous duquel la preuve est libre n'a pas été modifié depuis 1990. Tout au plus, le montant de 15.000 francs belges a-t-il été converti en euros (375 euros) en 2000<sup>6</sup>. Certains articles étaient mal rédigés, comme l'article 1348, qui mélangeait des hypothèses d'impossibilité de rédaction d'un écrit et des hypothèses de perte d'un écrit original, ou l'article 1342, qui faisait dépendre l'application ou non de la preuve légale du montant de la demande en justice et non du montant de l'acte servant de base à l'action. Certaines matières étaient touffues et controversées, telles que la preuve des parties contre les tiers, à défaut de dispositions légales spécifiques.

Les lacunes étaient aussi perturbantes que les textes mal rédigés. On ne trouvait que peu de définitions, dont aucune définition de concepts aussi fondamentaux que l'écrit et la signature. Aucune disposition légale concernant le caractère supplétif de la preuve, l'objet de la preuve, le degré de la preuve à rapporter... C'est la jurisprudence qui a fixé le régime précis de la charge de la preuve ou de la preuve des faits négatifs.

En matière commerciale, il fallait consulter simultanément le Code civil et le Code de commerce pour avoir une idée globale des règles applicables. Les dispositions étaient rédigées en termes tellement généraux que le lecteur était bien en peine de se faire une idée du régime juridique dans cette matière. Des règles aussi importantes que celles régissant la preuve mixte (entre particulier et commerçant) étaient absentes de la loi.

En revanche, en matière de preuve électronique, le cap a été franchi et depuis longtemps. La signature électronique a été introduite dans notre droit par les lois des 20 octobre 2000<sup>7</sup> et 9 juillet 2001<sup>8</sup> et l'écrit électronique par la

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 27, p. 14.

<sup>5</sup> Les tailles sont des encoches pratiquées sur un bâton pour compter des opérations. Elles sont mentionnées dans le chapitre relatif à la preuve littérale !

<sup>6</sup> Et la modification antérieure datait de 1948.

<sup>7</sup> Loi introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire.

<sup>8</sup> Loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

loi du 11 mars 2003<sup>9</sup>. Ces dispositions étaient issues de directives européennes et la transposition en droit belge a parfois été maladroite. Ainsi, la doctrine déplorait la rédaction peu heureuse de l'article 1322, définissant les conditions de la signature électronique en droit civil<sup>10</sup>.

En matière de preuve aussi, il y avait donc du travail.

## Section 2

### Le déroulement de la réforme

**3. Une réforme ambitieuse.** Dans un premier temps, les faits ont donné raison au professeur Fontaine. Le constat des imperfections du Code civil n'a rencontré aucune volonté politique de réforme. Ce n'est que dix ans plus tard qu'il s'est trouvé un ministre prêt à remettre le vénérable Code sur le métier.

Dans l'accord de gouvernement du 10 octobre 2014, il n'est encore question que de filiation ou de régimes matrimoniaux. Tout au plus le gouvernement annonce-t-il que : « d'autres parties du droit civil sont devenues obsolètes et source de confusion, de sorte qu'entre autres le droit de la vente de biens mobiliers pourra faire l'objet d'une simplification et d'une harmonisation »<sup>11</sup>. Un an plus tard, le ton est tout différent. Sous le titre « profonde réforme du Code civil », le ministre de la Justice Koen Geens écrit : « D'importantes parties du droit civil sont devenues obsolètes et source de confusion. Diverses profondes modifications au Code civil, qui visent à en faire un code moderne et transparent, sont en préparation. À cet effet, six groupes de travail composés d'experts en la matière ont été mis en place. Ces groupes de travail se penchent respectivement sur une réforme en profondeur du droit des contrats, du droit de la preuve, du droit de la responsabilité, du droit des affaires, du prêt et des garanties personnelles. Dans un second temps, on abordera les autres contrats que les contrats précités »<sup>12</sup>. Cette fois, le chantier était réellement lancé<sup>13</sup>. En fait, seuls quatre groupes de travail furent constitués, coordonnés par les pro-

<sup>9</sup> Loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

<sup>10</sup> J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in C. Delforge (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 89 et s.; H. JACQUEMIN, « La preuve électronique et les services de confiance », in *Pas de droit sans technologie*, coll. CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 73; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 275; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 218; B. DE GROOTE, « Elektronische handel », in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht, deel 1, Ondernemingsrecht*, vol. B, Malines, Kluwer, 2011, pp. 1743 et s.; E. MONTERO, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *D.A.O.R.*, 2011, p. 238; E. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 55. Voy. aussi la contribution d'E. Vanstechelman au présent ouvrage.

<sup>11</sup> Accord de gouvernement, p. 126, disponible à l'adresse : [www.premier.be/sites/default/files/articles/Accord\\_de\\_gouvernement\\_-\\_Regeerakkoord.pdf](http://www.premier.be/sites/default/files/articles/Accord_de_gouvernement_-_Regeerakkoord.pdf).

<sup>12</sup> Note de politique générale – justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1428/008, p. 44.

<sup>13</sup> E. DIRIX et P. WÉRY, « Pour une modernisation du Code civil », *J.T.*, 2015, p. 625.

fesseurs Wéry et Dirix. Ces groupes étaient chargés de préparer des projets de réforme du droit des obligations, du droit des biens, du droit de la responsabilité civile et du droit de la preuve.

Le travail de rédaction est passé par une étape inédite en Belgique : une consultation publique fut organisée<sup>14</sup>. Entre décembre 2017 et janvier 2018, les textes en projet furent rendus accessibles sur le site web du S.P.F. justice et tout intéressé, qu'il soit académique ou simple praticien du droit civil, put en prendre connaissance et formuler des observations. Des centaines de remarques furent ainsi récoltées et soumises aux rédacteurs du projet. Ce fut l'occasion de tester la faisabilité des solutions imaginées par les experts.

Le processus de rédaction des quatre projets fut mené à terme. Pour des motifs multiples toutefois, notamment la fin chaotique de la législature, marquée par la démission du gouvernement, seul le projet de réforme du droit de la preuve alla jusqu'au bout du parcours législatif.

**4. Le nouveau Code civil.** Le nouveau droit de la preuve est consacré par une loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve »<sup>15</sup>. Qu'on ne s'y trompe pas, l'événement est symbolique et dépasse de loin le droit de la preuve : un nouveau Code civil est né, même s'il ne comporte encore qu'un seul livre. L'article 2 de cette loi précise : « à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi [soit le 1<sup>er</sup> novembre 2020], le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé "ancien Code civil" ». D'un trait de plume, le Code Napoléon prend un coup de vieux et se voit relégué au rang d'antiquité.

## Section 3

### Le sort réservé à la preuve légale

**5. La preuve légale remise en question.** La formule célèbre de Montesquieu citée en épigraphe invite à faire preuve de prudence avant de modifier un texte légal. Et telle était bien la visée de cette réforme. Il ne s'agissait pas de faire table rase du passé et de créer un nouveau droit civil. « La désublimation de la loi nous amène donc à nous contenter de codifications à droit constant, à n'avoir qu'un "idéal codificateur rétréci" »<sup>16</sup>. Il n'en reste pas moins que le groupe de travail s'est posé une question fondamentale : fallait-il maintenir la primauté de la preuve écrite en droit civil ? On sait en effet que, depuis 1804, la preuve des actes juridiques devait par principe être rapportée par un écrit signé préconstitué.

<sup>14</sup> E. DIRIX et P. WÉRY, « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017, p. 705.

<sup>15</sup> *M.B.*, 14 mai 2019.

<sup>16</sup> P. MARTENS, « L'évolution de la codification en Belgique », *J.T.*, 2004, pp. 450-451.

**6. Multiplicité des régimes en droit comparé.** Si les pays du Code civil se démarquent de leurs voisins par la rigidité du système d'encadrement légal de la preuve civile, ils ne constituent pas pour autant un îlot de formalisme dans un océan de liberté. On observe, parmi les pays européens, différents régimes plus ou moins organisés. La France, la Belgique et le Luxembourg ne sont pas les seuls à limiter le recours à la preuve testimoniale pour la preuve des actes d'une certaine valeur. Par exemple, l'Italie<sup>17</sup>, la Grèce<sup>18</sup> et l'Espagne<sup>19</sup> connaissent également de telles restrictions, à des degrés divers. L'argument du droit comparé n'était donc pas déterminant pour conclure à la nécessité du rejet du système de preuve légale. En outre, aucun des deux autres pays utilisant le Code Napoléon (France et Luxembourg) n'a abandonné ce système ou n'envisagé de l'abandonner.

**7. Absence de courant doctrinal en faveur d'une réforme.** Les partisans déclarés de la preuve libre généralisée sont peu nombreux<sup>20</sup>. À l'inverse, plusieurs auteurs ont clairement milité pour le maintien du *statu quo*<sup>21</sup>. Jacques Normand traduit assez adéquatement ce constat : « Il est préférable de consacrer, dès aujourd'hui, un état de fait rationnellement vraisemblable que d'avoir, demain, à l'issue d'une discussion épuisante, à tenir pour exact ce qui est sans doute aussi incertain »<sup>22</sup>. Ou encore, de manière plus lapidaire, la formule de Montesquieu : « Le repos des familles et de la société repose non seulement sur ce qui est juste mais aussi sur ce qui est fini »<sup>23</sup>.

Dans la doctrine récente, Pierre Van Ommeslaghe conseille expressément le maintien du régime légal, moyennant certains assouplissements<sup>24</sup>. Benoît Samyn<sup>25</sup> et Bart Cattoir<sup>26</sup> exposent les avantages et inconvénients des deux systèmes mais ne prennent pas position.

**8. La pratique des tribunaux en matière commerciale.** La méfiance du législateur à l'égard de la preuve testimoniale se traduit, en droit commercial,

<sup>17</sup> G. VERDE, « La preuve en droit italien », in J.-M. Lebre de Freitas (éd.), *Le droit de la preuve dans l'Union européenne*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 281. Voy. aussi art. 2721 Codice civile.

<sup>18</sup> G. ORFANIDES, « Das Beweisrecht in Griechenland », in *Le droit de la preuve dans l'Union européenne, op. cit.*, p. 234.

<sup>19</sup> M. SERRA DOMINGUES, « La preuve dans le procès civil espagnol », in *Le droit de la preuve dans l'Union européenne, op. cit.*, p. 390. Voy. aussi art. 51 Código de comercio.

<sup>20</sup> S. FREDERICQ, « L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai d'une solution pragmatique », *Rev. trim. dr. comm.*, 1962, pp. 209 et s., n° 19 ; dans une moindre mesure : J.-Fr. LECLERCQ, « Essai d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'U.L.B., 1983, pp. 338 et s., n° 95.

<sup>21</sup> J.-L. MOURALIS, n° Preuve, *Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n° 1078 et s. ; Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur le Code judiciaire », *Pasin.*, 1967, p. 462, col. 2 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 36.

<sup>22</sup> J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 306.

<sup>23</sup> Cité par G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1993, n° 4.

<sup>24</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1631.

<sup>25</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 5 et s.

<sup>26</sup> B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2013, n° 45 et s.

où la preuve est libre, en méfiance des juges<sup>27</sup>. La preuve par témoins reste donc globalement peu utilisée pour la preuve des conventions, même là où elle est autorisée. En droit commercial, l'écrit reste le mode de preuve privilégié des actes juridiques. S'il est vrai que la preuve par présomptions est régulièrement utilisée en cette matière, le fossé entre droit civil et droit commercial n'est pas aussi large qu'il pourrait sembler à première vue.

**9. Inutilité de la preuve libre pour résoudre les problèmes du commerce électronique.** Lorsque la doctrine a commencé à se pencher sur les instruments de preuve sur support électronique, elle a éprouvé beaucoup de difficultés à les faire entrer dans les schémas classiques du Code civil. Parmi les différentes solutions proposées pour dépasser cette difficulté figurait la libéralisation de la preuve en droit civil<sup>28</sup>. L'impossibilité de qualifier un document électronique comme acte sous seing privé n'aurait pas empêché l'utilisation de ce document comme preuve, si la preuve littérale n'était plus le mode de preuve quasi exclusif des actes juridiques.

Toutefois, les législateurs belge et européen ont choisi une voie différente en mettant en place une réglementation spécifique de la signature et de l'écrit électroniques, qui permet d'admettre l'existence de véritables actes sous seing privé électroniques. Dès lors, la libéralisation de la preuve apparaissait moins urgente.

**10. Risque de réactions en chaîne.** Les règles du droit civil de la preuve constituent le socle du droit de la preuve dans d'autres disciplines (assurances, droit fiscal, droit social...). Supprimer le régime légal actuel risquait d'avoir des conséquences imprévues dans d'autres domaines du droit.

En outre, l'écrit est expressément exigé pour la preuve de nombre de contrats (transaction, assurance, société, certaines clauses de contrat de travail, vente et prêts à tempérament...). La libéralisation du droit de la preuve n'aurait eu aucun impact sur ces réglementations, puisqu'elles s'appliquent aussi très largement aux entreprises (avec parfois des controverses).

Cela ne signifiait pas que le régime actuel ne doive pas être assoupli et simplifié. Le reproche principal qui lui était adressé était sa rigidité et sa complexité. Des solutions pouvaient être recherchées sur ce terrain, sans pour autant « jeter le bébé avec l'eau du bain ». De tels aménagements devaient rendre le régime

<sup>27</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, n° 1633.

<sup>28</sup> Fr. CHAMOIX, *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, Paris, Litec, 1979, pp. 89 et 93. C'est aussi le système prôné par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation du 11 décembre 1981 (recommandation n° R(81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques, art. 1, 1) : « Le Comité des ministres recommande aux gouvernements des États membres dont la législation impose la preuve par écrit pour les actes dont la valeur dépasse le minimum fixé par la loi d'examiner la possibilité de supprimer cette exigence ». Le texte est repris dans M. ANTOINE, M. ELOY et J.-Fr. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du CRID, n° 7, Bruxelles, Story Scientia, 1992, p. 219.

légal d'autant plus admissible et faisaient perdre de l'intérêt à la libéralisation de la preuve.

Il faut se garder d'avoir une vue caricaturale de la situation : il n'y a pas un système (la preuve légale) qui serait juridiquement sûr mais profondément injuste et un autre (la preuve libre) qui serait totalement imprévisible mais plus proche de la vérité. La réalité est bien plus complexe et nuancée.

La vérité, comme le dit Jacques Normand (*supra*), n'est pas nécessairement plus couronnée de succès dans un système de preuve libre que dans la preuve légale. Le problème tient aux limites de l'instruction du dossier dans notre système judiciaire. Le monde judiciaire belge n'est pas prêt à recourir à des procédures d'auditions de témoins et de recherches de documents, comme dans les systèmes de *common law*, avec les pertes de temps et le coût astronomique qu'engendrent ces mécanismes. Ce n'est que moyennant un investissement massif des juges dans la recherche des preuves<sup>29</sup> que la preuve libre garantirait effectivement une meilleure connaissance de la vérité dans les procédures. Dans beaucoup de dossiers commerciaux, les éléments de preuve produits spontanément par les parties sont insuffisants pour statuer en pleine connaissance de cause, de telle sorte que ni preuve légale ni preuve libre ne sont des systèmes efficaces pour établir l'existence des actes juridiques avec certitude. Seules les règles de la charge de la preuve permettent alors de statuer, par des décisions qui sont probablement frustrantes pour les parties, parce que très éloignées du réel, mais permettant de mettre un terme rapidement au litige.

La réforme a-t-elle réussi son objectif d'assouplissement ? L'analyse qui suit dans cet ouvrage fournira des éléments de réponse.

<sup>29</sup> Auquel le système judiciaire est moins que jamais prêt à consentir, vu la rédaction actuelle de l'article 875bis du Code judiciaire, qui impose au juge la plus grande réserve possible dans le choix des mesures d'instruction.