

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La réforme du droit de la preuve

George, Florence; Hubin, Jean-Benoît

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Hubin, J-B 2019, La réforme du droit de la preuve. dans F George, B Havet & A Pütz (eds), *Les grandes évolutions du droit des obligations* . Anthemis, Limal, pp. 179-220.

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.

La réforme du droit de la preuve

Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur

Avocate

Jean-Benoît HUBIN

Juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles

Collaborateur scientifique à l'UNamur

Introduction

1. Une réforme d'une actualité brûlante. Le droit de la preuve peut apparaître pour certains comme le parent pauvre du droit des obligations. Son enseignement – souvent limité à quelques heures – demeure rattaché à cette discipline juridique¹ sans qu'une attention particulière ne lui soit généralement portée. Pourtant, dans la pratique judiciaire, le droit de la preuve revêt une importance majeure, en ce qu'il oriente souvent l'issue du procès.

L'adoption toute récente du projet de réforme du droit de la preuve lui permet aujourd'hui de tirer son épingle du jeu. Alors même que l'insertion d'un livre 5 intitulé «Les obligations» dans le Code civil n'a toujours pas été évoquée à la Chambre, 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. Le droit de la preuve est donc sous le feu des projecteurs et reçoit le privilège d'inaugurer le nouveau Code civil.

2. Le constat de départ: un code désuet. Les articles consacrés par le Code civil au droit de la preuve sont restés étonnamment stables pendant plus de deux siècles. La plupart d'entre eux n'ont d'ailleurs jamais été amendés depuis 1804.

¹ X. THUNIS, «Le régime général de l'obligation: de la tutelle à l'émancipation», dans le présent ouvrage, n° 2.

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 est apparu dépassé au vu des évolutions sociales et économiques². On pense notamment aux articles qui régissent le serment ainsi que les actes recognitifs et confirmatifs.

Le Code civil s'avère par ailleurs inadapté au contexte technologique actuel. Il ne consacre en effet que très peu de dispositions aux modes de preuve produits par voie électronique. Les quelques modifications éparses qui ont émaillé la matière apparaissent comme des initiatives isolées, qui répondent aux exigences du droit européen. L'absence d'un régime général et cohérent couvrant tous les aspects de la preuve par voie électronique dont souffre le Code civil a ainsi été maintes fois dénoncée par la doctrine.

Enfin, certaines controverses méritent d'être solutionnées au sein même du Code civil afin de mettre un terme à l'important contentieux qui s'est développé sur ces questions au rang desquelles figurent notamment les principes qui régissent la charge de la preuve.

3. Le constat de départ: de timides avancées législatives. Bien qu'elles soient loin de refléter l'importance des évolutions qu'a connues la société depuis 1804, quelques retouches ont été apportées au droit de la preuve civile ces dernières années. Ces retouches ont toutefois été opérées, pour la plupart, en marge du Code civil, via des législations spécifiques qui doivent se combiner avec celui-ci. Nous verrons ci-après dans quelle mesure la transposition de la directive 2000/31 sur le commerce électronique³, le Règlement eIDAS⁴ ainsi que les lois du 20 octobre 2000⁵, du 21 juillet 2016⁶ et du 15 avril 2018⁷ ont contribué à complexifier la lisibilité du droit de la preuve.

² Voy. K. GEENS, *Le saut vers le droit de demain*, 2016, pp. 58-59, disponible à l'adresse <https://www.koengeens.be/fr/policy/recodification>.

³ 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, J.O., 17 juillet 2000.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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 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.

⁷ Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, M.B., 27 avril 2018.

4. La genèse de la réforme. 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 politique⁸, 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 technologiques⁹.

Cette idée de réformer le Code civil a ensuite fait progressivement son chemin.

Un arrêté ministériel du 30 septembre 2017¹⁰ portant création des commissions de réforme du Code civil a tout d'abord été adopté. Conformément à l'article 2 de l'arrêté, une commission spécifique a été chargée d'élaborer une proposition de réforme du droit de la preuve. Elle était présidée par le Professeur D. Mougnot et composée, outre son président, de deux experts à savoir MM. Benoît Allemeersch et Wannas Vandebussche.

Le projet de réforme du droit de la preuve n'est donc pas une initiative isolée. Il s'inscrit, au départ, dans un cadre beaucoup plus large de réforme globale du Code civil. Les chantiers entrepris par le ministre visent également le droit des biens, le droit de la responsabilité civile et le droit des obligations.

5. Remise des textes, consultation publique et avis du Conseil d'État. Fin de l'année 2017, trois des commissions instituées (droit des obligations, droit de la preuve et droit des biens) ont terminé leur avant-projet de réforme. Une consultation publique a été organisée sur le site du SPF Justice jusqu'au 1^{er} février 2018¹¹.

Les différents avant-projets ont ensuite emprunté des voies séparées. Tandis que les avant-projets de réforme du droit des obligations, du droit de la preuve et du droit des biens ont été soumis à l'avis du Conseil d'État¹², il n'en

⁸ Exposé d'orientation politique – Justice, 17 novembre 2014, *Doc. parl.*, 2014-2015, Ch. 54-0020/018.

⁹ K. GEENS, *Le saut vers le droit de demain*, 6 décembre 2016, p. 58, www.koengeens.be/fr/policy/recodification.

¹⁰ Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, M.B., 9 octobre 2017.

¹¹ <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. JADOU, « 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.

¹² G. FRUY, « Le point sur la réforme du Code civil », *Les pages*, 2018, n° 28, p. 2.

a pas été de même pour le projet afférent au droit de la responsabilité civile, qui a connu une évolution plus lente. Les rescapés ont connu encore par la suite des sorts différents. Seuls les projets de réforme du droit des biens et du droit de la preuve ont été déposés à la Chambre dans un premier temps¹³. L'avant-projet de réforme du droit des obligations est resté au départ sur le carreau¹⁴.

6. Course contre la montre et adoption de la réforme *in extremis*. La crise politique de décembre 2018 n'augurait rien de bon pour l'avenir des deux projets toujours en lice. Malgré plusieurs mois de *statu quo*, le projet de réforme du droit de la preuve est revenu finalement au-devant de la scène courant du mois de mars 2019 et a été adopté en commission.

Dans la foulée de l'adoption du nouveau Code des sociétés et des associations, ce fut ainsi au tour de la réforme du droit de la preuve de refaçonner *in extremis* le paysage juridique. La loi a été adoptée en séance plénière le 4 avril 2019. Elle demeure cependant amputée d'une partie d'elle-même puisque tant la réforme du droit des obligations que celles du droit de la responsabilité civile et du droit des biens ne sont malheureusement pas sorties indemnes des nombreux aléas politiques de la fin de la législature.

Alors que l'on s'attendait à une adoption en bloc des livres 3, 5 et 8 du Code civil, l'agenda politique en a finalement décidé autrement. C'est la raison pour laquelle on a assisté, en bout de course, à 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" »¹⁵. La création du Code civil devait initialement intervenir avec l'adoption du livre 5. Ce dernier n'ayant finalement pu voir le jour, c'est au projet « preuve » que fut conféré l'honneur de créer ce nouveau Code civil¹⁶.

¹³ Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3348 et Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001.

¹⁴ On notera toutefois le dépôt le 3 avril 2019 sous la forme d'une proposition de loi du projet de réforme du droit des obligations (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3709).

¹⁵ Amendement n° 1 du Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/002, p. 2.

¹⁶ Un autre amendement fut déposé et précise les livres dont est composé le Code civil, à savoir :

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.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/002, p. 4).

7. Structure du livre 8. Le livre 8 du nouveau Code civil comporte 39 articles, répartis en 3 chapitres. Le premier chapitre intitulé « Dispositions générales » introduit un certain nombre de définitions et rappelle les principes essentiels du droit de la preuve. Le deuxième chapitre est centré sur la distinction entre le régime de la preuve libre et celui de la preuve réglementée, et énumère les exceptions au principe de la preuve réglementée. Enfin, le troisième chapitre détaille les règles s'appliquant aux différents modes de preuve.

8. Plan. Si elle fait évoluer certains aspects du droit de la preuve, la 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. La loi veille néanmoins à actualiser celles-ci, et à abroger certaines règles désuètes.

Dans un premier temps, nous analysons les modifications substantielles apportées par les auteurs de la réforme au droit de la preuve (section 1). Nous revenons ensuite sur les modifications plus ciblées voulues par la commission et entérinées par le législateur (section 2). Les clarifications et simples remises en ordre seront ensuite évoquées dans un chapitre subséquent (section 3). À cette occasion, notre regard se portera aussi sur les dispositions abrogées par la loi. Nous dirons enfin quelques mots du droit transitoire (section 4).

Section 1

Les modifications substantielles

9. Aperçu. La grande tête d'affiche de la réforme réside sans aucun doute dans les nouvelles dispositions relatives à la charge de la preuve et, plus spécialement, les pouvoirs dévolus au juge dans l'arbitrage de cette question (sous-section 1). Au rang des modifications substantielles, on dénombre également un changement de paradigme au niveau du système de la preuve réglementée (sous-section 2). L'augmentation du montant au-dessus duquel l'écrit est exigé et les modifications apportées aux anciens articles 1341 et s. du Code ne sont pas négligeables, au vu de l'impact que ces mesures sont susceptibles d'avoir sur les litiges de faible valeur (sous-section 3). Le régime des exceptions à la preuve par écrit n'est, de surcroît, pas épargné par la réforme (sous-section 4). Enfin, le législateur n'a pas manqué de saisir l'occasion d'adapter le Code civil aux évolutions technologiques en proposant de nouvelles définitions de l'écrit et de la signature d'une part (sous-section 5) et en adaptant plusieurs dispositions à l'environnement numérique d'autre part (sous-section 6).

Sous-section 1

La charge de la preuve

10. Contextualisation. La charge de la preuve a récemment connu d'importants développements jurisprudentiels.

L'arrêt du 25 juin 2015¹⁷ fit en effet grand bruit en droit de la preuve. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide, 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 commentée et divise toujours actuellement la doctrine¹⁸ et la jurisprudence¹⁹. Certains y ont en effet vu une évolution 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-ci²⁰. La Cour de cassation a toutefois récemment censuré une décision de la Cour d'appel d'Anvers qui avait décidé, s'agissant du devoir d'information d'un prestataire de soins déduit de la norme générale de prudence, que la charge de la preuve incombait à ce dernier²¹. Cet arrêt a été prononcé sur conclusions conformes de l'Avocat général, qui s'est attelé à souligner que l'affaire faisant l'objet du pourvoi en cassation concernait un cas de responsabilité extracontractuelle, et à faire la distinction avec l'hypothèse où le devoir d'information découle

¹⁷ Cass., 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1753.

¹⁸ Voy. notamment F. GLANSDORFF, « 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. Voy. aussi V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 7-38; C. CORNELIS, « The story continues: de bewijslast inzake informed consent van de patiënt », *R.D.S.*, 2017-2018, note sous Civ. Flandre occidentale, div. Bruges, 7 juin 2016, pp. 57-62; M.-A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15374.

¹⁹ Voy. en droit médical, Civ. Bruxelles (fr.), 29 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note G. GENICOT; Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, obs., *R.G.D.C.*, 2017, p. 424; Anvers, 21 novembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 32, note C. LEMMENS; Anvers, 21 décembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 36; Civ. Flandre occidentale, div. Bruges, 7 juin 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 54, note C. CORNELIS; Civ. Liège, div. Liège, 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15279.

²⁰ 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. Voy. également l'arrêt récent du 11 janvier 2019 qui censure la décision de la Cour d'appel d'Anvers qui avait décidé que la charge de la preuve incombait au prestataire de soins (Cass., 11 janvier 2019, C. 18.0210.N, www.juridat.be).

²¹ Cass., 11 janvier 2019, C. 18.0210.N, www.juridat.be.

d'une obligation contractuelle. La controverse relative à la charge de la preuve du devoir d'information, lorsqu'il résulte d'une obligation contractuelle, ne semble donc pas éteinte.

La réforme 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 l'allocation de celle-ci et dans l'identification du degré de preuve à atteindre. Ces règles figurent au sein de la section 4, chapitre premier, lequel s'attache aux dispositions générales du nouveau droit de la preuve.

11. Réaffirmation d'un principe fondateur. S'agissant de cette question de la charge de la preuve, l'article 8.4, alinéas 1 et 2, réaffirme – tout en toilettant sa formulation – la règle inscrite actuellement aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire 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 ».

Afin de déterminer l'ampleur de ce qui doit être prouvé par chacune des parties, il est utile de rappeler que celui qui cherche à faire valoir une prétention doit exclusivement prouver les faits et les actes qui fondent celle-ci. Il n'est pas tenu prouver que le droit qui fonde cette prétention existe toujours au moment où il en demande l'exécution. C'est à l'autre partie qu'il appartient de démontrer les actes ou les faits susceptibles de la libérer de son obligation²².

12. Théorie du risque de la preuve et principe de collaboration à l'administration de la preuve. La théorie du risque de la preuve bien ancrée en jurisprudence fait son entrée dans le Code. Elle figure à l'article 8.4, alinéa 4, et permet de déterminer qui assume le risque de la preuve et succombe en cas de doute persistant. La disposition prévoit qu'en cas de doute, celui sur qui repose la charge de la preuve succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement.

Le principe de collaboration à l'administration de la preuve acquiert également ses lettres de noblesse. Il est ainsi mis fin aux controverses liées au champ d'application de ce principe général de droit^{23,24}.

²² D. MOUGENOT, *La preuve*, Rép. not., Bruxelles, Larcier, 2012, n° 26.

²³ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 13 avec les références citées.

²⁴ En pratique, l'administration de la preuve et la charge de la preuve sont des questions qui se succèdent. Selon le Professeur Mougenot, « Dans la pratique, chacun aligne donc ses éléments de preuves. Si au terme de ce processus, le juge estime en savoir assez, il statue en se fondant sur les éléments qui lui paraissent probants et il importe peu de savoir sur qui pesait le fardeau de la preuve. La détermination de la charge de la preuve ne présente donc d'intérêt qu'à la fin des débats, si les éléments apportés par les parties ne permettent pas au

13. Pouvoirs du juge et répartition de la charge de la preuve. Le projet de loi contient par ailleurs une disposition inédite qui autorise le juge à équilibrer la charge de la preuve.

Il est en effet prévu, à l'article 8.4, alinéa 5, 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. 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».

Afin d'éviter les dérives que pourrait entraîner cette disposition innovante, les pouvoirs du juge sont clairement balisés. Tout d'abord, le juge ne pourra en faire usage qu'en motivant spécialement son jugement. Ensuite, seule l'existence de circonstances exceptionnelles justifie le recours à l'article 8.4, alinéa 5. 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. 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, suite aux remarques formulées par le Conseil d'État²⁵, dans le texte de loi²⁶. 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»²⁷.

D'un point de vue procédural, le juge ne pourra faire usage de cette disposition qu'après avoir entendu les parties. Si elles 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». Dès lors que cette mesure ne peut 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 subsidiaire, afin d'éviter une réouverture des débats qui interviendrait après plusieurs années de procédure.

14. Pouvoirs du juge et répartition de la charge de la preuve: applications. L'exposé des motifs nous livre quelques cas d'application de la règle inscrite à l'article 8.4, alinéa 5, du livre 8.

Ainsi, «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»²⁸. Partant, la disposition nouvelle pourra également «sanctionner de cette manière un refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve»²⁹. Les hypothèses de disparition des preuves due à l'écoulement du temps³⁰ sont également couvertes par l'article 8.4, alinéa 5.

On songe, par exemple, en matière d'obligation d'information et pour autant que l'on retienne la solution dégagée par la Cour de cassation en 2004 en matière de charge de la preuve³¹, au cas du médecin qui aurait perdu le dossier médical de son patient³².

Le cas, déjà rencontré en jurisprudence³³, du médecin généraliste s'étant débarrassé de tissu cutané sans les envoyer à un laboratoire pour analyse et devant faire face au décès de son patient pourrait également rentrer dans le giron de l'article 8.4, alinéa 5. En l'espèce, il s'était en effet avéré impossible

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 15.

³¹ Cass., 16 décembre 2004, C.03.0273.N, R.D.S., 2004-2005, p. 298. Rappelons toutefois que l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015, rendu dans des circonstances tout à fait étrangères au droit médical, a ravivé le débat de la charge de la preuve du devoir d'information du médecin. L'arrêt du 11 janvier 2019 a toutefois censuré la décision d'appel qui avait mis à charge du prestataire de soins la preuve de l'exécution de son obligation d'information (Cass., 11 janvier 2019, C.18.0210.N).

³² Voy. sur les applications limitées de cette disposition en droit médical, V. RONNEAU, «La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme», dans le présent ouvrage, n° 23. Les dispositions relatives au degré de preuve devraient généralement suffire à régler bon nombre de litiges.

³³ Civ. Anvers, 11 mars 2011, R.D.S., 2012-2013, p. 224, note Q. DE RAEDT. Cet arrêt fait peser la charge de la preuve sur le créancier de l'obligation d'information à savoir le patient.

juge de se former une opinion» (D. MOUGENOT, «La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?», D.A. O.R., 2006, pp. 310-311).

²⁵ 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>.

²⁶ Article 8.4, alinéa 5, *in fine*.

²⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

de déterminer si la faute du médecin avait engendré une perte de chance de survie du patient.

Comme l'indiquent encore les travaux préparatoires, «le juge pourra aussi tenir compte d'un déséquilibre important dans l'aptitude à la preuve, lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties».

15. Degré de preuve et preuve par vraisemblance. En principe, selon l'article 8.5, 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»³⁴.

L'article 8.6 du Code prévoit cependant, à titre d'exception, que «celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait». La jurisprudence de la Cour de cassation est ainsi entérinée³⁵.

Le législateur franchit même un pas de plus en étendant la preuve par vraisemblance à certains faits positifs. Ainsi, il est 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. Cette disposition pourrait notamment trouver à s'appliquer en matière de responsabilité du fait des choses. Lorsqu'une chose cause un dommage, la victime peut chercher à engager la responsabilité de son producteur ou de son gardien, sur la base de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ou de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. La victime doit alors établir soit le défaut, soit le vice de la chose, ce qui peut s'avérer extrêmement complexe et coûteux pour elle. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, «le juge ne peut légalement déduire du comportement d'une chose, l'existence d'un vice de celle-ci engageant la responsabilité de celui qui l'a sous sa garde que s'il exclut toute autre cause que le vice»³⁶. Cette nouvelle disposition pourrait tempérer cette jurisprudence et alléger le fardeau de la preuve reposant sur la victime.

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. 54-3349/001, p. 16.

³⁵ Cass., 26 nov. 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022.

³⁶ Cass., 9 février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 611; Cass., 24 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 442; Cass., 7 octobre 2016, R.G. n° C.15.0314.N.

Suite aux remarques formulées par le Conseil d'État³⁷, le législateur prend le soin d'apporter les éclairages suivants : «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»³⁸. Cette manière de chiffrer le degré de certitude à atteindre est assez surprenante.

Sous-section 2

L'articulation des règles de preuve libre et de preuve réglementée

16. La structure adoptée dans le chapitre 2 du livre 8. La structure du chapitre 2 qui traite de l'admissibilité des modes de preuve se décompose désormais en deux sections. La première renvoie aux dispositions générales qui traitent à la fois de la preuve libre et de la preuve réglementée. La seconde s'attache à détailler les exceptions au principe de la preuve légale.

17. Le maintien du système de la preuve réglementée? Les travaux préparatoires précisent expressément que «Le régime actuel de la preuve légale est maintenu»³⁹. On aurait dès lors pu s'attendre à ce que la preuve libre 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) érigeait en effet le système de la preuve libre en véritable «principe»⁴⁰. On constate que l'actuel article 8.8, même s'il adopte l'intitulé plus sobre de «Preuve libre» sans plus utiliser le vocable de «Principe», ménage toujours une place privilégiée à la preuve libre. Il dispose que «Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve».

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 assoupli⁴¹, le libellé de l'article 8.8 ne semble pas totalement accréditer ce point de vue. Il faut par ailleurs reconnaître qu'en augmentant le plafond du régime de la preuve libre à 3 500 euros et en étendant le principe

³⁷ 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>. On notera que l'intitulé de l'article a été revu.

³⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 17.

³⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.

⁴⁰ Voy. l'intitulé «Principe» de l'article 8.7 (devenu entre-temps l'article 8.8) consacré à la preuve libre, lequel intitulé ne se retrouve plus dans la version de l'avant-projet déposé à la chambre des représentants.

⁴¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.

de la preuve libre à tous les actes juridiques conclus entre ou avec des entreprises, le législateur a désormais donné une place prépondérante à ce régime dans le contentieux judiciaire.

Selon qu'il est appréhendé comme un « principe » ou une « exception », le système de la preuve réglementé souffre, en tout état de cause, de nombreuses « dérogations » qui seront perçues soit comme des « exceptions au principe », soit comme des « exceptions à l'exception » (voy. *infra* n° 24 et s.).

Sous-section 3

La preuve réglementée et l'exigence d'un écrit

18. L'exigence d'un écrit: augmentation du plafond à 3 500 euros. L'article 8.9 du Code reproduit – tout en l'adaptant – le prescrit de l'ancien article 1341 du Code. Le plafond au-dessus duquel l'écrit est exigé passe de 375 à 3 500 euros⁴². Dans sa première mouture, l'avant-projet prévoyait un montant de 5 000 euros⁴³. Suite à la consultation publique, ce montant a cependant été rabaisé à 3 500 euros sans toutefois que la commission ne s'explique sur ce changement.

L'objectif reste évidemment le même. Il convient de ne pas « décourager le citoyen d'agir en justice et d'éliminer les entraves » afférentes aux plus petits dossiers. Le législateur entend également « faciliter la preuve dans les circonstances courantes, notamment entre conjoints »⁴⁴. Les protections offertes par le droit de la consommation restent, au demeurant, applicables⁴⁵.

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 législateur⁴⁶. Ce dernier a par contre réservé au Gouvernement la possibilité 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 ».

⁴² L'article précise clairement que si l'acte juridique porte sur une valeur égale à 3 500 euros, l'écrit est également exigé. On notera que cette précision ne figurait pas à l'article 1341 du Code.

⁴³ 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).

⁴⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, pp. 18-19.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Voy. l'article 170, 2° de la loi programme du 29 mars 2012 (*M.B.*, 6 avril 2012) qui prévoit un plafond de 5 000 euros 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 euros.

19. L'exigence d'un écrit: le 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 atteste la formulation paradoxale des anciens articles 1341 et s. du Code. Tantôt, l'article 1341 fait référence aux « choses excédant la valeur de », tantôt les articles 1343 et 1344 du Code renvoient à la notion de « demande ». 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.

Dans la première mouture du projet, on retrouve la même ambiguïté que celle qui figurait depuis 1804 dans le Code civil. Les notions d'« acte juridique portant sur une somme ou une valeur », d'« objet de l'acte », de « créance » ou encore de « demande » s'entremêlent à nouveau sans grande cohérence.

Ce désordre fut dénoncé par le Conseil d'État⁴⁷ qui invita la commission à revoir sa copie. L'avant-projet déposé à la chambre opte 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 »⁴⁸. 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, quant à lui, la notion d'« objet de l'acte ».

Cette notion d'« objet de l'acte » n'est toutefois pas si facilement saisissable. *Quid* en effet de la détermination 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 ? *Quid* en matière de vente : s'agit-il du prix à payer ou de la valeur réelle du bien ? La notion semble fuyante.

En témoigne d'ailleurs l'affirmation de P. Wéry selon laquelle « L'objet est une notion polysémique, qui peut s'entendre d'une manière abstraite ou, au contraire, concrète »⁴⁹. 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

⁴⁷ 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 », p. 11, <http://www.raadvst-consetat.be>.

⁴⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 23.

⁴⁹ P. WÉRY, *La théorie générale du contrat*, livre 1, *Les obligations*, t. IV, Rép. not., 2010, p. 395.

que le contrat a pour objet la naissance, le transfert ou l'extinction d'une obligation ou d'un contrat⁵⁰.

20. L'exigence d'un écrit et les contrats à prestations successives. Afin d'obvier aux difficultés mises en évidence par le Conseil d'État, les auteurs du projet ont adopté au sein de l'article 8.9 une disposition innovante qui a vocation à résoudre les difficultés que suscitent les contrats à prestations successives. La détermination de la valeur à prendre en considération dans ces contrats pouvait soulever de nombreuses discussions. En jouant avec la périodicité des paiements, il était en effet loisible aux parties de déjouer la règle de l'article 1341 du Code civil.

La solution imaginée par la commission a le mérite de la simplicité. Il est en effet prévu au paragraphe 3 de l'article 8.9, 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 ».

21. L'abandon des règles qui figuraient aux articles 1342 à 1346 du Code. Le législateur entend dans la version du projet déposée à la Chambre des représentants se délester des dispositions qui figuraient aux articles 1342 à 1346 du Code. Ces dispositions étaient, pour la plupart, censées faire rempart contre les tentatives de contournement de la règle de l'article 1341 du Code. Le demandeur pouvait en effet être tenté de déjouer la règle de l'écrit en restreignant sa demande, en la divisant ou en l'introduisant devant des juridictions différentes.

L'adaptation de ces articles prônée par la commission dans la première version de l'avant-projet créait toutefois plus de difficultés qu'elle n'en résolvait. Outre le caractère désuet et imprécis de ces dispositions⁵¹, ces dernières opéraient une confusion entre la valeur de l'acte juridique et le montant de la demande en justice. Leur abandon était donc 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 réglementée.

Le régime nouveau est dès lors sensiblement simplifié et allégé. Le paragraphe 2 de l'article 8.9 se contente de préciser que « En cas de demande en justice, la valeur à prendre en considération est celle de l'acte juridique qui fonde la demande ».

⁵⁰ P. WÉRY, *La théorie générale du contrat*, livre 1, *Les obligations*, t. IV, Rép. not., 2010, p. 395.

⁵¹ Voy. 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 », p. 11, <http://www.raadvst-consetat.be>.

22. L'impossibilité de déterminer l'objet de l'acte. Une dernière précision est ajoutée par le législateur et mérite également l'attention. Elle figure 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 et fera sans conteste l'objet de nombreux développements jurisprudentiels dans un avenir tout proche, dès lors qu'elle conduit à l'application d'un régime juridique plus favorable au demandeur.

23. L'exigence d'un écrit: la preuve contre ou outre l'écrit. La seconde règle de l'ancien article 1341 du Code civil est également réaffirmée à l'article 8.9, § 1^{er}, alinéa 3, du Code en ces termes: « 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 dès lors toujours exigé pour contrer ou compléter l'écrit.

Sous-section 4

Les exceptions à la preuve réglementée

24. Aperçu. Depuis toujours, le système de la preuve légale connaît de nombreuses limites et exceptions. L'article 1341 du 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 anciens articles 1347 et 1348 du 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 entreprises⁵².

Ces limites et exceptions subsistent dans le nouveau Code et sont rassemblées, dans un souci de lisibilité, au sein d'une même section⁵³. Une nouvelle exception est par ailleurs édictée par le législateur. Les actes juridiques unilatéraux échappent désormais à l'exigence de l'écrit. Nous y revenons dans les numéros subséquents.

⁵² Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, M.B., 27 avril 2018.

⁵³ Le caractère supplétif du droit de la preuve fait toutefois l'objet d'une disposition plus générale (article 8.2).

25. Les actes juridiques unilatéraux. L'article 8.10, alinéa 1^{er}, dispose que « 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'élargissement du système de la preuve libre aux actes juridiques unilatéraux, quelle qu'en soit la valeur, constitue une autre nouveauté de la réforme. Cette extension de la preuve est préconisée vu les difficultés, pour l'expéditeur, de produire l'original de l'acte unilatéral, lequel se trouve entre les mains de son destinataire⁵⁴.

La preuve du paiement est ainsi facilitée⁵⁵. Le recours à la quittance n'étant plus guère usité dans certains secteurs en tant que preuve du paiement, la modification mérite d'être saluée⁵⁶.

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 1326 du Code civil – remplacé par l'article 8.21 du Code – reste d'application. Le régime mis en place à l'article 8.21 est toutefois nettement assoupli. 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 maintient 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.

L'exemption qui bénéficiait toujours aux marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service est également abandonnée. Elle était d'ailleurs largement décriée par la doctrine moderne vu son caractère archaïque⁵⁷.

On relèvera encore que les termes de « reconnaissance unilatérale de dette » employés dans la première mouture du projet ont finalement été remplacés par la notion « d'engagement unilatéral de payer » afin d'éviter les confu-

sions⁵⁸. 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 gratuit.

26. La preuve entre et contre les entreprises. 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 neuf⁵⁹. Son extension à l'ensemble des entreprises est cependant bien plus récente. Il résulte de l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises⁶⁰ (voy. *infra* n° 44 et s.).

27. L'impossibilité de prouver. La règle de l'ancien article 1348 du Code civil est remplacée – et complétée – par l'article 8.12. du Code. Les cas d'impossibilité sont clairement distingués. Soit l'impossibilité est absolue car l'écrit n'a jamais existé (alinéa 1^{er} de l'article 8.12). Dans cette hypothèse, l'impossibilité de prouver peut consister en une impossibilité matérielle, morale ou qui résulte d'un usage. Soit l'impossibilité est relative, l'écrit ayant déjà existé mais ayant été perdu par force majeure (alinéa 2 de l'article 8.12.).

28. Le commencement de preuve par écrit. 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 ». Les enseignements tirés de l'article 1347 restent donc parfaitement valables.

29. La preuve 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 »⁶¹.

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

⁵⁵ 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 (dir.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 16-17.

⁵⁶ Initialement, l'alinéa 3 du futur article 8.10 prévoyait que « La preuve d'un paiement pouvait être rapportée par tous modes de preuve ». Cet article fut supprimé dès lors que le projet de réforme du droit des obligations disposait expressément en son article 5.268 que le paiement constitue un acte juridique unilatéral.

⁵⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2469; D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 244.

⁵⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 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 », pp. 13-14, <http://www.raadvst-consetat.be>.

⁵⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 25.

⁶⁰ M.B., 27 avril 2018.

⁶¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 25.

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'entreprise.

Le principe de la liberté de la preuve n'entrave toutefois nullement le principe de la relativité des conventions. Seuls les effets externes de la convention demeurent opposables aux tiers.

L'opposabilité de la date aux tiers reste également limitée aux hypothèses visées à l'article 8.22 du Code (voy. *infra* n° 50).

Sous-section 5

Les nouvelles définitions de l'écrit et de la signature

30. L'introduction de la théorie des équivalents fonctionnels en droit belge : rappels. Dans le cadre de la transposition de la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁶², 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 Code de droit économique⁶³. 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 remplir⁶⁴,⁶⁵. En vertu de ce principe, 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.

⁶² 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.

⁶³ 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 Code de droit économique 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 et XV du Code de droit économique (M.B., 14 janvier 2014).

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

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.

31. L'impact du règlement eIDAS. Poursuivant son entreprise d'harmonisation de la législation des États membres, 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 électroniques⁶⁶. 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 électronique⁶⁷. 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. Dépassant 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 un service de confiance qualifié⁶⁸.

32. La notion d'écrit électronique et l'indigence du Code civil. Le Code n'envisageant pas l'usage des nouveaux moyens de communication (mails, sms, messages instantanés...) en tant que mode de preuve, il faut actuellement faire le détour par le règlement eIDAS et par l'article XII.15 du Code de droit économique pour déterminer leur force probante.

33. La signature électronique et l'article 1322 du Code civil. Seul le concept de signature électronique s'est vu consacrer une reconnaissance par

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

le Code civil, à l'article 1322, alinéa 2. La loi du 20 octobre 2000⁶⁹ a en effet intégré un alinéa dans cette disposition qui traite de l'acte sous seing privé, prévoyant que «peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputées à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte».

L'article 1322, alinéa 2, du Code civil, s'est toutefois avéré difficile à articuler avec les principes du règlement eIDAS⁷⁰. 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 a été vivement critiquée, en ce qu'elle paraît imposer à la signature électronique une exigence supplémentaire par rapport aux fonctions attendues de la signature dans l'univers physique: celle du maintien de l'intégrité de l'acte signé⁷¹. En effet, dans le monde papier, la signature n'a aucune incidence sur l'intégrité de l'acte. Cette fonction de maintien de l'intégrité est en revanche 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.

L'attribution à la signature de cette fonction d'inaltérabilité a ainsi pour conséquence d'exclure certains procédés électroniques du statut de signature, alors que ces derniers remplissent les fonctions d'identification et d'adhésion qui la caractérise. Il suffit de songer 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. En l'état, ces procédés sont exposés à l'aléa de la preuve⁷².

34. L'apport de la réforme: la nouvelle définition de l'écrit et de la signature. 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.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Voy. E. MONTERO, «La signature électronique au banc de la jurisprudence», *D.A.O.R.*, 2011, p. 238; D. MOUGENOT, *La preuve*, Rép. not., t. IV, liv. II, 2012, p. 219.

⁷² H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 128.

À cette fin, et suivant en cela l'exemple français⁷³, le législateur propose une définition de différents termes, dont les notions d'«écrit», «signature» et «signature électronique». 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 eIDAS.

Ces définitions mettent en évidence les fonctions de l'écrit – durabilité et intégrité – et de la signature – identification et adhésion. Elles respectent le principe de neutralité technologique⁷⁴, 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.

35. Les liens avec la notion de support durable. La définition de l'écrit figurant à l'article 8.1, 1^o, est directement reprise de 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.

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 durabilité⁷⁵. 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 dans le livre 8 du nouveau Code n'utilise pas la notion de «support durable», qui figure à l'article I.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

⁷³ 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.

⁷⁴ 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).

⁷⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 6.

par l'accomplissement des formalités liées à l'exigence de l'écrit – souvent assimilé à l'écrit papier – par voie électronique⁷⁶. Elle désigne tout instrument qui a pour fonction de garantir la pérennité de l'information, de préserver son intégrité et d'assurer sa lisibilité⁷⁷. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, les fonctions de l'écrit et du support durable sont les mêmes, dès lors qu'il s'agit de deux solutions fonctionnellement équivalentes⁷⁸. Il est dès lors logique que les fonctions du « support durable » au sens de l'article I.1, 15°, du Code de droit économique, rencontrent celles attendues de l'écrit au sens de l'article 8.1, 1°, du nouveau Code civil.

36. La notion d'acte sous signature privée. 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 ». La modernisation va toutefois au-delà du simple toilettage terminologique.

L'acte sous signature privée, est désormais 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 »⁷⁹. L'article 8.18 précise expressément que tout acte sous signature privée fait foi entre ceux qui l'ont signé.

Partant, les actes sous signature privée produits par voie électronique disposeront donc d'une force probante équivalente aux 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 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 que les fonctions d'identification et d'adhésion sont rencontrées. Ceci devrait permettre à certains écrits électroniques, qui doivent actuellement être considérés

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ C.J.U.E., 5 juillet 2012, *Content Services*, C-49/11, n° 40.

⁷⁹ Article 8.1, 4°.

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. Cela est de nature à renforcer la sécurité juridique attachée aux écrits électroniques.

37. Application aux sms, e-mails, messages instantanés et autres formes de documents électroniques. – Les sms, les e-mails, les messages échangés dans le cadre d'un service de messagerie instantanée, ainsi que les publications sur des plateformes internet et forums de discussion, constituent des écrits au sens de l'article 8.1, 1°, pour autant que le procédé utilisé permette de préserver leur intégrité⁸⁰. Selon les travaux préparatoires, qui citent les exemples de l'e-mail et du sms, si le système électronique utilisé rend détectable toute modification au contenu du texte, par exemple s'il rend traçables d'éventuelles modifications, il rencontre cette exigence d'intégrité⁸¹. À défaut d'être signés, ces écrits pourront valoir à titre de présomption, voire de commencement de preuve par écrit s'ils rencontrent les conditions de l'article 8.1, 7°. S'ils sont pourvus d'une signature, ils pourront accéder au statut d'acte sous signature privée.

Les écrits électroniques sont rarement munis d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3, 12° du règlement eIDAS. D'autres procédés sont plus fréquemment utilisés en vue de signer ce type de message. Citons notamment le fait d'inscrire le prénom (ou une initiale) et le nom patronymique de l'auteur au bas du message électronique, ou de reproduire sa signature scannée sur celui-ci. Ces modes de signature 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° et 3°, du Code civil, le juge devra vérifier que celui-ci permet à son émetteur de s'identifier et de manifester son adhésion au contenu de l'acte. Si c'est le cas, le juge considérera que l'écrit électronique est signé et qu'on est en présence d'un acte sous signature privée. À défaut de reconnaître que le procédé utilisé constitue une signature, l'écrit électronique vaudra à titre de présomption ou de commencement de preuve par écrit.

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

⁸⁰ Cette solution était déjà admise par la jurisprudence s'agissant des sms et des e-mails. 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).

⁸¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 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 ».

adresse électronique, un compte utilisateur ou un téléphone portable offrent peu de garanties quant à l'identification de l'auteur du message⁸². 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 (voy. *infra* n° 40). 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 permettent⁸³, se limiter à invoquer celui-ci en tant qu'écrit non signé qui aurait valeur de commencement de preuve par écrit ou de présomption.

On pourrait, par ailleurs, 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 en effet liée à l'écrit envoyé et permet d'identifier son auteur. Il nous semble toutefois que cette solution ne puisse être accueillie. L'apposition d'une signature sur un écrit implique en effet une démarche volontaire du signataire, qui doit extérioriser sa volonté⁸⁴.

Enfin, au-delà des considérations figurant aux paragraphes précédents, il faut rappeler que, 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 original (voy. *infra* n° 38). Pour rencontrer cette exigence, dans le contexte des écrits électroniques, 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.

Sous-section 6

La prise en compte de l'environnement numérique

38. La copie dématérialisée et l'ancien article 1334 du Code civil.

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 original.

⁸² D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », in B. Fosséprez et A. Pütz (dir.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2013, p. 173.

⁸³ Par exemple entre entreprises ou pour rapporter la preuve d'un acte inférieur à 3 500 euros.

⁸⁴ Ceci ressort également de l'emploi du terme « tracés » à l'article 8.1, 2°.

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 pour la plupart des copies, et non 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 deuxième alinéa par la loi du 21 juillet 2016⁸⁵. 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 reporter à l'article L.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.

Ces apports sont repris par le législateur à l'article 8.25 du Code. Celui-ci 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 ». Ainsi, seules les copies produites par la voie d'un service d'archivage électronique qualifié bénéficient d'un statut probatoire spécifique. Le choix du législateur de ne pas revoir 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 »⁸⁶. La disposition nouvelle va toutefois un cran plus loin que l'ancien article 1334 puisqu'elle dispense la partie qui

⁸⁵ 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 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.

⁸⁶ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 32.

se prévaut d'une copie produite par archivage électronique qualifiée de devoir produire l'original.

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 dérogoatoires. Le statut des copies est en effet soumis à des règles spécifiques dans certains secteurs tels que la finance ou la sécurité sociale⁸⁷.

39. La formalité des originaux multiples. Le législateur profite également de cette réforme pour alléger la formalité des originaux multiples en vue de tenir compte de la formation de contrats par voie électronique.

La formalité des originaux multiples imposée par l'article 1325 du 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 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.

Le législateur codifie également à l'article 8.20 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 voie électronique.

40. La prise en considération de la signature électronique dans la procédure de vérification d'écriture. L'application de la procédure de vérification à l'écrit électronique, suite à un désaveu, ne va 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 doctrine⁸⁸. Plutôt que de revoir en profondeur la procédure de vérification d'écriture, le législateur a préféré botter en touche tout en se ménageant la possibilité de revoir sa copie⁸⁹. 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

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ D. MOUGENOT, *La preuve*, Rép. not., 2012, pp. 252-253.

⁸⁹ L'article 8.19 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 de leur auteur, ou déclarer qu'ils ne les connaissent pas. Dans ces cas, il y a lieu à vérification d'écriture conformément aux dispositions des articles 883 et suivants du Code judiciaire».

qualifiée)»⁹⁰. L'application de la procédure à ces actes n'est pas expressément exclue par le législateur qui se ménage une porte de sortie. Le texte nouveau ajoute en effet la précision «Sauf si la loi en dispose autrement» pour «faire référence aux possibilités limitées de contestation que ces formes de signature autorisent»⁹¹.

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

41. Le statut de l'horodatage électronique. Si le Code civil s'ouvre à l'usage des nouvelles technologies, tous les procédés électroniques ne se voient pas reconnaître une force probante dans le cadre de la loi nouvelle.

Ainsi, la réforme offrait 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 document 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.

La commission, dans la première mouture du projet, avait saisi la balle au bond en insérant l'horodatage électronique parmi les hypothèses qui confèrent à l'acte une date certaine à l'égard des tiers.

Les auteurs du projet ont toutefois décidé de faire marche arrière suite à la consultation publique.

Bien que la loi élargisse le champ d'application des trois hypothèses visées dans l'ancien article 1328 du Code civil (voir *infra* n° 50), le législateur refuse d'ériger l'horodatage électronique en un mode de datation certaine des actes sous signature privée. L'horodatage électronique disparaît du prescrit de l'article 8.22 aux motifs que même «si le règlement reconnaît effectivement une valeur importante à l'horodatage électronique qualifié, il ne s'agit pas à proprement parler d'une date certaine. Selon l'art. 41, al. 2, un horodatage électronique qualifié bénéficie "d'une présomption d'exactitude de la date et

⁹⁰ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 28.

⁹¹ *Ibidem*.

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».

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 qualifié. 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 libre.

Section 2

Les modifications ciblées

Sous-section 1

Les présomptions légales

42. La distinction entre présomption de fait et présomption légale.

Pour lever les confusions qui règnent actuellement entre présomption de fait et présomption légale, le législateur, d'une part, propose une définition des deux concepts et, d'autre part, rapatrie la disposition relative aux présomptions légales dans la section qui traite de la charge de la preuve.

Ainsi, alors qu'une présomption de fait s'entend, conformément à l'article 8.1, 19°, «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», la présomption légale est, selon l'article 8.7, un mécanisme qui a pour effet de «modifier l'objet de la preuve ou, le cas échéant, [de] dispense[r] celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve». Tandis que la première opère en tant que mode de preuve, la seconde n'a d'incidence qu'au niveau de la charge de la preuve. L'article 8.7 est dès lors détaché de la disposition relative aux présomptions de fait et figure désormais au sein des dispositions générales.

43. Les hypothèses de présomptions irréfragables visées à l'article 8.7.

La distinction entre présomption réfragable et présomption irréfragable se retrouve implicitement à l'alinéa 2 de l'article 8.7. aux termes duquel il est prévu que «La présomption légale peut être renversée sauf: 1° lorsque la loi en dispose autrement; 2° lorsque cette présomption entraîne la nullité d'un acte juridique; 3° lorsque cette présomption entraîne l'irrecevabilité d'une action».

De prime abord, les trois hypothèses peuvent paraître fort théoriques, raison pour laquelle le législateur a pris le soin d'illustrer chacune d'entre elles. 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, elle, citée comme exemple du troisième type de présomptions.

L'énumération s'inspire, en réalité, de celle suggérée par nos voisins français à l'article 1354 du Code civil, lequel a finalement été abandonné suite aux critiques formulées par la doctrine⁹². 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 belge.

Sous-section 2

La preuve contre et entre entreprises

44. Rappel: la disparition de la notion de commerçant au profit de celle d'entreprise.

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 commerçant⁹³. Elle a pour vocation de couvrir toutes les entités actives sur le plan économique⁹⁴.

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.

Suite au démantèlement du Code de commerce, la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises⁹⁵ a intégré dans le 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 système de la preuve libre s'applique désormais à l'égard de toute entreprise, quelle que soit son activité économique. Cette évolution était attendue depuis plusieurs années⁹⁶. Elle a notamment eu

⁹² 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», p. 9, <http://www.raadvst-consetat.be>.

⁹³ Sauf les exceptions mentionnées à l'article 1.1, 1°, du Code de droit économique, il vise toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant, toute personne morale et toute autre organisation sans personnalité juridique».

⁹⁴ Projet du 7 décembre 2017 de loi portant réforme du droit des entreprises, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, ch. 54-2828/001.

⁹⁵ M.B., 27 avril 2018.

⁹⁶ Voy. notamment X. DIEUX, «La preuve libre en droit commercial belge», in C. DELFORGE (dir.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 36.

pour effet de faire basculer les questions de preuve à l'égard des titulaires de professions libérales dans le régime de la preuve libre.

45. L'impact de la réforme : aperçu. Le législateur décide de reprendre à son compte à l'article 8.11 le régime de preuve libre, affranchi du principe de la prééminence de la preuve écrite.

L'article 8.11 s'articule autour de quatre idées principales que l'on retrouve déjà partiellement dans l'article 1348*bis* du Code civil.

Tout d'abord, la précellence du principe de la preuve libre est coulée à l'article 8.11, § 1^{er}. Celui-ci est toutefois soumis à deux exceptions reprises au sein du même paragraphe (*infra* n° 46). 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° 47). La possibilité pour le juge d'ordonner la production de la comptabilité subit également plusieurs retouches importantes comme en témoigne l'article 8.11, § 3 (*infra* n° 48). Enfin, les principes qui régissent la force probante de la facture sont énumérés à l'article 8.11, § 4 (*infra* n° 49).

46. Le principe de la preuve libre entre et contre les entreprises et ses exceptions. Conformément au paragraphe 1^{er} de l'article 8.11, la preuve peut être apportée par tout mode de preuve contre des entreprises ou entre entreprises, sauf exception établie pour des cas particuliers⁹⁷.

Il est renvoyé à la notion d'entreprise telle que définie à l'article I.1^o 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 ;

⁹⁷ Voy. par exemple l'article XI.167, § 1^{er}, al. 2, du Code de droit économique qui précise qu'à l'égard de l'auteur, tous les contrats se prouvent par écrit.

- (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 pluricommunales, les organes territoriaux intracommunales, 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 deux alinéas suivants.

D'une part, en présence d'actes conclus entre une entreprise et une «non-entreprise», l'entreprise ne pourra pas bénéficier – à l'inverse de la personne qui n'est pas une entreprise – du régime de la preuve libre. L'application distributive des règles de preuve est ainsi conservée.

D'autre part, et il s'agit là d'une nouveauté, les actes posés par des personnes physiques qui constituent des entreprises, mais qui sont manifestement en dehors de leur activité économique, restent soumis aux règles de la preuve civile⁹⁸. Ceci 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»⁹⁹.

47. La comptabilité. L'article 8.11, § 2, supprime l'article 20 du Code de commerce. 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».

⁹⁸ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 21.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 22.

L'exigence d'une comptabilité régulièrement tenue présente à l'article 20 du Code de commerce disparaît. La force probante de la comptabilité n'est plus tributaire de sa régularité. Pour avoir force probante, les mentions des comptabilités tenues par les deux parties au litige devront être concordantes. « En effet, si les comptes sont correctement tenus par les deux entreprises, les mentions des deux comptabilités doivent correspondre »¹⁰⁰. À défaut, il incombera au juge d'en apprécier librement la valeur probante.

Ensuite, comme c'était le cas sous l'ancien régime, 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 en tant qu'aveu est reconnue¹⁰¹. Cet aveu est toutefois indivisible, à moins que la comptabilité n'ait pas été régulièrement tenue. Il sera ainsi tenu compte des « écritures temporaires, provisions, mentions marginales, etc. »¹⁰². S'agissant des inscriptions temporaires, les travaux préparatoires précisent que celles-ci ne peuvent néanmoins « engendrer des conséquences trop drastiques ». À titre d'exemple, l'inscription temporaire d'une facture ne peut exclure qu'une note de crédit soit ultérieurement enregistrée relativement à celle-ci¹⁰³. De plus, en cas de comptabilité irrégulière, le principe de l'aveu pourra être retenu à l'égard de certaines écritures exclusivement. C'est ainsi que, 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.

48. La production de documents. L'article 8.11, § 3, fait écho aux règles plus générales qui figurent aux articles 877 et s. du Code judiciaire et qui traitent de la production de documents.

La mesure d'instruction spécifique prévue au troisième paragraphe de l'article 8.11 permet à un juge d'ordonner la production de documents comptables. 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, communautés, partage de sociétés et faillite.

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

¹⁰⁰ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 23.

¹⁰¹ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch., n° 54-3349/001, p. 23.

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

49. La 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, identique. 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 découlent néanmoins de 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 restreinte aux achats et ventes. 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 à l'avenir.

Sous-section 3

L'élargissement des hypothèses de date certaine

50. L'élargissement de l'article 1328 du Code civil. 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 qui l'a souscrit et dans l'hypothèse où sa substance est constatée dans un acte dressé par un officier public. L'hypothèse du décès s'étend désormais 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»¹⁰⁴. Suite à un amendement, il fut décidé en commission d'étendre le champ d'application de l'article 8.22 aux actes unilatéraux¹⁰⁵. L'article 8.10. renvoie en effet à l'article 8.22 pour la détermination de la date de l'acte.

Contrairement à ce que la première version du projet laissait augurer, l'horodatage électronique a finalement été retiré de l'énumération (voy. *supra* n° 41).

Sous-section 4

Aveu non intentionnel et force probante de l'aveu extrajudiciaire

51. L'aveu non intentionnel. Le régime de l'aveu subit également une petite cure de jouvence. Trois articles lui sont désormais consacrés. L'article 8.10. dispose tout d'abord 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 loi¹⁰⁶.

52. L'aveu extrajudiciaire. L'article 8.31 règle ensuite le sort de l'aveu extrajudiciaire. 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.»

Outre la reformulation des articles 1354 et 1355, 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.

¹⁰⁴ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 31.

¹⁰⁵ Amendement n° 5, Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/002, p. 6.

¹⁰⁶ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 34.

53. La force probante de l'aveu. L'article 8.32. s'intéresse quant à lui à la force probante de l'aveu et remplace l'ancien article 1356 du 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 (voy. *supra*, n° 52). L'aveu est ensuite soumis à l'ensemble des causes de nullité – à l'exception de l'erreur de droit¹⁰⁷ – et non plus uniquement à l'erreur de fait¹⁰⁸. 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 complexe 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»¹⁰⁹.

Sous-section 5

Les présomptions de fait

54. Les présomptions de fait. Le régime des présomptions de fait connaît également quelques remaniements. L'appellation «présomptions du fait de l'homme» cède la place à celle de présomption de fait qui prend ses distances avec la notion de présomptions légales (voy. *supra* n° 42). L'exigence de présomptions graves précises et concordantes est également abandonnée. Le législateur privilégie désormais l'existence d'un¹¹⁰ 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 jurispru-

¹⁰⁷ « Cette exclusion se justifie d'autant plus qu'il n'est plus exigé qu'un aveu soit intentionnel » (Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 36).

¹⁰⁸ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 36.

¹⁰⁹ « Cette exclusion se justifie d'autant plus qu'il n'est plus exigé qu'un aveu soit intentionnel » (Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 36).

¹¹⁰ Nous soulignons.

dence¹¹¹. 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 du Code civil. Les présomptions valent dorénavant même si l'acte est attaqué pour fraude et dol.

Section 3

Les clarifications et suppressions

Sous-section 1

Renforcement de la sécurité juridique et clarifications

55. L'insertion de nouvelles définitions. Le texte récemment adopté 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). La loi s'attelle également à définir les concepts de force probante¹¹² et de valeur probante¹¹³, qui suscitent souvent des hésitations.

56. La nature supplétive des règles du droit de la preuve. Dans un souci de sécurité juridique, l'article 8.2. prévoit expressément que toutes les dispositions sont supplétives sauf lorsque le contraire est spécifié.

Sont notamment érigées au rang de règles impératives la règle de l'article 8.11, § 4, alinéa 2 relative à la preuve par facture contre des personnes qui ne sont pas des entreprises ainsi que les règles relatives à la preuve contre les mentions des actes authentiques¹¹⁴. L'article 8.21 qui modernise la formalité du « bon pour » prévoit également qu'« Est nulle toute convention dérogeant à cette règle ».

57. Les adaptations terminologiques. Plutôt que de parler de preuve libre, le législateur privilégie l'utilisation de la formule « tout mode de preuve ».

¹¹¹ 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 du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 34.

¹¹² 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 ».

¹¹³ La valeur probante est « la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge ».

¹¹⁴ Article 8.17.

Comme en attestent les travaux préparatoires, l'emploi d'une telle expression vise à englober « tous les modes de preuve actuels de la société numérique »¹¹⁵.

58. Rapatriement de la loi du 29 avril 2013. La loi du 29 avril 2013 migre dans le 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'acte.

59. 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'ancien article 1282 du Code civil 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 preuve¹¹⁶. Le régime nouveau s'applique tant pour l'acte sous signature privée que pour la grosse tandis que la présomption est réfragable.

Sous-section 2

Les suppressions

60. Les actes reconnaissifs et confirmatifs. Les actes reconnaissifs et confirmatifs étaient bel et bien présents dans la première mouture du projet¹¹⁷. Ils furent toutefois omis de la dernière version déposée au Parlement 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 »¹¹⁸.

61. Les contre-lettres. L'article 1321 de l'ancien Code civil qui dispose que « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers » est également rayé de la carte. Il n'y avait en effet aucune raison de le maintenir dans la partie « Preuve » du

¹¹⁵ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 22.

¹¹⁶ La règle figurait en effet aux articles 1282 à 1284 du Code civil.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 32.

Code civil. La balle est renvoyée à la commission de réforme du droit des obligations qui semble s'être saisie de la question. Les règles relatives à la simulation sont en effet traitées à l'article 5.43 du projet de réforme¹¹⁹.

62. Registres, papiers domestiques et tailles. Enfin, les règles actuelles relatives à la force probante des registres domestiques¹²⁰ et des tailles¹²¹ ne sont pas conservées. Il s'agit en effet de procédés probatoires qui ne sont plus utilisés dans la pratique.

63. Le serment. Le serment décisoire n'est, assez curieusement, pas supprimé. Il reste un mode de preuve inscrit dans le Code civil en dépit du fait qu'il ne soit quasiment plus utilisé devant les cours et tribunaux. L'article 8.33 distingue selon que le serment est déféré, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre l'issue du litige, ou qu'il est déféré d'office par le juge à l'une des parties.

Le serment estimatoire est, cependant, supprimé. La jurisprudence est en effet muette sur son application. En outre, le législateur préfère privilégier, pour la fixation de la valeur, une appréciation *ex aequo et bono* qu'une confiance aveugle¹²².

Section 4 Le droit transitoire

64. 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. L'article 8.15, alinéa 2, et l'article 8.26, § 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, qui ont trait aux actes notariés reçus sous forme dématérialisée et aux copies dématérialisées des actes notariés entrent 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.

65. Application immédiate et absence d'effet rétroactif. Une fois la loi entrée en vigueur, il faudra s'intéresser aux règles de droit transitoire applicables. Aucune disposition spécifique n'étant prévue à cet égard, il faut se référer au droit commun. Ceci signifie que le livre 8 du nouveau Code civil sera d'application immédiate, après son entrée en vigueur.

¹¹⁹ Voy. Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 3709.

¹²⁰ Article 1331 du Code civil.

¹²¹ Article 1333 du Code civil.

¹²² Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 37.

La loi nouvelle ne peut toutefois rétroagir. Cela signifie, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'elle s'applique 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 fixés¹²³.

Il en résulte que le nouveau régime trouve à s'appliquer dès son entrée en vigueur pour ce qui concerne la preuve des faits juridiques et la preuve à l'égard des tiers¹²⁴.

66. Première exception: survie de la loi ancienne en matière contractuelle. Par exception, en matière contractuelle, l'ancienne loi demeure applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit d'ordre public ou impérative ou qu'elle ne prévoie expressément son application aux conventions en cours¹²⁵. Cette règle de survie de la loi ancienne propre au domaine contractuel trouve également à s'appliquer en matière de preuve¹²⁶. Elle ne s'étend cependant pas aux dispositions impératives du livre 8¹²⁷ qui sont donc d'application immédiate. On songe aux effets probatoires attachés à la facture¹²⁸, aux actes authentiques¹²⁹, et à la preuve de l'engagement unilatéral de payer¹³⁰.

À l'exception de ces dispositions, les nouvelles dispositions du livre 8 d'ordre supplétif ne s'appliqueront pas aux contrats nés sous l'empire de la loi ancienne. L'ancien régime des articles 1315 et suivants du Code civil continuera à régir ces relations contractuelles¹³¹.

Il faut toutefois bien saisir la portée de cette exception. En effet, lorsqu'un acte juridique – un paiement par exemple – se rapportant à un contrat conclu

¹²³ Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, p. 1678; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, p. 1115.

¹²⁴ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, 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.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 284-285.

¹²⁷ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 26. On notera que la solution inverse est adoptée dans la proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil (art. 53, alinéa 2, 1^o). Il est à cet égard précisé dans les travaux préparatoires que « dans un souci de sécurité juridique, la disposition proposée prend le parti d'exclure entièrement l'application de la loi nouvelle aux effets futurs des situations antérieures, même lorsque celle-ci comporte des dispositions impératives ou d'ordre public » (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 3709/001, p. 277).

¹²⁸ Article 8.11, § 4.

¹²⁹ Article 8.17.

¹³⁰ Article 8.21.

¹³¹ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 360-367.

sous l'empire de la loi ancienne sera réalisé après l'entrée en vigueur du livre 8, la preuve de cet acte juridique devra être rapportée en respectant les règles de la loi nouvelle¹³². Il convient de surcroît de bien distinguer les pouvoirs des parties et ceux du juge¹³³. La survie de la loi ancienne ne s'applique en effet pas aux pouvoirs conférés au juge dans l'exécution des contrats¹³⁴. Les règles nouvelles en matière de renversement de la charge de la preuve s'appliqueront donc aussi aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

67. 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 ne s'applique pas lorsque la loi a établi un régime de preuves préconstituées ou qu'elle a elle-même tiré des conséquences de certains faits en établissant des présomptions¹³⁵. Les travaux préparatoires confirment l'exception.

¹³² Voy. par comparaison l'article 53 de la proposition de loi portant insertion du livre 5 qui adopte la solution inverse en prévoyant expressément que « Les dispositions du livre 5 du Code civil sont applicables aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur. Sauf accord contraire des parties, elles ne sont pas applicables :

1° aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant leur entrée en vigueur ;

2° par dérogation à l'alinéa 1^{er}, aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur qui se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant leur entrée en vigueur ».

Les travaux préparatoires livrent les explications suivantes : « Selon le 2°, une dérogation est apportée au principe énoncé à l'alinéa 1^{er}. En vertu de celui-ci, les actes juridiques et les faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur du livre 5 sont soumis aux dispositions nouvelles. Toutefois, il se peut que ces actes juridiques ou ces faits juridiques, quoique survenus après l'entrée en vigueur du livre 5, se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur du livre 5. Tel est par exemple le cas d'un paiement, survenu après l'entrée en vigueur du livre 5, d'une obligation née avant l'entrée en vigueur du livre 5 ; d'un avenant modifiant des obligations nées d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du livre 5 ; d'un contrat d'application conclu en vertu d'un contrat-cadre lui-même conclu avant l'entrée en vigueur du livre 5 ; de la prorogation ou de la reconduction d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du livre 5 ; d'une cession de créance relative à une telle obligation conclue après l'entrée en vigueur du livre 5 ; ou encore d'une extinction de cette obligation consécutive à la résiliation, l'annulation ou la résolution du contrat pour inexécution survenue après l'entrée en vigueur du livre 5, ainsi que des restitutions qui en découlent, etc. Dans tous ces cas, à nouveau dans un souci de sécurité juridique, les dispositions anciennes demeurent entièrement d'application » (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 3709/001, pp. 277-278).

¹³³ 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.

¹³⁴ 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).

¹³⁵ F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 19.

D'une part, la loi ancienne reste d'application aux modes de preuve préconstitués¹³⁶. Ainsi, un mode de preuve constitué sous le régime de la loi ancienne restera régi par celui-ci, par exemple pour déterminer sa validité. L'exception, bien qu'elle recoupe la précédente puisqu'elle vise notamment l'écrit requis pour certains actes juridiques, nous semble avoir un champ d'application distinct¹³⁷.

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 précisé dans les travaux préparatoires que 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 juridique¹³⁸. Seuls les faits survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'avant-projet pourront être pris en compte.

Conclusion

La réforme du droit de la preuve n'emporte pas de véritable révolution. Cela n'entraîne d'ailleurs pas dans les intentions du législateur. Même si le pouvoir conféré au juge de répartir la charge de la preuve constitue une avancée substantielle et novatrice, il convient d'en nuancer l'incidence pratique. D'une part, de nombreuses balises sont fixées par le législateur et viennent restreindre le champ d'application de la disposition en question. D'autre part, comme en témoigne la controverse relative à la charge de la preuve du devoir d'information, les cours et tribunaux s'octroient déjà une certaine marge de manœuvre dans l'allocation du risque de la preuve.

Une réforme n'en était pas moins souhaitable à de nombreux égards.

Il était tout d'abord grand temps de codifier l'ensemble des évolutions jurisprudentielles et de mettre un terme à de lancinantes controverses. L'ensemble des exceptions à la preuve par écrit, ainsi que les règles relatives aux aveux et serments sont, dans cette optique, coulées dans un texte.

Ensuite, bien qu'elle ait déjà été amorcée et développée à l'échelon européen, et même si la question de la preuve électronique soulève actuellement peu de difficultés en pratique, l'adaptation du droit de la preuve à l'ère numérique au sein du Code civil, mérite d'être approuvée. Les nouvelles définitions

¹³⁶ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, p. 26.

¹³⁷ La notion de preuve préconstituée ne fait en effet pas l'objet d'une définition claire en doctrine et en jurisprudence.

¹³⁸ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/001, pp. 38-39.

de l'écrit et de la signature électroniques participent à cette volonté d'intégration et d'harmonisation du droit.

Par ailleurs, le citoyen pourra – et c'est heureux – désormais compter sur un régime plus en phase avec le développement du commerce et de l'économie. L'assouplissement des règles relatives à la preuve réglementée s'accommode, par exemple, davantage aux réalités du terrain.

Enfin, on ne peut que se réjouir du fait que le Code soit expurgé des scories du passé. Les registres et papiers domestiques, la formalité du « bon pour » et autres vestiges avaient en effet vocation à disparaître.

L'évolution aurait toutefois pu aller encore un pas plus loin. On peut ainsi déplorer le fait que l'utilisation des preuves obtenues de manière illicite ne soit pas réglée au sein des nouvelles dispositions. Le législateur a toutefois veillé à justifier cette absence en alléguant que ces principes ne trouvaient pas leur place en droit civil dès lors qu'ils relèvent du droit procédural.

Le plus grand regret est donc d'ordre plus systémique. La création du nouveau Code civil reste une œuvre inachevée. L'insertion du seul livre 8 au sein de ce Code est fâcheuse. Amputé de ses organes vitaux, le nouveau Code fera – très temporairement espérons-le – pâle figure. On attend donc avec impatience l'adoption du livre 5, même si la frénésie législative de ces dernières années donne quelque peu le tournis.