

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La réforme du droit de la preuve

George, Florence; Vanstechelman, Emilie

Published in:

Guide juridique de l'entreprise, Titre préliminaire, livre 2.1, 2e édition

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Vanstechelman, E 2020, La réforme du droit de la preuve. dans *Guide juridique de l'entreprise, Titre préliminaire, livre 2.1, 2e édition*. Kluwer, Bruxelles, pp. 1-172.

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.

CHAPITRE INTRODUCTIF

SECTION 1^{RE}. LIMITES DU PROPOS

010 Périmètre de la recherche

La question de la preuve se pose dans toutes les branches du droit : droit familial, droit du travail, droit fiscal, droit pénal, droit administratif, ...

Nous nous limiterons délibérément à la preuve des obligations en matière civile et entre (et contre les) entreprises¹.

Il convient d'ores et déjà d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que les dispositions du livre 8 devront se combiner avec des dispositions spécifiques qui relèvent d'autres matières. On pense notamment aux règles du droit des personnes (état civil, mariage, ...), à celles du droit de la famille, à celles du droit du travail ou encore à celles du droit des biens.

020 Double numérotation des articles

La récente loi du 13 avril 2019 a créé un nouveau Code civil² et y a introduit, un nouveau livre 8. Ce dernier est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020. Depuis cette date, le Code Napoléon porte l'intitulé ancien Code civil.

Par souci de clarté, nous ferons dès lors mention des nouvelles dispositions, en rappelant, le cas échéant, les dispositions de l'ancien Code civil.

SECTION 2. OBJET DE LA PRÉSENTE CONTRIBUTION

030 Questions clés

En guise de préambule, nous rappellerons que toute réflexion relative au droit de la preuve en matière civile implique, comme le rappelle fort bien V. De Wulf³, de répondre aux questions suivantes :

1. Que faut-il prouver ? Ou quel est l'**objet** de la preuve ?
2. Qui doit prouver ? Ou qui a la **charge** de la preuve ?
3. Jusqu'à quel point faut-il prouver ? Ou quel est le **degré** de preuve requis ?
4. Comment doit-on prouver ? Ou quels **modes** de preuve sont admissibles ?
5. Que vaut cette preuve ? Ou quelle est la **force** ou la **valeur probante** de chaque mode de preuve ?

Nous reviendrons, tout au long de notre étude, sur l'ensemble de ces questions clés.

1. Appelée plus communément, avant la loi du 15 avril 2018, la preuve en matière commerciale.
 2. Art. 2 de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2020.
 3. Voir V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 102.

SECTION 3. LE LIVRE 8 DU CODE CIVIL

SOUS-SECTION 1^{RE}. GENÈSE DE LA RÉFORME

040 Désuétude du Code civil de 1804

Pendant plus de deux siècles, le Code civil est resté relativement stable.

Les mutations socio-économiques subies par notre société ont cependant entraîné un certain décalage entre les textes du Code Napoléon et les réalités du terrain.

Que dire encore des avancées numériques dont le Code civil de 1804 ne dit mot ?

Le constat était donc sans appel : de nombreuses dispositions s'avéraient désuètes tandis que le Code péchait par son manque de clarté et d'accessibilité.

Le temps était donc venu de procéder à une recodification du Code civil.

050 Genèse de l'adoption de la loi du 13 avril 2019

Parmi les nombreux chantiers initiés par le ministre de la Justice, la réforme du Code civil, et notamment celle du droit de la preuve, a constitué une priorité¹.

Le 30 septembre 2017, un arrêté ministériel portant création des commissions de réforme du Code civil est adopté². Conformément à l'article 2 de l'arrêté, une commission spécifique est chargée d'élaborer une proposition de réforme du droit de la preuve. Elle est présidée par le Professeur Dominique Mougenot et composée, outre son président, de deux experts à savoir Benoît Allemeersch et Wannes Vandebussche. D'autres commissions sont, par ailleurs, instaurées en vue de réformer respectivement le droit des biens, le droit de la responsabilité civile et le droit des obligations³.

En décembre 2017, une première mouture des avant-projets de réforme du droit des obligations, du droit des biens et du droit de la preuve est présentée par les commissions de réforme. Une consultation publique est organisée dans la foulée sur le site du SPF Justice jusqu'au 1^{er} février 2018⁴. Elle rencontre un certain succès⁵. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile sera, quant à lui, publié quelques mois plus tard tandis que la durée de la consultation publique y afférente est réduite à un mois.

1. Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 27. Voir aussi l'exposé d'orientation politique – justice, 17 novembre 2014, *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-0020/018 et la note de politique générale du 10 novembre 2015, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1428/008.
2. Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.
3. Voir sur la méthode adoptée par les coordinateurs de la réforme à savoir P. Wéry et E. Dirix, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 27 et s.
4. <https://justice.belgium.be/fr/bwec>. Voir 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, p. 705-707 ; P. JADOUL, « Le nouveau Code civil en matière de droit des obligations : la fin d'une assimilation au monstre du Loch Ness ? », *Les pages*, 2018, n° 19, p. 1.
5. Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, pp. 29-30. Le rapport fait mention de « 12 réactions » pour le droit de la preuve et une « centaine de remarques ».

Les trois premiers textes sont approuvés par le Conseil des ministres en première lecture¹ : La section législation du Conseil d'Etat est ensuite invitée à rendre un avis sur les avant-projets de réforme du droit des obligations², du droit de la preuve³ et du droit des biens⁴.

Au fur et à mesure, les projets se distancient. Le 31 octobre 2018, seuls les projets de réforme du droit des biens et du droit de la preuve sont déposés à la Chambre⁵. La crise politique de décembre 2018 rend l'adoption des réformes peu probable. Pourtant, après plusieurs mois de *statu quo*, les discussions relatives au droit de la preuve reprennent en commission.

La réforme du droit de la preuve est finalement adoptée en séance plénière le 4 avril 2019. La loi est promulguée le 13 avril et publiée le 14 mai 2019 au Moniteur belge. Plusieurs changements doivent être opérés *in extremis*. En l'absence d'adoption du livre 5 (vu les aléas politiques et l'agenda de la fin de législature⁶), il est en effet nécessaire de modifier 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' »⁷. Un autre amendement est également déposé en vue de préciser les livres dont sera composé le Code civil.

060 Suivi des réformes en cours

Dans l'intervalle, les avant-projets portant sur le droit des biens et sur le droit des obligations sont déposés sous la forme de propositions de loi⁸. Ces dernières furent toutefois frappées de caducité suite à la dissolution des chambres. Elles seront redéposées courant du mois de juillet 2019⁹.

A l'heure où nous écrivons ces lignes, la réforme du droit des biens a également franchi la ligne d'arrivée aux côtés du droit de la preuve. La loi du 4 février 2020¹⁰ est venue compléter le nouveau Code civil en y insérant un livre 3 consacré au droit des biens qui entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2021.

1. Le droit de la responsabilité civile reste, malheureusement, sur le carreau (la résolution de certaines questions telles que le concours de responsabilités et l'immunité des agents d'exécution a pris plus de temps) (rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calomme et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 39).
2. Avis n° 63.268/2 du 23 mai 2018 sur un avant-projet de loi « portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 'Les obligations' », <http://www.raadvst-consetat.be>.
3. Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi « portant insertion du Livre 8 'La preuve' dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>.
4. Avis n° 63.490/2 du 10 juillet 2018 sur un avant-projet de loi « portant insertion du Livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>.
5. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3348 et projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001.
6. Le rapport fait au nom de la commission mentionne une absence d'accord en deuxième lecture entre les partis de l'ancienne majorité ainsi que des blocages au niveau des discussions entre les experts (rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calomme et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 7).
7. Amendement n° 1 du projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/002, p. 2.
8. Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3709 et proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3623.
9. Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, SE, n° 55-174/001 ; proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, SE, n° 55-173/001.
10. Loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

Les livres 2 et 4 devaient initialement être insérés dans le nouveau Code civil grâce au processus de codification inscrit aux articles 72 de la loi du 31 juillet 2017¹ et 75 de la loi du 22 juillet 2018².

Cette codification n'aura finalement pas lieu par arrêté royal. L'avis du Conseil d'Etat a en effet mis en exergue le fait que ce procédé n'offrirait aucune marge de manœuvre sur le fond, même pour des adaptations essentiellement techniques.

Il sera donc procédé par la voie d'une proposition de loi. C'est en ce sens qu'une proposition de loi a été déposée le 20 mai 2020 à la Chambre des représentants³.

La réforme du droit des obligations est également toujours sur la table du Parlement⁴.

Quant à la réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle qui doit également figurer dans le livre 5, l'avant-projet de loi n'a, semble-t-il, toujours pas été approuvé en Conseil des ministres.

070 Structure du nouveau Code civil

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

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

080 Entrée en vigueur

L'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 2019 est fixée au 1^{er} novembre 2020⁵.

Plusieurs exceptions figurent à l'alinéa 2 de l'article 75 de la loi du 13 avril 2019.

La première concerne l'article 8.15, alinéa 2, qui traite des actes authentiques dématérialisés (voir *infra*, n^{os} 1780 et s.). Il est prévu que cet article n'entrera en

1. Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 18 septembre 2017.
2. Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018.
3. Proposition de loi du 20 mai 2020 portant le Livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le Livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *Doc. parl. Chambre*, 2019-2020, n^o 55, 1272/001.
4. Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl. Chambre*, 2019-2020, n^o 55, 0174. Voir aussi plus récemment, Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. Parl.*, Chambre, 2020-2021, n^o 55, 1806 et Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. Parl.*, Chambre, 2020-2021, n^o 55, 1805.
5. Art. 75 de la loi du 13 avril 2019 :
« La présente loi entre en vigueur le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*.
Toutefois, l'article 8.15, alinéa 2, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, n'entre en vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses et l'article 8.26, § 1^{er}, 1^o, alinéa 2, du même livre n'entre en vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1^{er}, 3^o, de ladite loi.
L'article 8.22, 3^o, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1^{er} du présent article ».

vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1^{er}, 2, de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses. L'article précité mentionné « une date à fixer par le Roi ».

Notons que l'arrêté royal du 18 mars 2020¹ entré en vigueur le 24 mars 2020² ne fait pas mention d'une date quelconque d'entrée en vigueur relative à la disposition précitée.

La seconde vise l'article 8.26, § 1^{er}, 1, alinéa 2, du même livre qui s'intéresse à certaines copies d'actes authentiques. Il est précisé que cet article n'entrera en vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1^{er}, 3, de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses à savoir à « une date à fixer par le Roi et au plus tard le 1^{er} janvier 2020 »³.

L'article 2 *in fine* de la loi du 13 avril 2019 prévoit qu'à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé « ancien Code civil »⁴.

Nous reviendrons *infra* sur les dispositions transitoires au sein du Chapitre 5.

090 Terminologie utilisée

Par commodité, nous employons déjà, au sein du présent ouvrage, les expressions « ancien Code civil » et « Code civil ». Le lecteur évitera toutefois de déduire du terme « ancien Code civil » que la disposition en cause n'est plus en vigueur (voir le point relatif au droit transitoire)⁵.

SOUS-SECTION 2. LIGNES DIRECTRICES DE LA RÉFORME

100 Organisation du livre 8 du Code civil

Avec la réforme, le droit de la preuve est désormais intégré dans un livre spécifique du Code civil.

Ce livre 8 du nouveau Code civil comporte 39 articles, répartis en trois chapitres.

Un premier chapitre intitulé « Dispositions générales » se compose de nombreuses définitions et expose les principes directeurs en matière d'objet et de charge de la preuve.

Le deuxième chapitre s'intéresse à la distinction entre le système de la preuve libre et celui de la preuve réglementée. Les exceptions au principe de la preuve réglementée sont ensuite énumérées et explicitées.

Le troisième et dernier chapitre aborde les règles applicables aux différents modes de preuve.

110 Objectifs

Plusieurs objectifs sont poursuivis par le législateur.

Tout d'abord, le législateur entend « codifier le droit actuel et [de] le rendre plus accessible et plus clair »⁶.

1. L'arrêté royal portant l'introduction de la Banque des actes notariés du 18 mars 2020, *M.B.*, 24 mars 2020.
2. Art. 24 de l'arrêté royal.
3. À suivre à la lettre ces articles, l'entrée en vigueur de l'article 8.26, § 1^{er}, 1, al. 2 serait donc antérieure à celle du livre 8 dans son ensemble (voir sur cette question *infra* n° 1740).
4. Voir d'ailleurs le titre de la contribution de Y. NINANE « Le droit de la preuve est modernisé et le Code-Napoléon prend un coup de vieux ! », *Les pages*, 2019, n° 55, p. 1.
5. Voir *infra*, Chapitre 5. Droit transitoire en bref, n° 1740 et s.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 3.

La réforme s'inscrit donc dans la continuité. Les principes contenus aux articles 1315 et suivants sont maintenus et ne subissent pas de refonte globale.

Par ailleurs, la loi codifie les règles dégagées actuellement par la doctrine et la jurisprudence (caractère supplétif des règles, objet de la preuve, ...). On parle d'une codification à droit constant de la jurisprudence.

Le législateur comble également certaines lacunes et clarifie certaines règles (règles relatives au degré requis de la preuve, à la charge de la preuve et aux témoignages)¹.

Le souhait de clarification du législateur se marque également au niveau des définitions formulées expressément dans le nouveau code. Ces définitions, à l'instar des codes modernes, se retrouvent au début du livre 8. Certains concepts cruciaux² tels que l'écrit et la signature font désormais l'objet d'une définition. Les notions d'admissibilité, de force probante et de valeur probante qui transcendent le droit de la preuve sont également définies.

Ensuite, le législateur adapte le droit de la preuve et le modernise.

Par exemple, l'exigence d'un écrit, bien que conservée dans certaines hypothèses, est assouplie pour répondre aux besoins et nécessités de nos sociétés modernes.

Les évolutions technologiques sont également prises en considération afin de mieux faire correspondre les dispositions du droit de la preuve au monde numérique.

Un nettoyage est par ailleurs opéré. Le texte est purgé de toutes ses scories. Les dispositions relatives aux tailles, registres et papiers domestiques, aux actes recognitifs et confirmatifs ainsi qu'au serment estimatoire sont abandonnées.

Enfin, le législateur saisit l'occasion d'une réforme pour apporter quelques innovations.

Ainsi, le juge se voit dorénavant conférer le pouvoir de répartir la charge de la preuve dans certains cas exceptionnels.

120 Champ d'application

La réforme ne traite pas des règles qui « relèvent du droit procédural, qui ne trouvent pas leur place en droit civil (le droit à la preuve, l'utilisation de preuves illégales en justice ...) »^{3 4}, à l'exception de l'insertion dans le livre 8 du principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve érigé par la Cour de cassation au rang de principe général de droit.

La question de la régularité et la licéité des preuves – avec notamment l'application de la jurisprudence Antigone aux procès civils – n'est donc nullement réglée. Le législateur préfère laisser la jurisprudence évoluer dès lors que la matière est encore en plein développement. Nous analyserons brièvement cette question par après et ce, même si elle n'est pas visée par la nouvelle codification.

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.
2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.
4. « Meer bepaald wacht men af-of het Hof van Cassatie zijn zogenaamde Antigoon-rechtspraak in burgerlijke zaken al dan niet zal bevestigen en/of verfijnen » (B. ALLEMEERSCH et A.S. HOUTMEYERS, « Keniismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 631).

130 Influence du droit comparé

Au rang des sources d'inspiration, on peut épingleur la réforme française qui a joué un rôle fort important. Il faut toutefois y ajouter de sérieuses références aux droits néerlandais, allemand, suisse et autrichien. Cette ouverture au droit comparé mérite tout particulièrement d'être saluée.

SOUS-SECTION 3. SIÈGE DE LA MATIÈRE**140 Deux corpus de règles**

La preuve en droit privé est désormais régie essentiellement par les articles 8.1 à 8.39 du Code civil et les articles 870 et suivants du Code judiciaire.

Le Code civil définit désormais les notions fondamentales en droit de la preuve, règle la question de l'objet, de la charge de la preuve et du degré de preuve requis (art. 8.3, 8.4 et 8.5), énumère les divers modes de preuve et indique leur valeur ou force probante respective. On y retrouve cinq modes de preuve¹ : la preuve par écrit signé (acte authentique ou acte sous signature privée), la preuve par témoins, les présomptions de fait, l'aveu et le serment². Le code établit entre eux une hiérarchie, en accordant la prééminence à la preuve par écrit.

Dans le Code judiciaire, les articles 870 et 871 reprennent et tempèrent les principes relatifs à la charge de la preuve, tandis que les articles 872 à 1016 prévoient la possibilité pour le juge d'ordonner d'office certaines mesures d'instruction et organisent diverses procédures telles que l'enquête, l'interrogatoire des parties, la vérification d'écriture, l'inscription de faux, la réception du serment, l'expertise et la descente sur les lieux.

Sans oublier que ces deux corpus de règles doivent encore se combiner avec des législations particulières (voir *infra* n° 270 et s.).

150 Structure du livre 8

Plus précisément, la structure du livre 8 est la suivante :

Livres 8. La preuve
Chapitre 1^{er}. Dispositions générales
<u>Section 1^{re}. Définitions</u>
Art. 8.1
<u>Section 2. Caractère supplétif des règles relatives à la preuve</u>
Art. 8.2
<u>Section 3. L'objet de la preuve</u>
Art. 8.3
<u>Section 4. La charge de la preuve</u>
Art. 8.4
<u>Section 5. Degré de preuve</u>
Art. 8.5-8.6
<u>Section 6. Présomptions légales</u>
Art. 8.7

1. À noter qu'il n'existe pas de disposition similaire à l'ancien article 1316 du Code civil qui définissait les 5 modes de preuve : « Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes ».

2. Voir *infra*, Chapitre 4. Les modes de preuve.

Chapitre 2. L'admissibilité des modes de preuve

Section 1^{re}. Dispositions générales

Art. 8.8-8.9

Section 2. Exceptions à la preuve réglementée

Art. 8.10-8.14

Chapitre 3. Les modes de preuve

Section 1^{re}. La preuve par écrit signé

Sous-section 1^{re}. L'acte authentique

Art. 8.15-8.17

Sous-section 2. L'acte sous signature privée

Art. 8.18-8.22

Sous-section 3. Acte sous signature privée contresigné par les avocats des parties

Art. 8.23

Sous-section 4. Autres écrits

Art. 8.24

Sous-section 5. Les copies

Art. 8.25-8.26

Sous-section 6. Remise de l'acte par le créancier au débiteur

Art. 8.27

Section 2. La preuve par témoins

Art. 8.28

Section 3. La preuve par présomptions de fait

Art. 8.29

Section 4. L'aveu

Art. 8.30-8.32

Section 5. Le serment

Art. 8.33

Sous-section 1^{re}. Le serment décisoire

Art. 8.34-8.37

Sous-section 2. Le serment déféré d'office

Art. 8.38-8.39

SOUS-SECTION 4. LES SYSTÈMES DE PREUVE LÉGALE ET DE PREUVE LIBRE

160 Exposé

Dans un système où la preuve est complètement libre, il est loisible au juge d'admettre n'importe quel mode de preuve et de décider de la valeur probante à conférer à chacun.

Dans l'approche retenue initialement en droit civil, le législateur précise les modes de preuve recevables en justice et détermine la valeur probante ou la force probante qui s'y attache.

170 Système de la preuve légale

En droit civil, on retient donc le système dit « de la preuve légale » ou « réglementée ».

La prééminence de l'écrit (au sens d'écrit signé) est fort marquée.

Le système de la preuve légale offre davantage de sécurité juridique puisque le pouvoir d'appréciation du juge est encadré et circonscrit par la loi. Il permet d'éviter des débats interminables et contribue à la paix sociale¹.

180 Points communs aux deux régimes

Malgré la *summa divisio* opérée entre les deux systèmes, on retrouve plusieurs points de convergence tels que le respect dû aux droits de la défense dans l'administration de la preuve ; le respect dû aux personnes et l'irrecevabilité en justice des moyens de preuve illégaux ou déloyaux, ...

Ce dernier principe doit être nuancé depuis l'arrêt Antigone de la Cour de cassation², rendu, il est vrai, en matière pénale, mais dont l'enseignement a été étendu depuis lors au domaine civil³. Cette question sera analysée ci-après (*infra*, Chapitre 2, Section liminaire, Sous-section 2).

190 Compromis du livre 8

Le livre 8 opère un compromis entre les deux systèmes comme en témoigne le principe inscrit à l'article 8.8, ses exceptions et sous-exceptions.

Même si les travaux préparatoires de la loi du 13 avril 2019 précisent expressément que « Le régime actuel de la preuve légale est maintenu »⁴, l'article 8.8 du Code civil érige le système de la preuve libre en véritable « principe ».

L'article 8.8 ouvre, en effet, la section 1^{re} intitulée « dispositions générales » du chapitre 2 consacré à l'admissibilité des modes de preuve en énonçant que « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve ». Lui succède l'article 8.9 consacré à la preuve réglementée.

Doit-on y voir un changement de paradigme et une percée de la preuve libre ? Le libellé de l'article 8.8 semble accrédi-ter ce point de vue.

La présentation du texte paraît en effet donner la priorité à la preuve libre tandis que le système de la preuve légale devient l'exception.

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

200 Extension du principe de la preuve libre en droit commercial

Il était courant d'affirmer qu'en droit commercial, la preuve était libre, et ce conformément à l'ancien article 25 du Code de commerce.

Cette disposition est aujourd'hui abrogée tandis que la notion de commerçant a cédé le pas à celle, beaucoup plus large, d'entreprise.

La preuve entre entreprises a, en réalité, fait l'objet de deux réformes successives.

1. Voir D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 147, n° 41.

2. Cass., 14 octobre 2003, *N.J.W.*, 2003, p. 1367, *Pas.*, 2003, I, p. 1607, concl. De Swaef ; *R.A.B.G.*, 2004, p. 333, note Schuermans ; *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note Kutry ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617, concl. De Swaef ; *R.W.*, 2003-2004, p. 814, concl. De Swaef ; *T. strafj.*, 2004, p. 129, note Traest.

3. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note de Baerdemacker ; *N.J.W.*, 2010, p. 195, note Van Kildonck ; *Pas.*, 2008, p. 652, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note Kefer.

4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 4. Voir aussi rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 31 et s.

Tout d'abord, la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises a porté des modifications importantes aux articles relatifs à la preuve en matière commerciale (anciens art. 20 à 25 du Code de commerce). Elle a abrogé et a réintroduit, en les amendant, ces derniers articles dans une nouvelle section de l'ancien Code civil intitulée « De la preuve par et contre les entreprises » contenant un article unique (art. 1348*bis* C. civ.).

Ensuite, la réforme du droit de la preuve portée par la loi du 3 avril 2019 a complété l'évolution du régime entamée par la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises¹. Désormais, il n'y a plus lieu de faire référence à l'article 25 du Code de commerce ni même à l'article 1348*bis* du Code civil, mais à l'article 8.11 du Code civil. Au niveau terminologique, depuis la modification apportée par la loi du 15 avril 2018, on ne parle plus de régime de preuve en matière commerciale mais de régime de preuve « par et contre les entreprises »².

L'article 8.11 institue le principe de la liberté de la preuve comme une exception importante à la règle de la preuve légale (ou une exception à l'exception, dès lors que l'article 8.8 érige la preuve libre en principe).

Gardons toutefois à l'esprit que cette « liberté » dans l'administration de la preuve contre et par une entreprise doit être relativisée en raison :

- des exceptions au principe de la preuve libre dans certains domaines, comme en matière d'assurance (art. 64 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances) ;
- du fait que cette liberté est limitée à la question de l'admissibilité des modes de preuve et ne concerne pas, par exemple, les questions liées à la charge de la preuve, à la licéité des modes de preuve ou au respect des droits de la défense³.

SOUS-SECTION 5. CARACTÈRE SUPPLÉTIF DES RÈGLES DE PREUVE

210 Principe

Sauf rares exceptions, les dispositions légales relatives à la preuve ne sont ni impératives, ni d'ordre public⁴.

Ce principe est désormais consacré explicitement à l'article 8.2 du Code civil, lequel dispose,

« Sauf les définitions prévues dans le présent livre et hormis les cas où la loi en dispose autrement, toutes les règles du présent livre sont supplétives ».

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

2. G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 150.

3. G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 152.

4. Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29 ; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, I, p. 520 ; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256 ; Cass., 16 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 229 ; Cass., 15 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1118 ; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695 ; Cass., 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 949 ; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, p. 651 ; Cass., 11 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 697 ; Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1785, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 266 ; Cass., 22 février 2010, R.G. n° S.08.0153.F., *Pas.*, 2010, p. 529.

D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 6447, p. 593, n° 2.

220 Conséquences du caractère supplétif du droit de la preuve

Plusieurs conséquences découlent de ce caractère supplétif :

- les règles de preuve¹ sont susceptibles d'aménagements conventionnels par les parties² sauf exceptions ;
- en cours de procès, les parties peuvent renoncer à se prévaloir des dispositions du Code civil relatives au droit de la preuve ;
- le juge ne peut les soulever d'office sous réserve des développements récents en matière d'office du juge³ ;
- les parties ne peuvent invoquer, pour la première fois, devant la Cour de cassation, un moyen pris de la violation de dispositions légales (et partant, du nouveau livre 8), lequel serait déclaré irrecevable par la Cour de cassation⁴.

230 Exceptions au caractère supplétif des règles de preuve

Il existe des exceptions à ce principe :

- ainsi, les définitions reprises à l'article 8.1 ne peuvent faire l'objet de dérogations conventionnelles ;
- de plus, certaines dispositions précises du livre 8 ont été complétées afin d'indiquer *expressis verbis* que les parties ne pouvaient y déroger par convention⁵. Tel est le cas des articles 8.11 (preuve par facture contre des personnes qui ne sont pas des entreprises), 8.17 (règles relatives à la preuve contre les mentions des actes authentiques) et 8.21 (formalisme applicable à l'engagement unilatéral de payer) ;
- des exceptions figurent également au sein du Code de droit économique (voir par exemple l'article VI.83, 21^o, du Code de droit économique et l'article VI.91/5, 7^o du Code de droit économique⁶).

SOUS-SECTION 6. LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION

240 Le contrôle de la Cour de cassation, qui ne peut connaître du fond des litiges, s'exerce sur l'application faite par le juge du fond des règles portant sur les points suivants⁷ :

- le rôle du juge en matière de preuve (le principe dispositif, le principe des droits de la défense, ...) ;
- la charge de la preuve ;
- la hiérarchie des preuves ;

1. Voir les exceptions au caractère supplétif, *infra* n° 230.

2. D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 6447, p. 593, n° 2.

3. Voir J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'office juridictionnel du juge belge », in *L'office du juge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 43-70.

4. J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile – Quelques enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 4.

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

6. Introduit par la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

L'article VI.91/5 dispose : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) 7^o limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser (...) ». Cette disposition entrera en vigueur le 1^{er} décembre 2020 et sera donc applicable à tous les contrats conclus, renouvelés ou modifiés à partir du 1^{er} décembre 2020 (voir B. ALLEMEERSCH et A.S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 628). Voir *infra*, Section 4, Sous-section 1^{re}.

7. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 89.

- l'admissibilité des différents modes de preuve¹ ;
- les règles de procédure sur l'administration de la preuve ;
- le régime juridique des différents modes de preuve ;
- la force probante des modes de preuve lorsque celle-ci est définie par la loi et dans la mesure de cette définition².

250 Echappent par contre au contrôle de la Cour suprême, les faits invoqués par les parties en soutien de leurs prétentions, l'évaluation de leur valeur probante et leur aptitude à convaincre le juge. Ceux-ci relèvent de l'appréciation souveraine du juge du fond.

Rien n'empêche toutefois la Cour de cassation de contrôler la rectitude du raisonnement du juge du fond³ et les déductions qu'il a opérées sur la base des faits et éléments de preuve qui lui sont présentés⁴.

Le juge du fond ne peut, par exemple, retenir un fait à titre de présomption de fait, tout en méconnaissant ou en dénaturant cette notion⁵.

260 Respect du principe de la foi due aux actes soumis à l'appréciation de la Cour de cassation

La Cour est aussi amenée à vérifier le respect du principe de la foi due aux actes⁶.

« La foi due à un acte est le respect que l'on doit attacher à ce qui y est constaté par écrit » (voir *infra*, n° 740)⁷.

Ainsi, le juge ne peut retenir de l'acte, sous peine de cassation, une interprétation inconciliable avec ses termes⁸.

L'interprétation des témoignages⁹, du serment ou d'un aveu¹⁰ dans un sens inconciliable avec leurs termes encourt également cassation.

1. Notons qu'avant la réforme, on parlait plutôt de « moyens de preuve ».
2. P. VAN OMMESLAGHE, in De Page, *Traité de droit civil belge*, tome II, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1629.
3. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 89.
4. A. DE BRUYN, « La Cour de cassation et le fait ou ... quand et comment la Cour de cassation contrôle-t-elle une appréciation en fait du juge du fond ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 43 et s.
5. Voir, p. ex., Cass., 5 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 342 ; Cass., 10 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 665 ; Cass., 26 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 609 ; Cass., 22 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1173 ; Cass., 14 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 845 ; Cass., 2 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 133 ; Cass., 21 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 218 ; Cass., 6 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1240 ; Cass., 16 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 517 ; Cass., 11 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 452 ; Cass., 19 juin 1998, *Rev. not. belge*, 1999, p. 33 ; Cass., 5 mars 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 217, note L. VANHEESWIJCK ; Cass., 12 décembre 2002, *Res jur. imm.*, 2003, p. 53 ; Cass., 20 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1640 ; Cass., 23 janvier 2004, *Pas.*, 2004, p. 137 ; Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, 2187 ; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2418 ; Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1148 ; Cass., 22 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1197 ; Cass., 3 mai 2010, *Pas.*, 2010, p. 1349 ; Cass., 10 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1798.
6. J. DE CÔDT, « De quelques ouvertures à cassation en matière pénale », *R.D.F.L.*, 2004, p. 259 ; R. ANDERSEN, P.A. FORIERS, BARON MAHAUX et L. SIMONT, e.a., « Le fondement du moyen », *R.P.D.B.*, Complément 11, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 237-268.
7. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 249.
8. Voir, p. ex., Cass., 20 novembre 1986, *Pas.*, 1987, p. 362.
9. Cass., 8 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 473 ; Cass., 11 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 866 ; Cass., 11 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 452.
10. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 89.

SECTION 4. LÉGISLATIONS PARTICULIÈRES

270 Une panoplie de législations particulières

En marge des dispositions traditionnelles du Code civil et du Code judiciaire gravitent plusieurs législations particulières qui traitent incidemment du droit de la preuve.

Nous en épingleons quelques-unes sans prétendre à l'exhaustivité en revenant sur les dispositions plus ou moins connues qui subsistent dans l'ancien Code civil et le Code judiciaire.

SOUS-SECTION 1^{RE}. LES CLAUSES ABUSIVES§ 1^{er}. Contrats B2C

280 De la loi du 14 juillet 1991 au Code de droit économique

La loi du 14 juillet 1991¹ a posé les premiers jalons de la prohibition des clauses abusives à l'égard des consommateurs. L'article 32,18 de ladite loi prévoyait notamment qu'étaient interdites dans les ventes de produits et de services au consommateur les clauses et conditions ou combinaisons de clauses et conditions qui avaient pour objet de limiter les moyens de preuve² que le consommateur pouvait utiliser. L'annexe de la directive 93/13/C.E.E. du 5 avril 1993³ qui comporte une liste indicative de clauses va un pas plus loin et précise, au point 1, q, que peuvent être déclarées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat »⁴.

S'inspirant de la directive, la loi du 6 avril 2010⁵ – qui succède à celle du 14 juillet 1991 –, précisa par la suite, en son article 74, 21 que « Dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de (...) limiter de manière non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat⁶ ».

Suite au travail de codification opéré en 2013⁷, la disposition précitée figure désormais à l'article VI.83, 21^o du Code de droit économique (ci-après dénommé C.D.E.).

On retrouve donc, dans le Code de droit économique, d'une part, une définition générale de la clause abusive (I. 8, 22) et, d'autre part, une liste noire des clauses réputées irréfragablement abusives (VI. 83). La sanction de la nullité est prévue à l'article VI. 84 C.D.E.

1. Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.
2. Nous surlignons.
3. Directive 93/13/C.E.E. du conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, L.95, 21 avril 1993.
4. Nous surlignons.
5. Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.
6. Nous surlignons.
7. Loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

Les clauses afférentes au droit de la preuve peuvent donc être combattues sous deux angles (définition générale et liste noire¹).

290 L'article VI.83, 21^o, du C.D.E.

L'article VI.83, 21^o, du C.D.E. dispose que « Dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de (...) 21^o limiter de manière non autorisée² les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat³ ». Ces clauses font partie de la liste noire et sont réputées irréfragablement abusives.

Il convient dès lors de bien distinguer, d'une part, les clauses qui limitent les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser et, d'autre part, celles qui lui imposent une charge de la preuve qui incombe en principe à une autre partie au contrat.

Au rang des clauses qui limitent les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser, on épingle, par exemple, les clauses qui écartent la possibilité pour le consommateur de rapporter la preuve d'un fait ou d'un acte par présomptions ou témoignages⁴.

On classe, par contre, dans la catégorie des clauses qui renversent la charge de la preuve au détriment du consommateur, par exemple⁵ :

- les clauses qui inversent la charge de la preuve du (non-)respect de l'obligation d'information ;
- en matière d'assurance, les clauses de déchéance⁶ qui sont rédigées sous l'apparence de clauses définissant le périmètre de la garantie⁷ ;
- ...

§ 2. Contrats B2B

300 La loi du 4 avril 2019

La loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises⁸ est venue, plus récemment, insérer dans le livre VI du Code de droit économique, un titre 3/1 intitulé « Contrats conclus entre entreprises ».

1. Voir pour la liste noire, l'article VI.83, 21^o, C.D.E. développé ci-après.

2. Sur l'expression « de manière non autorisée », voir A. DURIAU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE, *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 361. L'auteur estime que l'expression qui est utilisée est inadéquate et qu'il faut y substituer l'adverbe « indûment » à savoir de manière « excessive ou déraisonnable ».

3. Nous surlignons.

4. Voir pour ces cas plus discutés, A. DURIAU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE, *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 362 et s. L'auteur y traite notamment des clauses aménageant la force probante d'un mode de preuve ou la clause qui impose l'utilisation d'un envoi recommandé pour lever une option d'achat.

5. A. DURIAU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE, *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 364.

6. La charge de la preuve de la déchéance pèse sur l'assureur.

7. La charge de la preuve de la couverture du risque pèse sur l'assuré.

8. *M.B.*, 24 mai 2019.

Les nouvelles dispositions sont applicables à toutes les entreprises et concernent notamment la matière des clauses abusives.

Le texte comporte une définition générale de la clause abusive à l'article VI.91/5, 3^o. Aux côtés de cette définition large, on retrouve deux listes de clauses abusives.

La première constitue une liste noire de clauses toujours réputées abusives et figure à l'article VI.91/4.

La seconde en tant que liste grise énumère une série de clauses qui sont présumées abusives sauf preuve contraire et se trouve à l'article VI.91/5.

Les clauses afférentes au droit de la preuve peuvent donc être attaquées sous deux des trois angles susmentionnés (définition générale et liste grise¹).

310 L'article VI.91/5, 7^o, C.D.E.

L'article VI.91/5, 7^o, présume abusives, dans les contrats entre entreprises, sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de « limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser ».

Ex. : La clause qui indiquerait que l'entreprise ne peut prouver sa contestation qu'au seul moyen d'un recommandé électronique à l'exclusion de tout autre mode de preuve.

Le parallèle entre les articles VI.83, 21^o et VI.91/5, 7^o est évident.

Plusieurs remarques s'imposent cependant.

Tout d'abord, force est de constater la disparition dans l'article VI.91/5, 7^o, de l'expression « de manière non autorisée » qui figure à l'article VI.83, 21^o, C.D.E.

La limitation des moyens de preuve, pour être prohibée, ne devrait donc pas nécessairement être excessive et déraisonnable. Le spectre de l'interdiction est dès lors plus large.

Ensuite, et il s'agit là d'un tempérament par rapport à la remarque précédente, la présomption figure, entre entreprises, dans la liste grise et non la liste noire.

La présomption peut dès lors être renversée et il appartiendra à l'entreprise qui se prévaut de la clause de démontrer le caractère non abusif de la clause. Au rang de critères d'appréciation, on épingle les usages commerciaux, l'économie générale du contrat, la réciprocité de la clause²,...

320 *Quid* des clauses qui renversent la charge de la preuve ?

Le législateur n'a pas cru bon de transposer, pour les contrats entre entreprises, la seconde règle qui figure à l'article VI.83, 21^o, en faveur des consommateurs. Par conséquent, les clauses qui renversent la charge de la preuve ne sont visées ni par la liste noire, ni par la liste grise.

Ces clauses ne sont pas pour autant exemptes de toute sanction de nullité³. Il convient en effet d'apprécier leur validité au regard de la définition générale de clause abusive reprise à l'article VI.91/5, 3^o.

1. Voir art. VI.91/5, 7^o, C.D.E.

2. A. DURIAU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE, *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthémis, 2020, p. 368.

3. La sanction de nullité est prévue à l'article VI.91/6 du C.D.E. : « Toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Aux termes de cet article,

« § 1er. Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties.

§ 2. Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1er. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

SOUS-SECTION 2. LES AUTRES DISPOSITIONS DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE

Le Code de droit économique (C.D.E.) comporte également çà et là d'autres dispositions afférentes au droit de la preuve.

Plusieurs d'entre elles concernent la charge de la preuve de l'obligation d'information.

On songe notamment aux articles VI.45¹ ; VI.113² ; VII.8³ ; VII.67⁴ ; VII.87⁵ ; VII.147⁶ C.D.E.

1. Preuve du respect des obligations d'information imposées en matière de contrat conclu à distance entre une entreprise et un consommateur incombant à l'entreprise.
2. Preuve du respect des obligations applicables aux systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs à des fins de prospection directe incombant à l'opérateur et les personnes qui font du marketing direct.
3. Preuve de l'accomplissement des obligations d'information incombant au prestataire de services de paiement et de crédit.
4. Preuve du fait que l'excursion organisée par ou pour le compte d'un vendeur ou d'un prestataire de service ou par un prêteur ou un intermédiaire de crédit a été annoncée clairement et préalablement au consommateur incombant à l'organisateur de l'excursion.
5. Preuve du fait que le consommateur a eu le libre choix en rapport avec la conclusion de tout contrat de service accessoire conclu en même temps que le contrat de crédit incombant au prêteur et à l'intermédiaire de crédit.
6. Preuve du fait que le consommateur a eu le libre choix en rapport avec la conclusion de tout contrat de service accessoire conclu en complément du contrat de crédit incombant au prêteur et à l'intermédiaire de crédit.

D'autres touchent davantage à l'exigence d'un support durable comme formalisme probatoire¹ ou comme formalisme de validité^{2,3}.

SOUS-SECTION 3. LE DROIT FAMILIAL⁴

330 Vue d'ensemble

Plusieurs dispositions propres au droit de la famille traitent incidemment du droit de la preuve.

Aux termes de l'article 1399 du Code civil⁵, il est tout d'abord prévu :

« Sont propres, les biens et créances appartenant à chacun des époux au jour du mariage et ceux que chacun acquiert au cours du régime, par donation, succession ou testament.

A l'égard des tiers, la propriété dans le chef de chacun des époux d'un bien qui n'a pas de caractère personnel doit être établie, à défaut d'inventaire ou à l'encontre d'une possession réunissant les conditions de l'article 2229, par des titres ayant date certaine, des documents émanant d'un service public ou des mentions figurant dans des registres, documents ou bordereaux imposés par la loi ou consacrés par l'usage et régulièrement tenus ou établis.

Entre époux, la preuve de la propriété des mêmes biens ou des créances peut se faire par toutes voies de droit, témoignages et présomptions compris et même par commune renommée ».

L'article 1467 du Code civil ajoute :

« La preuve de la propriété d'un bien ou d'une créance se fait tant entre époux que vis-à-vis des tiers selon les règles des alinéas 2 et 3 de l'article 1399.

Les biens meubles dont la propriété dans le chef d'un seul des époux n'est pas établie sont considérés comme indivis entre eux ».

En matière de divorce, les articles 229 du Code civil et 1255 du Code judiciaire fixent les modes de preuve autorisés.

1. Art. VI.46, § 7 (confirmation du contrat conclu à distance sur un support durable). Notons que ce type de formalisme échappe à la catégorisation entre formalisme probatoire ou de validité. Aucune sanction spécifique n'est prévue par le Code de droit économique. Le formalisme touche davantage à un formalisme de protection du consommateur (voir aussi H. JACQUEMIN, « La souscription du service sur un site internet permet-elle de prouver l'existence d'un contrat ? », note sous le jugement de la justice de paix de Bruges du 15 novembre 2018, *J.J.P.*, 2019, pp. 11-12).
2. Art. VII.134 (contrat de crédit). Voir pour une typologie des exigences de forme, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 139-150.
3. Notons que l'article XII.15 vise à la fois un formalisme probatoire et de validité.
4. Voir sur l'incidence de la réforme en droit de la famille, D. CARRE, « La loi du 13 avril 2019 portant insertion du Livre 8 'La preuve' dans le nouveau Code civil : et le droit de la famille dans tout ça ? », in *Modifications apportées par la loi du 21 décembre 2018 et réforme du droit de la preuve appliquée au droit familial*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 127-152.
5. Cet article a été modifié par la loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018.

Ils renferment également plusieurs présomptions légales. La désunion des époux est présumée être irrémédiable dès lors que les délais fixés aux articles 229¹ du Code civil et 1255² du Code judiciaire sont arrivés à échéance.

340 Spécificités issues de la pratique

Par ailleurs, en ce qui concerne les frais extraordinaires, il n'est pas rare de lire dans les décisions des tribunaux de la famille que :

« La demande d'accord préalable devra être adressée, sauf cas de force majeure ou urgence, par envoi recommandé, par envoi recommandé électronique ou par fax ; A défaut pour la partie dont l'accord est sollicité d'avoir donné réponse dans les vingt-et-un jours, à partir du jour qui suit l'envoi de la demande, par envoi recommandé, par envoi recommandé électronique ou par fax, elle sera présumée avoir marqué son accord. Lorsque la demande est formulée pendant les vacances scolaires d'au moins une semaine ou plus, ce délai est porté à trente jours ».

1. Art. 229 C. civ. : « § 1er. Le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux. La preuve de la désunion irrémédiable peut être rapportée par toutes voies de droit.
§ 2. La désunion irrémédiable est établie lorsque la demande est formée conjointement par les deux époux après plus de six mois de séparation de fait ou qu'elle est répétée à deux reprises conformément à l'article 1255, § 1^{er}, du Code judiciaire.
§ 3. Elle est également établie lorsque la demande est formée par un seul époux après plus d'un an de séparation de fait ou qu'elle est répétée à deux reprises conformément à l'article 1255, § 2, du Code judiciaire ».
2. Art. 1255. « § 1^{er}. Lorsque le divorce est sollicité conjointement en vertu de l'article 229, § 2, du Code civil, le juge prononce le divorce s'il établit que les parties sont séparées de fait depuis plus de six mois.
Si les parties ne sont pas séparées de fait depuis plus de six mois, le juge fixe une nouvelle audience. Celle-ci a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois, ou trois mois après la première audience. Lors de cette audience, si les parties confirment leur volonté, le juge prononce le divorce.
Lorsqu'il prononce le divorce, le juge homologue le cas échéant les accords intervenus entre parties.
§ 2. Si le divorce est demandé par l'un des époux en application de l'article 229, § 3, du Code civil, le juge prononce le divorce s'il constate que les parties sont séparées de fait depuis plus d'un an.
Si les parties ne sont pas séparées de fait depuis plus d'un an, le juge fixe une nouvelle audience. Celle-ci a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an, ou un an après la première audience. Lors de cette audience, si l'une des parties le requiert, le juge prononce le divorce.
§ 3. Si le divorce est demandé par l'un des époux et qu'en cours de procédure, l'autre marque son accord quant à la demande, le divorce est prononcé moyennant le respect des délais visés au § 1^{er}.
§ 4. La séparation de fait des époux peut être établie par toutes voies de droit, l'aveu et le serment exceptés, et notamment par la production de certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes.
§ 5. Si le divorce est demandé par l'une des parties, en application de l'article 229, § 1^{er}, du Code civil, et que le caractère irrémédiable de la désunion est établi, le juge peut prononcer le divorce sans délai.
§ 6. Le juge peut ordonner la comparution personnelle des parties à la demande d'une des parties ou du ministère public, ou s'il l'estime utile, notamment en vue de concilier les parties ou d'apprécier l'opportunité d'un accord relatif à la personne, aux aliments et aux biens des enfants.
Sans préjudice de l'article 1734, le tribunal informe les parties de la possibilité de résoudre leur litige par le biais de la conciliation, de la médiation ou de tout autre mode de résolution amiable des conflits. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la surséance à la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes les informations utiles à cet égard. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois.
A la demande des parties, ou si le juge l'estime opportun, le dossier est alors renvoyé à la chambre de règlement à l'amiable du tribunal de la famille, sur la base des articles 661 et suivants.
§ 7. Si l'un des époux est dans un état visé à l'article 488/1, alinéa 1^{er}, du Code civil, il est représenté en tant que défendeur par son administrateur, ou, à défaut, par un administrateur ad hoc désigné préalablement par le tribunal de la famille à la requête de la partie demanderesse ».

Doit-on y voir une présomption au sens de l'article 8.7 du Code civil ? A notre estime, la réponse est négative, la présomption n'étant pas d'ordre légal. L'arrêté royal du 22 avril 2019¹ n'en dit en effet mot².

SOUS-SECTION 4. LES CONTRATS SPÉCIAUX

§ 1^{er}. Le contrat de transaction

350 Exigence d'un écrit à titre probatoire pour les transactions en matière civile

L'article 2044, alinéa 2, de l'ancien Code civil prévoit que la transaction doit être établie par écrit. S'agissant d'un contrat consensuel, ce formalisme particulier ne peut être que probatoire³.

On notera que l'exigence d'un écrit va un cran plus loin que le nouvel article 8.9 du Code civil, qui institue la prééminence de l'écrit en matière civile, puisque l'article 2044 s'applique également aux actes juridiques d'une valeur inférieure ou égale à 3500 EUR dès le 1^{er} novembre 2020⁴.

L'écrit tel que prescrit par l'article 2044 souffre toutefois plusieurs limites.

Tout d'abord, la nature supplétive de l'article 2044 de l'ancien Code civil permet aux parties d'y déroger ou de renoncer à s'en prévaloir pendant la procédure⁵.

Ensuite, l'article 2044, al. 2, peut être écarté par certaines législations spécifiques. Il suffit de songer à l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 selon lequel « *la preuve testimoniale est admise à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige* ». Son application au contrat de transaction conclu, par exemple, à la suite du licenciement d'un travailleur semble admise par la doctrine⁶.

Enfin, il est encore dérogé à ce principe dans le cadre des exceptions à la règle de l'écrit issues du droit commun de la preuve (*infra*, n^o 1060 et s.).

1. Arrêté royal du 22 avril 2019 fixant les frais extraordinaires résultant de l'article 203, § 1^{er} du Code civil et leurs modalités d'exécution, *M.B.*, 2 mai 2019.

2. « Art. 2. Sauf urgence ou nécessité avérées, tous les frais visés à l'article 1er doivent faire l'objet d'une concertation et d'un accord préalable, portant tant sur l'opportunité de la dépense que sur son montant.

Art. 3. § 1er. Sauf convention ou décision judiciaire contraires, les frais extraordinaires doivent :

- être réglés trimestriellement ;
- être accompagnés d'une copie des justificatifs par le parent qui demande le paiement ; et
- être payés dans les quinze jours suivant la communication du décompte accompagné des justificatifs.

§ 2. Le parent qui perçoit ou bénéficie d'allocations d'études et/ou d'autres bourses d'études, d'une intervention de la mutualité, d'une assurance hospitalisation ou d'une autre assurance complémentaire, fournit à l'autre parent, dès qu'il en dispose et au moins une fois par an en septembre, un aperçu de tous les montants perçus avec copie des justificatifs ».

3. P.A. FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, CUP, vol. 34, Liège, éd. Formation permanente CUP, 1999, p. 145 ; B. SINDIC, « Le contrat de transaction », in *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 125 ; J. Sace, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. belge*, 1980, p. 265. Voir Anvers, 18 septembre 1980, *R.W.*, 1980-1981, p. 1852, obs. C. Paulus.

4. Date de l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

5. B. SINDIC, « Le contrat de transaction », in *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 125.

6. Voir B. SINDIC, « Le contrat de transaction », in *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 126 avec les références citées. Voir aussi Trib. trav. Bruxelles, 5 septembre 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 445, obs.

360 *Quid de la preuve des transactions par et contre les entreprises ?*

Par ailleurs, il n'est pas précisé si l'article 2044 de l'ancien Code civil prime sur le principe de liberté de la preuve applicable à l'origine en matière commerciale et étendu, avec la réforme, à l'ensemble des entreprises (art. 8.9)¹.

Cette controverse a été finalement tranchée par notre Cour suprême dans un arrêt du 19 mars 2012. La Cour décide que l'article 2044, alinéa 2, ne constitue pas une exception à l'article 25 du Code de commerce (remplacé par l'article 1348bis de l'ancien Code civil et, par la suite, l'article 8.11) : « En matière commerciale, le jugé peut, dès lors, admettre la preuve de l'existence de ce contrat par présomptions, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit au sens de l'ancien article 1347 du Code civil »². Ce faisant, la Cour de cassation suit les traces de son homologue française.

A cet égard, on relèvera le passage suivant issu des travaux préparatoires de la réforme : « La liberté de la preuve n'empêche toutefois pas que la législation impose dans un certain nombre de matières de droit économique certaines formalités (par exemple pour la constitution d'une société dotée de la personnalité juridique ou le transfert de droits intellectuels). Ces exceptions légales doivent être interprétées à la lumière de la jurisprudence. Ainsi, comme le rappelle le Conseil d'État, la Cour de cassation a considéré que l'obligation de rédaction d'un écrit imposée par l'article 2044, al. 2, de l'ancien Code civil en matière de transaction ne s'impose pas aux commerçants. Dans ce cas, ce n'est pas le texte littéral de la loi qui doit s'appliquer mais l'interprétation qu'en donne la jurisprudence »³.

§ 2. *Le contrat de dépôt*370 *Preuve du dépôt nécessaire*

Le contrat de dépôt nécessaire fait également l'objet de dispositions spécifiques dans le Code civil. Il est régi par les articles 1949 à 1951 de l'ancien Code civil.

L'article 1949 de l'ancien Code civil le définit en ces termes : le dépôt nécessaire est « celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu ». Il se caractérise par le fait qu'en raison de circonstances factuelles, le déposant n'a pas d'autre choix que de procéder au dépôt d'une part, et ne peut choisir le dépositaire, d'autre part⁴. Il se distingue donc du dépôt volontaire par « les circonstances dans lesquelles il intervient »⁵ dont le régime juridique ne diffère du droit commun du dépôt volontaire qu'au niveau du droit de la preuve⁶.

1. Notons que cette extension avait déjà été initiée par la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018. Le critère retenu n'est plus celui de la nature de l'acte mais celui de la qualité des parties.

2. Cass., 19 mars 2012, *Pas.*, 2012, pp. 631-638; *R.C.J.B.*, 2014/4, pp. 651-662.

3. 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>.

4. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 344 et 346 ; C. HÉLAS, « Le dépôt », Livre 38 du *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 40. Néanmoins, cette affirmation doit être nuancée dès l'instant où le consentement du dépositaire doit être présent, même de manière tacite.

5. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 343.

6. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 343 et 347.

L'article 1950 de l'ancien Code civil énonce en effet que les dépôts nécessaires peuvent être prouvés par témoins ou présomptions même s'ils portent sur une valeur au-dessus de 375 EUR (comprenez désormais 3500,00 EUR)¹.

Pour une certaine doctrine, il s'agit simplement d'une application des principes généraux de la preuve et partant, d'un cas d'impossibilité de prouver par écrit au sens de l'article 8.12 (ou art. 1348 ancien C. civ.)².

Un autre courant, majoritaire, estime qu'il ne s'agit pas d'un simple cas particulier de l'impossibilité de prouver par écrit. En effet, la première position méconnaîtrait le fait que « les dépôts nécessaires sont, de plus, soumis à une règle spéciale, formulée par l'article 1348 dans une phrase incidente : la preuve testimoniale y est tempérée 'suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait' »³.

L'existence d'une règle spécifique qui dépasse le cadre de l'article 1348 de l'ancien Code civil est encore corroborée par le fait que l'article 1950 de l'ancien Code civil s'applique aussi au dépôt hôtelier (voir *infra*). Ce dernier, bien que « regardé » par le Code civil comme un dépôt nécessaire, ne répond, en réalité, pas toujours à la définition de l'article 1949⁴.

A notre estime, sur base de ces considérations, la preuve des dépôts nécessaires va plus loin que le simple champ d'application de l'article 1348 de l'ancien Code civil : il y a dispense de preuve écrite-entre parties, même en dehors du cas d'impossibilité matérielle ou morale de se faire délivrer un écrit⁵. Effectivement, dès l'instant où l'on admet que le dépôt nécessaire n'est pas limité à « l'accident » (cela vise notamment le dépôt hôtelier), la dispense de la preuve écrite (pour tout dépôt excédant 3500,00 EUR) devient une règle spéciale au dépôt nécessaire⁶.

Cette position offre l'avantage de donner un effet utile à l'article 1950 de l'ancien Code civil.

Il convient également d'ajouter que l'article 8.12 du Code civil ne reprend plus la précision de l'article 1348, 2^o, de l'ancien Code civil. Aux termes de ce dernier, le juge apprécie la valeur probante des témoignages suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait⁷. « Cette seconde règle est souvent perdue de vue »⁸ et est

1. La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de 375 EUR (comprenez 3500,00 EUR pour les contrats postérieurs au 1^{er} novembre 2020).

2. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 51 ; PLANIOL et Ripert, t. XI, n^o 1172 et Paris, 23 avril 1902, *Pas.*, 1903, IV, p. 107 cité par F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 345 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 70.

3. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 349 qui citent H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n^o 903 *in fine* ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 70. La disposition est reproduite en note 7.

4. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 348.

5. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 349 ; Cass., 23 novembre 1920, *Pas.*, I, 1921, p. 144.

6. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 354 ; C. HÉLAS, « Le dépôt », Livre 38 du *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 41.

7. L'ancien article 1348 du Code civil précisait : « Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui.

Cette seconde exception s'applique : (...)

2^o Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ».

8. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 354.

de nature à prévenir les faux témoignages et partant, les abus¹. La liberté d'appréciation de la force probante de la preuve testimoniale qui appartient au magistrat est dès lors, en matière de dépôts nécessaires, renforcée² par rapport au droit commun.

Malgré la suppression opérée par la réforme, le rôle du juge reste, à notre avis, entier. D'une part, ce dernier apprécie souverainement l'impossibilité de se constituer une preuve écrite³. D'autre part, l'article 8.28, alinéa 3, du Code civil dispose que la valeur probante du témoignage est laissée à l'appréciation du magistrat, le cas échéant au regard des critères qui figuraient dans l'ancien article 1348, 2^o, du Code civil.

380 Preuve du dépôt hôtelier

Les règles de preuve applicables au dépôt nécessaire s'appliquent également au dépôt hôtelier⁴.

La preuve du dépôt hôtelier est libre tant en ce qui concerne le fait du dépôt que la valeur des choses déposées et ce, quel que soit le montant des effets volés, détruits ou disparus⁵.

§ 3. Le contrat d'assurance

390 Preuve du contrat d'assurance

L'article 64 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances⁶ prévoit également des règles probatoires spécifiques applicables aux contrats d'assurance. Aux termes de cet article :

« § 1er. Sous réserve de l'aveu et du serment, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit⁷ entre parties. Il n'est reçu aucune preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte. Toutefois, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins ou par présomptions est admise. L'article 1328 du Code civil⁸ n'est pas applicable au contrat d'assurance ou à ses modifications.

§ 2. Le contrat d'assurance mentionne au moins :

- 1^o la date à laquelle le contrat d'assurance est conclu et la date à laquelle l'assurance prend cours ;*
- 2^o la durée du contrat ;*
- 3^o l'identité du preneur d'assurance et, le cas échéant, de l'assuré et du bénéficiaire ;*
- 4^o le nom et l'adresse de l'assureur ou des coassureurs ;*

1. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 354.
2. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 354 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, Les obligations, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2397-2398, n^o 1690.
3. Cass., 3 juin 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 270 ; Cass., 6 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 373.
4. Sur le dépôt hôtelier et la responsabilité de l'hôtelier voir les articles 1952 à 1954^{quater} du Code civil.
5. F. GLANSDORFF et E. VAN den HAUTE, *Traité de droit civil de droit belge*, tome III, Les contrats, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 377.
6. Loi 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.
7. Même si l'article 64 parle d'un écrit, il faut y voir une référence désormais à l'écrit signé (*infra* n^o 520).
8. Désormais article 8.22 du Code civil.

5° le cas échéant, le nom et l'adresse de l'intermédiaire d'assurance ;

6° les risques couverts ;

7° le montant de la prime ou la manière de la déterminer.

§ 3. L'assureur est tenu de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir ».

§ 4. Le contrat de travail

400 Preuve du contrat de travail

Des règles spécifiques existent également en droit du travail comme l'atteste l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978¹ qui dispose que « La preuve testimoniale est admise, à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige ». Il s'agit à nouveau d'une dérogation à la règle de l'ancien article 1341 (article 8.9) ou, plus exactement à l'une des règles de cet article.

J. Clesse et F. Kéfer précisent que « Cette exception suppose l'absence d'un écrit. L'article 12 ne remet pas en cause le principe de la prééminence de la preuve littérale ; lorsqu'un contrat de travail est constaté par écrit, les règles de l'article 1341 du Code civil retrouvent leur empire : les parties ne peuvent prouver outre ou contre l'écrit que par un écrit »^{2 3}.

On peut s'interroger sur les changements qu'opère la réforme du droit de la preuve sur le droit du travail. L'essor de la preuve libre ne permet-elle pas, en droit du travail, de s'émanciper de la seconde règle de l'article 8.9 et d'en revenir aux règles applicables et notamment à l'article 8.11⁴ ? La question reste ouverte.

§ 5. Le contrat de gage

410 Formalisme de validité : le contrat de gage impliquant un constituant consommateur

Par dérogation à l'article 2 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil⁵, le contrat de gage de registre dont le constituant est un consommateur est un *contrat solennel*. L'établissement d'un écrit constitue une formalité de validité. Par contre, le gage avec dépossession conclu avec un consommateur échappe à l'exception et demeure un contrat consensuel (voir *infra* n° 430).

420 Formalisme probatoire : l'exigence d'un écrit pour le gage de registre

L'exigence d'un écrit (au sens d'écrit signé) figure à l'article 4 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil intitulé « Preuve ».

1. Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.
2. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail*, éd. 07-08, Malines, Kluwer, t. 1, p. 571 ; C. trav. Liège, arrêt n° F-20081110-11 (34.308/06) du 10 novembre 2008 (www.juridat.be).
3. Assez curieusement, ces auteurs ajoutent que « Même lorsqu'un contrat est constaté par écrit, il peut être modifié ou remplacé sans écrit. Dans une telle hypothèse, la preuve des modifications par témoin ou présomptions est admise ». Ceci nous paraît contradictoire avec le principe énoncé ci-avant (J. CLESSE et F. KEFER, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 236).
4. L'employeur étant considéré comme une entreprise et le travailleur comme une non-entreprise.
5. Le contrat de gage est depuis la réforme des sûretés réelles mobilières, en principe, un contrat consensuel.

Le gage qui n'est pas conclu par un consommateur demeure en effet un contrat consensuel. L'écrit n'est donc requis qu'à des fins probatoires (et non à des fins de validité).

Cet écrit doit contenir certaines mentions : les biens grevés, les créances garanties et le montant à concurrence duquel les créances sont garanties.

430 Formalisme probatoire : le gage avec dépossession

En présence d'un gage avec dépossession qui porte sur des choses corporelles constitué par une personne qui ne répond pas à la définition de consommateur, il est toutefois dérogé à la règle de l'écrit. Dans cette hypothèse, le contrat peut être prouvé par tous modes de preuve (art. 40 du titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil).

Si le constituant est un consommateur, le contrat restera soumis à la preuve par écrit et devra respecter l'article 8.20 (art. 40, al. 2 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil).

440 Formalisme probatoire : le gage de créances

Le contrat de gage qui porte sur des créances est prouvé par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties, ainsi que le plafond de la garantie (art. 61, al. 1^{er} du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil).

Lorsque le constituant est un consommateur, la convention est prouvée par un écrit qui doit respecter le prescrit de l'article 8.20 (originaux multiples) et mentionnant le plafond de la garantie (art. 61, al. 2 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil)¹.

1. Notons que le gage sur créances bancaires est régi par la loi sur les sûretés financières. L'article 6 de la loi du 15 décembre 2004 précise que « *La conclusion des conventions constitutives de sûreté réelle visées à l'article 4 doit être établie sur un support durable, ou par toutes voies de droit admises en matière commerciale. Il en va de même de l'identification d'avoirs faisant l'objet d'une convention constitutive de sûreté réelle et, pour les instruments financiers, de leur remise* » (loi relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005).

Le gage qui n'est pas conclu par un consommateur demeure en effet un contrat consensuel. L'écrit n'est donc requis qu'à des fins probatoires (et non à des fins de validité).

Cet écrit doit contenir certaines mentions : les biens grevés, les créances garanties et le montant à concurrence duquel les créances sont garanties.

430 Formalisme probatoire : le gage avec dépossession

En présence d'un gage avec dépossession qui porte sur des choses corporelles constitué par une personne qui ne répond pas à la définition de consommateur, il est toutefois dérogé à la règle de l'écrit. Dans cette hypothèse, le contrat peut être prouvé par tous modes de preuve (art. 40 du titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil).

Si le constituant est un consommateur, le contrat restera soumis à la preuve par écrit et devra respecter l'article 8.20 (art. 40, al. 2 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil).

440 Formalisme probatoire : le gage de créances

Le contrat de gage qui porte sur des créances est prouvé par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties, ainsi que le plafond de la garantie (art. 61, al. 1^{er} du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil).

Lorsque le constituant est un consommateur, la convention est prouvée par un écrit qui doit respecter le prescrit de l'article 8.20 (originaux multiples) et mentionnant le plafond de la garantie (art. 61, al. 2 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil)¹.

1. Notons que le gage sur créances bancaires est régi par la loi sur les sûretés financières. L'article 6 de la loi du 15 décembre 2004 précise que « *La conclusion des conventions constitutives de sûreté réelle visées à l'article 4 doit être établie sur un support durable, ou par toutes voies de droit admises en matière commerciale. Il en va de même de l'identification d'avoirs faisant l'objet d'une convention constitutive de sûreté réelle et, pour les instruments financiers, de leur remise* » (loi relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005).

Chapitre 1^{er}. Formalisme probatoire vs formalisme de validité et formalisme d'opposabilité

450 Distinction cardinale

Avant d'aborder le cœur de la matière, il convient de bien distinguer le formalisme probatoire des autres règles de forme existantes. Pour ce faire, il nous a semblé utile de reproduire – en les synthétisant – ci-après les enseignements du Professeur Montero¹.

SECTION 1^{RE}. CONTEXTUALISATION

460 Historique

Les règles de forme qui s'appliquent aux rapports contractuels sont nombreuses et ce dès l'Antiquité.

On assiste toutefois à un déclin du formalisme à partir du XIII^e s.

Divers facteurs vont contribuer au déclin progressif du formalisme. On peut notamment épinglez l'influence du droit canonique (avec le respect dû à la parole donnée), le développement considérable des échanges commerciaux au Moyen Âge et la nécessité de rapidité, la généralisation de l'écriture, ...

Sous l'influence d'auteurs tels que Loysel², Domat³ et Pothier⁴, le Code civil de 1804 consacre le principe du consensualisme et bat en brèche le formalisme d'antan.

On notera à cet égard que le principe du consensualisme n'est pas exprimé *expressis verbis* dans le Code civil. Il se déduit *a contrario* de l'absence de référence à la forme dans la définition du contrat (art. 1101 C. civ.) et dans l'énumération des éléments constitutifs de la convention (cf. l'art. 1108 C. civ., qui n'exige pas de forme particulière pour qu'un contrat soit valablement conclu). Il se déduit aussi, plus directement, de l'effet suffisant et immédiat du seul consentement des parties contractantes pour la formation des contrats en général (art. 1138) et de la vente en particulier (art. 1583)⁵.

Le principe consensualisme est toutefois tempéré par un certain formalisme.

La validité de certains contrats nommés reste soumise au respect de solennités (contrat de donation, contrat de mariage ou constitution d'hypothèque).

1. Le présent titre reproduit partiellement les développements écrits par le Professeur Etienne MONTERO (voir l'avant-propos pour les passages empruntés à l'auteur précité).

2. « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain », note Loysel de manière très significative dans ses *Institutes coutumières*, 1607, liv. III, titre I, II, n° 357.

3. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, partie 1^{re}, liv. I, I, I, 8.

4. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 10. Voir aussi M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *op. cit.*, p. 102, et les réf.

5. Sur ce point, voir B. NUYTEN et L. LESAGE, « Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 502, n° 17.

Force est également de constater, de nos jours, une certaine résurgence du formalisme¹ d'un genre nouveau.

Le formalisme présent actuellement dans de nombreuses lois particulières a pour principal objectif la *protection* de la partie dite « faible » (forme prédéterminée, mentions obligatoires, ...).

Les mutations numériques que connaissent nos sociétés modernes alimentent encore de nouvelles réflexions.

L'essor des contrats dématérialisés au sens où l'accord des volontés ne se matérialise pas sous la forme d'un écrit (papier) signé (manuscritement), ni par l'expédition ou la réception d'une correspondance, mais résulte d'un échange de flux de données génèrent de nouveaux risques (la substitution de l'auteur d'un message, l'altération d'un message au cours de sa transmission, la répudiation du message par l'émetteur ou le destinataire, la prise de connaissance par un tiers non autorisé, etc.) auxquels le droit doit pouvoir apporter une solution en repensant, le cas échéant, le formalisme.

SECTION 2. LES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE FORMALISME

SOUS-SECTION 1^{RE}. LA NOTION DE FORMALISME

470 Définition générale

Le formalisme contractuel renvoie à toute règle légale ou réglementaire déterminant, à peine d'inefficacité juridique, la manière dont la volonté doit se manifester à un stade quelconque du processus contractuel, c'est-à-dire lors de la phase précontractuelle, pour la formation proprement dite du contrat, au cours de son exécution ou pour son extinction².

Cette définition générale permet de couvrir la diversité des exigences de forme. Elle suggère que le formalisme suppose que, pour produire des effets de droit, la volonté doit « être enrobée dans une enveloppe strictement déterminée par la loi »³.

La définition proposée ne fournit cependant aucune indication sur les finalités et les sanctions des diverses règles de forme.

Or, les diverses espèces de formalisme, qui diffèrent dans leurs objectifs et leurs sanctions, ne peuvent se confondre.

SOUS-SECTION 2. TYPOLOGIES

480 Plan

Les règles de forme jouent un rôle à différents niveaux. À cet égard, la doctrine traditionnelle distingue le formalisme probatoire, le formalisme de publicité (ou d'opposabilité) et le formalisme solennel (ou de validité).

1. Voir, not., M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627, n° 19 ; J.M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, pp. 189-238 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, p. 72, n° 85.
2. Comparer avec la définition de F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 99.
3. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 96, n° 4.

§ 1^{er}. Le formalisme solennel

490 Définition

Le *formalisme solennel* concerne les règles de forme entourant la formation du contrat. Prescrite *ad validitatem*, leur inobservation est d'ordinaire sanctionnée par la nullité de l'acte juridique.

Les contrats dont la validité est subordonnée à des règles de forme sont qualifiés de *contrats solennels*, par opposition aux *contrats consensuels*, qui se forment, eux, par le seul échange des consentements (*solo consensu*). L'objectif d'un tel formalisme est généralement de protéger le consentement des parties, en attirant leur attention sur la nature et l'étendue de leur engagement.

Dans le Code civil, ces règles de forme consistent surtout en l'intervention d'un officier public et la rédaction d'un écrit signé, des mentions obligatoires ou encore l'exigence d'une écriture manuscrite. Ces formes obligatoires sont généralement réservées aux « actes graves »¹.

500 Regain du formalisme solennel

À la faveur de la renaissance actuelle du formalisme, l'on observe une nette tendance à la multiplication des formalités liées à la conclusion du contrat. Nombre de textes légaux exigent la rédaction d'un écrit [écrit signé]². Néanmoins, estimant que cette seule exigence suffit rarement à protéger le consentement, le législateur s'emploie souvent à réglementer la rédaction même du contrat, en imposant une litanie de mentions obligatoires. Il se fait tatillon, allant jusqu'à imposer pour ces mentions un style (p. ex. « clair, compréhensible, non équivoque »)³, un libellé à reproduire à la lettre⁴, voire une forme déterminée et un endroit précis où elles doivent figurer⁵ (« en caractères gras », « en caractères d'un type différent », « dans un cadre distinct du reste du texte », « sous forme d'alinéas séparés »)⁶. On s'interroge sur la qualification de ces règles de forme d'un genre nouveau, dont l'inobservation n'est pas toujours sanctionnée par la nullité.

1. À ce sujet, X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, pp. 1170-1173, n^{os} 8-14.

2. Il arrive que la loi précise sur quel support l'écrit doit se matérialiser : dans une lettre, sur un support durable, sur un support matériel. L'emploi d'un certain type de document peut parfois être requis : un bon de commande, une brochure, un formulaire, un prospectus, un avenant, une lettre recommandée à la poste, etc. Dans certaines hypothèses, le document doit être réalisé en plusieurs exemplaires, et la production d'une copie est exigée.

3. Voir p. ex., l'art. VI.87 du Code de droit économique ; art. XII.12 du Code de droit économique.

4. Voir p. ex., l'art. VI.88 du Code de droit économique ; art. VII.70 du Code de droit économique ; art. 3, 13^o, de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, *M.B.*, 9 août 2000.

5. Voir p. ex., l'art. VI.88 du Code de droit économique ; art. VII.70 du Code de droit économique ; art. 7, § 1^{er}, *in fine*, de la loi sur le time-sharing ; art. 3, 11 et 13, de l'arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

6. Pour une typologie des exigences de forme, voir M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n^o 23, Bruxelles, Braylant et Namur, P.U.N., 2003, pp. 139-150.

§ 2. Le formalisme probatoire

510 Définition

Le *formalisme probatoire* se distingue du formalisme de validité, d'un point de vue théorique, en ce qu'il ne conditionne nullement l'existence ou la validité de l'acte juridique¹. Mais, en cas de différend, il est de nature à faciliter la preuve de l'existence du contrat et des droits qui en découlent. En cas de non-respect des formalités requises *ad probationem*, l'acte est valable, mais son exécution pourra être plus difficile à obtenir.

Remarquons que la plupart des formalités prescrites *ad validitatem* servent également de preuve préconstituée. Mais il est aussi des hypothèses où des formalités sont exigées par le législateur à des fins exclusivement probatoires.

520 Illustrations

Parmi les formalités requises à titre de préconstitution de la preuve, l'exemple le plus typique est celui de l'article 8.9 du Code civil (ancien art. 1341 C. civ.). On pense également à l'article 64, § 1^{er}, de la loi relative aux assurances, qui précise que le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit [écrit signé], quelle que soit la valeur des engagements². Notons que parfois le législateur ne précise pas s'il exige un écrit *ad probationem* ou *ad validitatem*. C'est notamment le cas de l'article 2044 du Code civil, qui exige que la transaction soit rédigée par écrit³.

Mais il est d'autres formalités requises *ad probationem* que l'écrit signé. Ainsi, le législateur exige parfois, à des fins probatoires, certaines *mentions manuscrites*⁴, ou encore la *datation* du contrat⁵. Un autre exemple est fourni par l'article 64, § 3, de la loi relative aux assurances qui impose à l'assureur de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat d'assurance terrestre, une *copie* des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir. Cette formalité a pour but de permettre au preneur d'assurance de conserver une trace de ce qu'il a déclaré, au cas où l'assureur invoquerait l'une ou l'autre omission ou inexactitude dans la déclaration initiale⁶.

§ 3. Le formalisme de publicité

530 Définition et illustrations

Le *formalisme de publicité* est imposé, dans certains cas, afin de permettre aux tiers intéressés d'avoir connaissance de l'existence de certains actes.

1. Certains auteurs soulignent toutefois, à juste titre, que la distinction entre formes solennelles et formes probatoires est en grande partie artificielle. En effet, l'acte qui ne peut être prouvé est pratiquement dépourvu d'efficacité, dans la mesure où son exécution risque de se trouver paralysée. À ce sujet, voir J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*, pp. 98-99, n° 6 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 109, n° 205, b ; ainsi que les nuances apportées à cette analyse par M.A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 163-202.

2. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 392, n° 493 et s.

3. La jurisprudence considère que cette disposition est requise *ad probationem*.

4. Voir, p. ex., les art. 970 (testament olographe) et 1326 (formalité du « bon pour ») du Code civil.

5. Voir, p. ex., l'art. 64, § 2, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.

6. Voir les art. 58 à 60 de la loi relative aux assurances. À ce sujet, M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 216, n° 259.

Ainsi, pour être opposables aux tiers, les privilèges¹ et hypothèques² doivent être inscrits à l'Administration générale de la Documentation patrimoniale du SPF Finances. Les autres mutations immobilières³ doivent être transcrites dans le même registre. Mais il est d'autres mesures que l'inscription ou la transcription : la notification d'une cession de créances au débiteur cédé et au créancier du cédant⁴, la notification d'une cession de fonds de commerce à l'administration fiscale⁵, l'enregistrement du bail d'habitation, la publication des actes constitutifs des sociétés, etc.

540 Sanction

La sanction prévue en cas d'omission de la forme prescrite est l'inopposabilité de l'acte aux tiers de bonne foi, sa validité et son exécution n'étant, elles, nullement affectées.

550 Dans le cadre de la présente contribution, seul le formalisme probatoire retiendra notre attention.

1. Art. 29 et s. de la loi hypothécaire.

2. Art. 81 de la loi hypothécaire.

3. Soit les actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Cf. art. 1^{er} de la loi hypothécaire. Pour de plus amples développements sur ces formalités et les actes qui y sont soumis, voir J. HANSENNE, *Les biens*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 491-557. Dès l'entrée en vigueur du livre 3 du Code civil (1^{er} septembre 2021), il faudra se référer à l'article 3.30 (voir loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020).

4. C. civ., art. 1690.

5. Art. 442bis C.I.R.

Chapitre 2. Analyse de la réforme : dispositions générales

SECTION LIMINAIRE : NOTIONS DE RÉGULARITÉ, RECEVABILITÉ, FORCE PROBANTE ET VALEUR PROBANTE

SOUS-SECTION 1^{RE}. RECEVABILITÉ OU ADMISSIBILITÉ D'UN MODE DE PREUVE

560 Définition et article 8.1, 13^o, du Code civil

La question de la recevabilité traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice¹, c'est-à-dire de la façon dont les parties doivent rapporter la preuve de ce qu'elles allèguent. Il s'agit de répondre à la question « comment doit-on prouver ? ».

La recevabilité (*ontvankelijkheid*) est « la prise en considération, par le juge, d'éléments probatoires déclarés admissibles par la loi eu égard à l'objet du litige »².

Le Code civil, en son article 8.1, 13^o, définit l'admissibilité d'une preuve comme « la conformité de la preuve avec les règles du présent livre, qui précisent à quelles conditions un mode de preuve peut constituer la preuve d'un fait contesté ».

Si un élément de preuve est déclaré recevable par la loi, alors le juge est tenu de le prendre en considération et de procéder à l'examen de l'élément en question sans que ce dernier n'emporte nécessairement la conviction du magistrat qui reste libre d'en apprécier souverainement la valeur probante³. C'est le « stade préliminaire de la réception des preuves »⁴. Une preuve irrecevable est d'office rejetée par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée⁵. Le concept d'admissibilité d'une preuve ne vise donc que la conformité d'un élément de preuve aux règles relatives à la preuve au sens strict et laisse de côté la problématique de la preuve déloyale ou contraire à une règle de droit étrangère à la preuve⁶.

SOUS-SECTION 2. LA RÉGULARITÉ DES PREUVES ET LE TEST « ANTIGONE » EN DROIT CIVIL

§ 1^{er}. Position de la question

570 Autre facette de la recevabilité

La question de la régularité de la preuve se confond avec celle de sa recevabilité au regard de la loi⁷. Comme nous l'avons étudié ci-avant, la recevabilité d'un mode de

1. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 84-85, n° 14-2.
2. M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND et M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du CRID, n° 7, Bruxelles, éd. Story-Scientia, 1991, p. 55.
3. R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, p. 197.
4. R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, p. 197.
5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 85-86, n° 14-2.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 10.
7. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.

preuve vise son admissibilité en justice¹. Lorsqu'une preuve est déclarée irrecevable, elle doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée².

La régularité des preuves constitue une autre « facette de la recevabilité des preuves »³.

La recevabilité des preuves en justice implique le respect des dispositions légales (et notamment les dispositions du Code civil) mais elle emporte également l'interdiction de recourir à des modes de preuve violant des règles externes au droit de la preuve, telles que le droit au respect de la vie privée, le secret des correspondances ou le secret professionnel⁴. Dans cette hypothèse, la preuve proposée peut être conforme aux règles propres au droit de la preuve mais il convient de vérifier si elle ne viole pas une autre règle ou un principe général étranger au droit de la preuve⁵, ce qui aboutirait à une décision d'irrecevabilité et donc, de rejet de ce moyen de preuve.

580 Test effectué par le tribunal

Le test effectué par le juge se fait en deux étapes :

- 1) la preuve produite devant lui est-elle illégale ou déloyale ?
- 2) et si oui, doit-elle être automatiquement sanctionnée d'un écartement (le juge n'en tient pas compte)⁶ ?

§ 2. Les preuves illégales versus les preuves déloyales

Nous pouvons distinguer, parmi les preuves irrégulières, les preuves illégales et les preuves déloyales⁷.

590 Les preuves illégales

Les preuves illégales sont « constituées ou acquises en violation de la loi »⁸ et elles sont dès lors illicites en soi⁹. Nous pouvons citer le faux en écriture, un document volé,

1. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 14-2.

2. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 127.

3. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 128.

4. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 127.

5. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 128.

6. N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1141 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.

7. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.

8. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.

9. N. MOUGENOT, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1141.

une communication téléphonique interceptée, une surveillance des travailleurs non autorisée^{1 2}. Ce terme vise donc la preuve illégale en soi et la preuve recueillie de façon illégale.

600 Les preuves déloyales

La preuve recueillie de manière déloyale est celle obtenue sans qu'il y ait eu violation de la loi à proprement parler mais à l'insu de la partie, de manière clandestine ou sournoise³. Nous pensons, par exemple, à un email produit sans le consentement du destinataire, à un email que l'employeur copie sur l'ordinateur de son employé sans son consentement ou encore à l'enregistrement d'une communication téléphonique faite à l'insu de l'autre⁴.

La Cour de cassation, au sein d'un arrêt du 5 mars 2002, considère que la loyauté n'est pas un principe général du droit⁵. Mais « il faut se garder de donner une portée absolue à cet arrêt. Il signifie simplement qu'on ne peut fonder un pourvoi sur cette base. Toutefois, le devoir de loyauté des parties peut être trouvé au sein du principe '*fraus omnia corrumpit*'. Celui-ci prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain »⁶. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu l'existence d'un « principe de loyauté qui s'impose aux parties dans le déroulement d'une procédure civile »⁷.

Comme le précise justement D. Mougenot, « Il est vrai que bon nombre de preuves sont recueillies avant la procédure. Mais elles sont constituées pour servir en justice. En définitive, la fonction ultime de la preuve, c'est de convaincre le juge. Il serait paradoxal que les parties soient tenues de respecter un devoir de loyauté durant la procédure mais puissent se constituer des preuves de manière déloyale avant celle-ci. Il n'est dès lors pas déraisonnable d'affirmer que le principe de loyauté qui doit exister en cours de procédure régit également l'administration de la preuve en matière civile, même en ce qui concerne les preuves recueillies avant le procès. Le principe de loyauté est dès lors sous-jacent dans toute la matière des preuves, même s'il ne peut s'appuyer sur un fondement légal précis ».

1. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 129 et les nombreux exemples cités (pp. 129-130).
2. B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN distinguent les preuves constituées de manière illégale (preuves illégales « in se » – un faux en écriture ou la violation du secret professionnel par exemple), qui ne peuvent être utilisées par personne, et les preuves constituées légalement mais recueillies illégalement (un courriel copié sur l'ordinateur d'un tiers par exemple), qui ne peuvent être utilisées que par leur détenteur légitime (voir B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s).
3. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 131.
4. N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1141 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.
5. Cass., 5 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 638. Voir aussi plus récemment, Cass., 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, p. 53, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, T. MALENGREAU et Cass., 28 janvier 2021, n° C.20.0007.F.
6. Cass., 16 novembre 2015, R.G. n° S.14.0097.F ; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 131.
7. Cass., 27 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 755, note MALENGREAU ; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 131.

610 **Sort des preuves illégales et déloyales**

La doctrine et la jurisprudence classiques réservent un sort identique aux preuves illégales et aux preuves recueillies de façon légale mais déloyale¹.

Reprenons l'exemple de l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de l'interlocuteur. L'utilisation d'un tel enregistrement en justice est délicate parce que l'interlocuteur peut considérer que sa bonne foi a été surprise ou qu'il a été amené à faire des confidences qu'il n'aurait pas faites spontanément².

La sanction de l'irrégularité et donc de l'irrecevabilité de la preuve réside dans l'écartement de la pièce en ce qu'elle ne pourra pas être prise en considération par le juge dans le cadre de la procédure qui lui est soumise³.

Mais cette règle doit *a priori* être revue à la lumière de la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation...

§ 3. *Point de départ de la jurisprudence Antigone : une solution jurisprudentielle en droit pénal, aboutissant à une consécration législative*

620 **Sort des preuves irrégulières avant l'Arrêt Antigone**

En matière pénale, la jurisprudence a longtemps écarté systématiquement les preuves irrégulières, et tel était le cas depuis l'arrêt *Rucloux*⁴. En outre, tous les éléments de preuve qui se fondaient sur l'élément de preuve recueilli illicitement et ceux qui en découlaient devaient également être écartés par voie de conséquence. Cela aboutissait à des dossiers complètement vides, expurgés de tous les procès-verbaux découlant d'un acte illégal (par exemple une visite domiciliaire illégale) et donc, à l'acquittement d'un ou des prévenus.

630 **Arrêt *Antigone* de la Cour de cassation du 14 octobre 2003**

Tel n'est plus le cas depuis l'Arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003 (du nom de l'opération policière ayant donné lieu à cet arrêt « *Antigoon* »). Désormais, en droit pénal, un moyen de preuve obtenu illégalement par les autorités, dans le cadre d'une information ou d'une instruction, ne doit plus être automatiquement écarté par le magistrat⁵. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait refusé d'exclure les preuves recueillies à l'occasion d'une fouille illégale, énonce :

« La circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

– soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;

1. D. MOUGENOT, « *Antigone au milieu du gué* », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 132 ; D. MOUGENOT, « *Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil* », *J.T.*, 2017, p. 69.

2. D. MOUGENOT, « *Antigone au milieu du gué* », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 132.

3. D. MOUGENOT, « *Antigone au milieu du gué* », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 133.

4. Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 66.

5. M. BOURGEOIS et L. LOFFET, « *Les modes de preuve en droit fiscal : cadre général* », in S. Bouffette (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, p. 113 ; C. GUILLAIN, C., L. KENNES, D. de BECO, S. CUYKENS, M. GIACOMETTI, P. MONVILLE et D. VANDERMEERSCH, « *Section L - La jurisprudence 'Antigoon'* » in *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 7-25.

- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable »¹.

Dans cet arrêt, la Cour « inverse donc totalement la perspective. D'une irrégularité de principe, on passe à une admissibilité de principe, sous la réserve des trois cas cités par la Cour »².

640 Évolution jurisprudentielle après l'arrêt *Antigone* et consécration légale

Cette jurisprudence de la Cour de cassation, devenue constante³, a été consacrée dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale par une loi du 24 octobre 2013⁴. Cette dernière y insère le chapitre VII, intitulé « Des nullités », et un nouvel article 32.

Ce dernier est rédigé comme suit :

- « La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :*
- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;*
 - l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;*
 - l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. »*

§ 4. L'application de la jurisprudence *Antigone* en droit civil : une application qui reste controversée

650 Introduction

Nous n'aborderons pas ici la question de l'application de la jurisprudence *Antigone* au droit fiscal. Notons simplement qu'un arrêt a été rendu par la section néerlandaise de la 1^{re} chambre de la Cour de cassation le 22 mai 2015, transposant en matière fiscale la jurisprudence *Antigone*⁵.

1. Cass., 14 octobre 2003, R.G. P.03.0762.N, *Arr. Cass.*, 2003, liv. 10, p. 1862 ; *Pas.*, 2003, liv. 9-10, p. 1607, concl. De Swaef ; *R.C.J.B.*, 2004, liv. 4, p. 405, note F. Kutty ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, liv. 5, p. 617 ; *N.J.W.*, 2003, p. 1367 ; *R.A.B.G.*, 2004, p. 333, note Schuermans ; *R.W.*, 2003-2004, p. 814, concl. De Swaef ; *T. straf.*, 2004, p. 129, note Traest.
2. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 135.
3. Cass., 16 novembre 2004, R.G. P.04.0644.N, *Arr. Cass.*, 2004, liv. 11, p. 1829, concl. Duinslaeger ; Cass., 8 novembre 2005, R.G. P.05.1106.N, *Arr. Cass.*, 2005, liv. 11, p. 2175 ; Cass., 4 décembre 2007, R.G. P.07.1302.N, *Arr. Cass.*, 2007, liv. 12, p. 2388 ; Cass., 10 mars 2008, R.G. S.07.0073.N, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. de Baerdemacker ; Cass., 2 septembre 2009, R.G. P.09.0960.F, *Arr. Cass.*, 2009, liv. 9, p. 1906.
4. Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *M.B.*, 12 novembre 2013.
5. Cass., 22 mai 2015, R.G. F.13.0077.N, *Arr. Cass.*, 2015, liv. 5, 1349 ; voir sur cette question M. BOURGEOIS et LOFFET, « Les modes de preuve en droit fiscal : cadre général », in S. Boufflette (coord.), *La preuve et le faux*, Limial, Anthemis, 2017, pp. 115 et s.

660 L'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008

L'application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile a, dans un premier temps, fortement divisé la doctrine¹.

Un arrêt important est rendu sur cette question par la Cour de cassation le 10 mars 2008². Prononcé dans un cas de répression du travail en noir, cet arrêt transpose la solution admise en matière pénale (avec des termes totalement identiques). Les preuves irrégulières doivent être admises, sauf lorsque l'un des trois critères classiques de la jurisprudence pénale (et de l'article 32 TPCPP) est présent³. La Cour énonce :

« Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable. Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction ».

670 Cet arrêt a cependant suscité de nombreuses questions quant à son champ d'application :

- est-il uniquement applicable aux matières relevant de l'ordre public ?
- est-il également applicable aux preuves illégales en soi (l'arrêt vise en effet des « preuves illicitement recueillies ») et aux preuves déloyales ?
- quels sont enfin les critères d'application ?

1. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 139.

Voir J.F. LECLERCQ et D. DEROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de protection de la vie privée dans le cadre des relations de travail », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, pp. 12-13 ; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32 ; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 153 et s. ; D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXI^e siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *R.R.D.*, 2008, pp. 242 et s. ; K. ROSIER, « Du neuf dans la jurisprudence Antigone en matière contractuelle ? », *B.J.S.*, 2017/579, p. 6.

2. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note de Baerdemaeker, *N.J.W.*, 2010, p. 195, note Van Kildonck, *Pas.*, 2008, p. 652, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note Kefer.

3. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *J.T.*, 2017, p. 69.

À l'heure actuelle, il est important de relever que ces questions restent ouvertes et les réponses à celles-ci incertaines¹.

680 Intérêts publics ou privés ?

Cet arrêt est-il transposable en toutes matières, soit celles relevant de l'ordre public (comme c'était le cas au sein de l'arrêt du 10 mars 2018 qui traitait de l'application de la réglementation de fraudes en matière de chômage) et celles relevant de l'ordre privé² ?

La doctrine majoritaire estime que les enseignements de cet arrêt sont applicables en toutes matières³.

La plupart des juges du fond, confrontés à la question de la régularité d'une preuve présentée, font application de la jurisprudence *Antigone*, sans faire de distinction entre les matières relevant de l'ordre public et celles liées à l'ordre privé⁴.

Une jurisprudence, certes minoritaire, tient compte de l'opinion doctrinale minoritaire et limite l'application du test *Antigone* à des cas où des intérêts d'ordre public sont menacés. Tel est le cas de deux arrêts rendus par la Cour du travail de Bruxelles le 7 février 2013⁵ et le 4 août 2016⁶. Il en est de même de la Cour du travail de Liège

1. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69 ; K. RO-SIER, « Illégalité d'un système de traçage G.P.S. et preuve irrégulière », *J.L.M.B.*, 2020, p. 1353 ; S. LACOMBE, « Antigone : Evolution en droit social – A la source de Manon », in *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe pénal, social et fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 43-89.
2. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 143 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.
3. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 143 ; N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1143 ; F. KEFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *R.D.S.*, 2013, pp. 207 et s. ; R. de BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens ... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; I. VERHELST et N. THOELLEN, « Over privacy, contrôle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors.*, 2008, p. 207 ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, n° 22 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, coll. CUP, vol. 126, Limal, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n° 10.
4. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69 qui cite : Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, *T.G.R./T.W.F.R.*, 2009, p. 275 ; C. trav. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK *Ors.*, 2008, nos 18 et 19 ; Trib. trav. Audenarde, 3 février 2009, *Chr. D.S.*, 2010, p. 396 ; C. trav. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 535 ; Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note Mougénot, *J.L.M.B.*, 2012, p. 492 ; Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398, note Defloor ; C. trav. Gand, 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366 ; C. trav. Liège, 10 septembre 2010, R.G. n° 36.362/09, www.juridat.be ; C. trav. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899 ; C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833 ; C. trav. Liège, 8 mars 2011, *Chr. D.S.*, 2011, p. 404 ; C. trav. Bruxelles, 9 août 2011, *Chr. D.S.*, 2012, p. 468 ; C. trav. Anvers, 23 novembre 2011, *N.J.W.*, 2012, p. 550 ; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497 ; Gand, 7 novembre 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 356 ; C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.
Voir également C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390 ; C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298 ; Trib. trav. Liège, (7^{ème} ch.), 6 novembre 2020, inédit.
5. C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. Mougénot, *Orientations*, 2013, p. 25, *Oriëntatie*, 2013 p. 131, *Chr. D.S.*, 2013, p. 106, note Rijckaert.
6. C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390. Voir également C. trav. Liège, 7 mai 2019, *Chr. D. S.*, 2020, pp. 359-364.

qui, dans un arrêt du 6 février 2015, exclut implicitement la jurisprudence *Antigone* aux litiges d'ordre privé¹.

Cette question n'est donc, à ce jour, pas tranchée.

690 Application de la jurisprudence *Antigone* aux preuves civiles illégales ainsi qu'aux preuves légales mais obtenues illégalement ?

L'arrêt de la Cour de cassation vise uniquement la « preuve illicitement recueillie ». La question suivante a donc été posée : le test *Antigone* peut-il être appliqué à la preuve illégale en soi, ou doit-il être limité aux preuves recueillies illégalement (auquel cas la preuve illégale en soi serait automatiquement écartée des débats) ? De même, est-elle applicable aux preuves déloyales ?

Une partie de la doctrine² plaide pour une application large, sans distinction, de la jurisprudence *Antigone*. Tel est le cas de D. Mougenot qui énonce : « L'arrêt de mars 2008 ne parle que des preuves 'illicitement recueillies'. Prise à la lettre, cette expression devrait limiter l'application de la jurisprudence *Antigone* aux seules preuves contraires à la loi. Mais, dans la mesure où l'on met sur le même pied illicéité et déloyauté, on n'aperçoit pas pourquoi les preuves déloyales devraient être traitées différemment »³.

Par un arrêt rendu le 12 juin 2015, la Cour du travail de Bruxelles a décidé d'écarter d'office les preuves illégales par nature, considérant que le test *Antigone* ne devrait être appliqué qu'en présence de preuves légales mais recueillies illégalement⁴. La Cour du travail se fonde sur les termes « preuves recueillies illégalement » de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 pour exclure du test *Antigone* les preuves illégales.

Cette question devra être définitivement tranchée par la Cour de cassation.

700 Adéquation des critères d'appréciation et circonstances à prendre en considération

Lorsque le juge décide de faire application du test *Antigone*, il doit tenir compte des critères suivants :

- le non-respect de formes prescrites à peine de nullité ;

1. C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298, *Chr. D.S.*, 2016, p. 37. Le litige concernait une évaluation du taux d'incapacité et ne relevait donc nullement de la sphère d'ordre public (ou pénale comme cela était le cas au sein de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 où le contrevenant, poursuivi pour travail au noir, risquait une sanction d'exclusion à caractère pénal). La Cour énonce « A la différence du cas d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 concernant un chômeur ayant cédé l'existence d'une activité incompatible avec la perception des allocations, le présent litige ne se meut ni directement, ni même indirectement, dans la sphère pénale. (...) Cette illégalité commise par l'appelante dans l'exercice de ce mode de preuve commande que le rapport de détective et les images prises à l'insu de l'intimé et sans qu'il y ait eu accès avant leur dépôt au dossier de la procédure soient écartés des débats. Il n'y a pas lieu de résoudre cette question de légalité par une application extensive de la jurisprudence *Antigone* en dehors de la sphère dans laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation l'a cantonnée jusqu'à présent : celle du contentieux pénal et celle de litiges du droit de la sécurité sociale dans lesquels sont constatées des infractions pénales commises par des assurés sociaux ou des infractions aux obligations réglementaires de déclaration précise et complète de leur situation de revenus ou d'activités, réprimées par des sanctions d'exclusion de prestations sociales qui revêtent un caractère de nature pénale au sens de la jurisprudence de Strasbourg en la matière ».

2. Pour une assimilation des preuves illégales et des preuves recueillies de façon illégale voir B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, p. 166.

3. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 144 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 71.

4. C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364 ; voir égal., F. BLOCKX, « Kan informatie verkregen door een schending van het beroepsgeheim worden 'witgewassen' dankzij de Antigoon-leer », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 360, n° 8.

- l'absence de fiabilité de la preuve ; et
- l'atteinte au principe du procès équitable¹.

Ces critères sont peu adaptés à l'administration de la preuve en matière civile².

Premièrement, il existe, en procédure civile, très peu de formalités probatoires dont la violation est prescrite à peine de nullité³. En outre, dans le cadre d'une procédure civile, le pouvoir du magistrat en matière de nullité est assez large : une formalité ne sera déclarée nulle que si elle cause un grief à celui qui l'invoque⁴. Ce premier critère est donc particulièrement inadéquat en procédure civile.

Deuxièmement, la Cour de cassation énonce que « la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ». Ce critère se confond en réalité avec celui de la valeur probante de la preuve. « Si certains modes de preuve sont peu fiables et offrent une valeur probante moyenne ou limitée, cela tient aux limites intrinsèques de ces modes de preuve et non à l'irrégularité commise durant l'administration de la preuve »⁵. Ce débat relatif à la valeur probante existe en tout état de cause, que la preuve soit légale ou non^{6, 7}.

Enfin, le critère du respect du procès équitable semble particulièrement flou⁸ et il est difficile d'établir concrètement les cas dans lesquels la production d'une preuve recueillie illicitement porterait atteinte au procès équitable en droit civil⁹.

Les circonstances énumérées par la Cour de cassation peuvent également aider le juge dans son appréciation de l'admissibilité de la preuve illégale. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 mars 2008, précise que le juge civil doit apprécier l'« admissibilité à la

1. Pour une analyse de ces critères en matière civile, voir D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 148-165.
2. N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1143.
3. Voir notamment, S. LACOMBE, « Antigone : Evolution en droit social – A la source de Manon », in *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe pénal, social et fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 76 et s.
4. Art. 861 C. jud.
5. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 70 qui cite également F. KEFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 14 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, formation permanente C.U.P., vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36 ; P. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen dochbruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. strafv.*, 2004, p. 137. Voir également N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1143 ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, p. 167.
6. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 70 ; N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1143.
7. Dans un arrêt du 23 novembre 2011 (*N.J.W.*, 2012, p. 550), la Cour du travail d'Anvers rejette un certificat médical obtenu en violation du secret médical, parce qu'il n'apparaît pas très convaincant. Dans un arrêt du 7 janvier 2015 (*J.T.T.*, 2015, p. 166), la Cour du travail de Bruxelles rejette un enregistrement filmé à l'insu des protagonistes, pour atteinte à la fiabilité. L'organisateur de cet enregistrement a agi à l'insu de son interlocuteur et dans un but bien précis. Il a eu la possibilité de préparer les questions de manière à induire les réponses. La preuve ainsi recueillie n'est pas crédible. Dans un arrêt du 10 juin 2015 (*J.T.T.*, 2016, p. 77), la Cour du travail de Mons rejette un contrôle de données relatives à un GSM utilisé par un employé parce que les investigations étaient orientées. Les éléments de preuve n'établissent pas avec certitude que l'employé était l'auteur des appels litigieux.
8. N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1143.
9. N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *R.D.C.*, 2019/9, p. 1143 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 70 ; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 167.

lumière des critères ou circonstances ». La Cour de cassation a énuméré les circonstances suivantes¹ :

« le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction »².

Les circonstances libellées par la Cour de cassation gardent une connotation pénale. Afin de faciliter la tâche du juge civil dans l'application de celles-ci, D. Mougenot propose de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction »³. Ainsi, une reformulation et une interprétation de ces critères dans le cadre d'un litige civil amènent le juge à comparer la gravité des manquements (celui qui a été commis par celui qui produit la preuve illégale et celui que l'on cherche à prouver)⁴ voire à mettre en balance les intérêts en présence : le droit à la preuve du demandeur et le droit du défendeur au respect de ses droits fondamentaux⁵.

Actuellement, il existe toujours un grand flou dans l'application des critères du test *Antigone* par les juges civils.

SOUS-SECTION 3. FORCE PROBANTE ET VALEUR PROBANTE

710 Définition de la valeur probante et article 8.1, 14^o, du Code civil

Il s'agit ici de répondre à la question : « Que vaut cette preuve ? »

La **valeur probante** d'une preuve est son aptitude à emporter la conviction du juge⁶, ce qui n'est pas forcément le cas, avons-nous vu, de tout élément de preuve recevable. C'est donc son caractère convaincant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience⁷.

En vertu de l'article 8.1; 14^o, du Code civil, la valeur probante est « *la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge* ».

1. Dominique Mougenot qualifie ces circonstances de « critères secondaires ». Voir D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 70 ; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 167.

2. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note de Baerdemaker, *N.J.W.*, 2010, p. 195, note Van Kildonck, *Ors.*, 2008, p. 27 ; *Pas.*, 2008, p. 652 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note KEFER.

3. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 70.

4. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 156.

5. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 157.

6. F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n^o 35 ; R. BISCARI, *op. cit.*, p. 197 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 75, n^o 14-2 ; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques - Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2002, p. 198.

7. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 10 ; F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, n^o 35.

« En principe, la valeur probante d'une preuve est librement appréciée par le juge »¹. Dès lors que l'élément de preuve présenté apparaît au magistrat comme une manifestation fiable de la réalité, il accordera à l'élément une valeur probante. C'est alors seulement que l'on peut parler véritablement de preuve.

720 Définition de la force probante et article 8.1, 15^o, du Code civil

La **force probante** est la force accordée par la loi à un élément de preuve ou « l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties »². La notion renvoie à une certaine hiérarchie des modes de preuve. Celle-ci permet de mesurer le degré de liberté des parties et du juge par rapport à la preuve présentée. La force probante importante d'un mode de preuve enlève le pouvoir d'appréciation du juge et donc la question de la valeur probante du moyen de preuve³.

Ex. : si deux éléments sont admissibles comme modes de preuve, c'est celui auquel la loi attache une force probante qui sera pris en compte. Ainsi, un écrit signé prime un témoignage ou une présomption de fait.

L'article 8.1, 15^o du Code civil définit la force probante en ces termes : « *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* ».

730 Comment concilier force probante et valeur probante ?

La distinction entre force probante et valeur probante est souvent méconnue des praticiens. Les écrits de Dominique Mougenot sont à cet égard éclairants. Ils sont repris au sein des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 2019 : « Force probante et valeur probante sont inversement liées. Lorsqu'un mode de preuve a force probante (preuve littérale, aveu, serment ...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve : il doit l'accepter tel quel, sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsqu'un mode de preuve n'a pas de force probante (témoignages, présomptions, copies ...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve »⁴. Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi⁵.

La clarification de ces concepts de base est salutaire et permettra de résoudre une confusion fréquente en pratique entre la force probante et la valeur probante⁶.

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

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 75, n° 14-2.

3. E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques—Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2002, n° 40.

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 76, n° 14-2.

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

6. B. ALLEMEERSCH et A.S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 634.

SOUS-SECTION 4. LE RESPECT DE LA FOI DUE AUX ACTES

740 Définition

La « foi due aux actes » est le respect que l'on doit attacher à ce qui est constaté par écrit¹. Violer la foi due aux actes signifie par conséquent, méconnaître ce qu'il révèle, ce qu'il constate, lui faire dire autre chose que ce qu'il exprime, en bref, le faire « mentir »^{2,3}.

750 Absence de la foi due aux actes au sein du nouveau livre 8

Le législateur n'a pas estimé utile de définir cette règle au sein du nouveau livre 8. Il est vrai que cette règle, habituellement fondée par la Cour de cassation sur les articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil⁴, ne constitue pas une règle de preuve mais une règle d'interprétation⁵. Dès lors, le concept de « la foi due aux actes » n'apparaît pas au sein du nouveau livre 8^{6,7}.

SECTION 1^{RE}. LES DÉFINITIONS DU LIVRE 8

760 Mise en contexte

À l'instar des codes modernes, le livre 8 du Code civil débute par une série de définitions⁸. Ces définitions nouvelles ont le mérite de préciser différentes notions juridiques et limiter, de ce fait, les controverses doctrinales et jurisprudentielles⁹.

Ces définitions seront abordées çà et là dans le cadre de l'examen des différents modes de preuve. Nous y renvoyons le lecteur.

770 Réflexions critiques sur la portée des définitions du livre 8

Ces définitions suscitent toutefois de nouvelles interrogations.

Tout d'abord, on peut s'interroger sur leur portée. Se limitent-elles au Code civil ? Régissent-elles uniquement les questions du formalisme probatoire ? Comment les articuler avec celles du Code de droit économique ?

Ensuite, en insérant, outre la définition de la notion d'écrit, une définition propre à l'écrit signé, le législateur crée une nouvelle distorsion.

Là où le livre 8 utilise la notion d'« écrit signé », les législations particulières continuent d'employer le vocable d'« écrit ».

1. Cass., 26 janvier 2005, *Pas.*, 2005, n° 52.

2. F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1978, *J.T.*, 1978, p. 487, n° 36 ; E. KRINGS, concl. précéd. Cass. (aud. plén.), 13 mai 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, p. 1196 ; H. BOULARBAH, P. GERARD et J.F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 249, n° 538.

3. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 249.

4. F. DUMON, *op. cit.*, p. 487, n° 36.

5. B. ALLEMEERSCH et A.S. HOUTMEYERS, *op. cit.*, p. 634.

6. *Ibidem.*

7. Voir sur la portée exacte de ce principe et les différents courants, R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass., 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, liv. 4, p. 691 et s.

8. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 639.

9. S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », in *Het burgerlijk recht in beweging/Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 97.

Ainsi, par exemple, comme le souligne J.-B. Hubin, le concept d'écrit utilisé à l'article 64 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances n'a pas été adapté suite à la réforme. Il renvoie toujours à la notion d'« écrit » et non à celle d'« écrit signé ». Or, il est évident que le contrat d'assurance requiert un écrit signé et non toute forme d'écrit¹. Il eût été opportun pour le législateur d'adapter les législations particulières au regard de la réforme.

SECTION 2. L'OBJET DE LA PREUVE (QUE DOIT-ON PROUVER ?)

780 Principe : article 8.3, al. 1^{er}, du Code civil

L'article 8.3 du Code civil trace les règles applicables en matière d'objet de la preuve. Cet article dispose :

*« Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits² ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés.
Les faits notoires ou les règles d'expérience commune ne doivent pas être prouvés.
Le droit, même étranger, ne doit pas être prouvé ».*

Il reprend la règle actuellement admise selon laquelle la preuve doit porter uniquement sur les faits allégués par une partie et contestés par son adversaire³.

Ce principe est rappelé par notre Cour de cassation dans son arrêt du 18 avril 2008 en ces termes :

« La demanderesse s'est bornée en conclusions à dénier l'existence d'une faute dans son chef mais n'a contesté ni l'existence ni l'étendue du préjudice en relation causale avec celle-ci, dont le défendeur faisait état.

D'une part, seuls les faits contestés doivent être prouvés.

D'autre part, une disposition n'est pas violée par le simple fait que le juge qui déclare cette disposition applicable ne constate pas que toutes les conditions d'application de celle-ci sont réunies, sans préjudice de l'obligation du juge de répondre aux conclusions »⁴.

Notons qu'une « simple dénégation de celui contre lequel une allégation est formulée suffit pour qu'elle soit considérée comme contestée »⁵.

A contrario, il a toujours été admis que les faits non contestés ne devaient pas être prouvés⁶.

À cet égard, la Cour de cassation a jugé qu'« en matière civile, le silence d'une partie sur un fait allégué par la partie adverse ne peut, sauf dispositions légales particulières, étrangères à l'espèce, constituer un aveu que s'il est accompagné de circonstances qui lui confèrent ce caractère »⁷.

1. J.-B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15705/2.

2. Les faits visés sont les faits matériels et les faits juridiques.

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

4. Voir Cass., 18 avril 2008, R.G. C.07.0409.F.

5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 101, n° 22.

6. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 101, n° 22.

7. Cass., 27 février 1998, R.G. C.97.0038.F., *Pas.*, 1998, I, p. 267.

Si l'allégation n'est pas contestée, le juge peut retenir cette circonstance à titre de présomption de fait. Il reste alors libre d'apprécier la valeur probante de la présomption de fait qui découle de cette absence de contestation^{1 2}.

Se pose toutefois la question de savoir si le juge peut ou doit considérer que le fait non contesté est prouvé. Le législateur laisse la question ouverte:

En 2018, J.F. Van Drooghenbroek affirmait déjà que « la dispense de preuve déduite – au titre de présomption de l'homme – de l'absence de dénégation formelle, s'offre au juge mais ne s'impose pas à lui. Il peut s'y tenir, mais n'y est point astreint, sachant qu'il peut préférer mobiliser les remblais du dossier pour anticiper la dénégation formelle qui pourrait – et selon toute vraisemblance devrait – jaillir lors d'une prochaine séquence du procès »³.

À l'instar de cet auteur, nous estimons que « seule la thèse de la faculté, à l'exclusion de la thèse de l'obligation, est compatible avec les acquis historiques sur l'office du juge actif »⁴.

En ce sens, J.-B. Hubin énonce également que l'article 8.3, alinéa 1^{er}, tel qu'il est formulé « ne paraît en effet pas incompatible avec la position selon laquelle, bien qu'une allégation de fait ne soit pas expressément contestée, le juge ne pourrait néanmoins, en respectant le principe du contradictoire, déduire des écrits de procédure, voire des pièces du dossier, une contestation implicite de cette allégation, et ce faisant rétablir la charge de la preuve sur la partie qui s'en prévaut »⁵.

790 Exceptions : article 8.3, alinéas 2 et 3, du Code civil

L'article 8.3, alinéa 2, mentionne des exceptions à ce principe : il s'agit des faits notoires et des règles d'expérience commune qui sont admises de longue date⁶. Selon les travaux préparatoires, les faits notoires sont « les faits que tout homme normalement informé doit connaître ou peut découvrir par des sources généralement accessibles (par exemple, certains faits historiques célèbres, comme la date de fin de la première guerre mondiale) »⁷. Les règles d'expérience commune sont « des faits que toute personne peut expérimenter dans la vie courante (l'eau gèle à 0 °C par exemple) »⁸.

Partant, il existe une interdiction faite aux juges de se fonder sur des faits non établis, autres que des faits généralement notoires ou des données d'expérience commune : « il s'agira alors d'un fait connu du juge de sa science personnelle et n'ayant pas été soumis à la contradiction des parties et, s'il fonde sa décision sur un tel fait, il

1. Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265.

2. Cela présente un intérêt certain lorsque la preuve est libre (par exemple entre entreprises, preuve entre particuliers ou contre un particulier d'un acte dont la valeur juridique est inférieure à 3500 EUR, etc.).

3. J.F. VAN DROOGHENBROEK, « Une théorie (belge) du fait constant ? », in X., *L'office du juge. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 291.

4. Voir *Leçon inaugurale de J.F. Van Drooghenbroeck*, Chaire Francqui, 2020 (KULeuven).

5. J.-B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15705/1 qui cite J.F. VAN DROOGHENBROEK, « Une théorie (belge) du fait constant ? », in X., *L'office du juge. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 286.

6. Cass., 9 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 594 ; Cass., 6 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 566 ; Cass., 17 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1006 ; Cass., 15 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 226.

7. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 12 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Liège, Anthemis, CUP, vol. 193, p. 18 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive », *J.T.*, 2019, p. 640.

Sur la notion de faits notoires : voir B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard. Over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 14.

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

viole les articles 8.1, 9^o et 8.29 (anciennement 1349 et 1353) du Code civil et méconnaît le principe général du droit imposant le respect des droits de la défense »^{1 2}.

Enfin, conformément à l'alinéa 3 de l'article 8.3, les règles de droit, même étrangères, ne doivent pas être prouvées. Ce principe est admis par la Cour de cassation³. Le juge doit connaître non seulement la loi nationale, mais il doit aussi rechercher le contenu de la loi étrangère lorsque cette dernière régit la contestation en vertu de la règle de conflit applicable. Il lui appartient également d'appliquer ce droit conformément à l'interprétation qui lui est donnée dans le pays concerné⁴.

Reprenons l'exemple des travaux préparatoires : il s'agit d'un accident de ski survenant en Autriche, où des règles différentes s'appliquent sur les pistes de ski. « Cette jurisprudence⁵ a pour conséquence que les charges de la preuve n'incombent pas au justiciable mais bien, en fin de compte, à la justice, qui dispose des moyens nécessaires à cet effet. Ainsi, lorsque les parties n'apportent pas suffisamment d'éléments et de documents, la Convention de Londres permet à la justice de recueillir des renseignements de différentes manières, par exemple par la voie diplomatique, et ce système fonctionne »⁶.

La règle doit encore être articulée avec l'article 15 du Code de droit international privé⁷ qui dispose que :

« § 1er. Le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge.

1. J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile -- Quelques enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 6.
Voir également D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *op. cit.*, n^o 4 et les nombreuses références jurisprudentielles ainsi que V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, pp. 18-19.
2. Ont été considérés comme relevant de l'expérience commune : le fait que la texture des parois latérales d'un pneu est plus tendre que celle de la bande de roulement (Cass., 14 novembre 2002, *pas.*, 2002, I, p. 2175), le fait qu'aucune institution de crédit ne renonce « gratuitement » à une sûreté, sans qu'il soit constitué simultanément une nouvelle et meilleure sûreté, ou que la dette soit simultanément totalement amortie (Cass., 7 février 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 321), le fait que la ménule peut affecter la stabilité d'un immeuble et requiert des mesures curatives immédiates (Cass., 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, p. 130, *Pas.*, 2008, I, p. 1576).
Voir à l'inverse des hypothèses ne relevant pas de l'expérience commune : Cass., 11 janvier 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 62 ; *Pas.*, 2001, p. 66 ; Cass. 17 octobre 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1888 ; *Pas.*, 2003, p. 1633.
3. Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 159 ; Cass., 23 février 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 727 ; Cass., 3 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1241 ; Cass., 10 mars 1988, *Bull. ass.*, 1988, p. 659 ; *R.W.*, 1988-1989, p. 403 ; Cass., 20 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 868 ; *R.W.*, 1989-1990, p. 163 ; *R.G.D.C.*, 1991, p. 275 et note M. MASSAGE, « Le principe de l'admissibilité du divorce pour cause déterminée entre époux étrangers de même nationalité », pp. 223 à 239 ; Cass., 3 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1195, note A. Kohl ; Cass., 18 juin 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n^o 12366, note Fallon ; Cass., février 2005, *J.T.T.*, 2005/16, n^o 920, p. 261.
4. Cass., 18 juin 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n^o 12.366, note M. FALLON ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 19.
Notons que l'article 15 du Code de droit international privé a repris ce principe :
« § 1er. Le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge.
Le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger.
§ 2. Lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties.
Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge ».
5. Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 159 ; Cass., 23 février 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 727 ; Cass., 3 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1241 ; Cass., 10 mars 1988, *Bull. ass.*, 1988, p. 659 ; Cass., 20 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 868.
6. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 54-3349/005, p. 10.
7. Voir J.-B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile », *R.G.A.R.*, 2020, n^o 15705/2.

Le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger.

§ 2. *Lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties.*

Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge ».

L'exposé des motifs précise que « L'expression 'le droit' indique bien que toute forme de règle juridique est visée, quelle qu'en soit la source (traité, règlement ou directive, loi, décret, arrêté royal ou de l'exécutif régional, ...). La coutume étant une règle de droit, elle ne doit pas être prouvée »¹. Par contre, les usages conventionnels ne constituent pas une règle de droit et doivent être prouvés².

SECTION 3. LA CHARGE DE LA PREUVE (QUI DOIT PROUVER ?)

800 Libellé de l'article 8.4 du Code civil

L'article 8.4, qui traite de la charge de la preuve, énonce :

« Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent.

Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention.

Toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve.

En cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement.

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. »

SOUS-SECTION 1^{RE}. SUR QUI PÈSE LA CHARGE DE LA PREUVE ?

810 Toilettage de l'ancien article 1315 C. civ.

L'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil réaffirme les règles contenues à l'ancien article 1315 du Code civil³.

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

2. B. ALLEMEERSCH *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013 », *T.P.R.*, 2015-2, n° 47, p. 650 ; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Malines, Kluwer, 2013, n° 82, p. 46 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 104.

Voir projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 12.

3. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive », *J.T.*, 2019, p. 640.

L'ancien article 1315 du Code civil énonce : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Cette disposition est habituellement appliquée avec l'article 870 du Code judiciaire, lequel stipule : « Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue »¹.

La nouvelle disposition énonce : « Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent.

Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

La disposition proposée a donc « été élargie au-delà du strict domaine du droit des obligations »².

De prime abord, la présentation de l'article 8.4 semble découper le procès en deux temps. Tout d'abord, le demandeur doit prouver les faits sur lesquels il fonde sa demande, ceux qui sous-tendent son droit. Ensuite, si cette preuve est rapportée, le défendeur devra prouver les faits justifiant qu'il ne soit pas tenu par l'obligation que le demandeur veut voir peser sur lui³.

En pratique, au cours du procès, chacune des parties fait valoir ses arguments car « il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps »⁴. La question de la charge de la preuve ne présente un intérêt qu'en cas de doute persistant quant à la valeur probante des preuves produites, le juge les écartera et fera peser le risque de perdre le procès sur la partie qui avait la charge de la preuve (voir *infra* n° 840, sur le risque de la preuve).

SOUS-SECTION 2. LA COLLABORATION DES PARTIES À L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

820 Innovation : fondement légal de l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve

Le troisième alinéa de l'article 8.4 selon lequel « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve » constitue une innovation. Il vise à rappeler l'obligation de toutes les parties à collaborer à l'administration de la preuve et conférer une valeur légale à ce principe reconnu par la Cour de cassation comme un principe général de droit⁵.

1. Sur le champ d'application de l'article 870 du Code judiciaire, voir S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Bruges, La Chartre, 2009, p. 162.

2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 13.

Comme le précise les travaux préparatoires de la loi, la nouvelle formulation est inspirée d'une proposition de l'auteur français M. Mekki (M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales – L'art de clarifier sans innover », *Droit et patrimoine*, septembre 2015, pp. 36 et s).

3. Voir N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 37 et s.

4. D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, 3^e éd., 2002, p. 93.

5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 13.

Cass., 25 septembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1424 ; Cass., 4 juin 2015, C.14.0479.F., *J.L.M.B.*, 2017, p. 296, *Pas.*, 2015, p. 1442, concl. A. Henkes.

Comme le précise G. De Leval, « avant que n'opère la charge de la preuve, prend place, pesant sur chacun, le devoir de collaboration à l'administration de la preuve ou encore de coopération à la manifestation de la vérité »¹.

L'article 871 du Code judiciaire, inchangé, a trait également à l'administration de la preuve. Cette disposition précise que le juge peut ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose.

830 *Quid en cas de refus de collaboration ?*

La passivité et le refus de collaboration d'une des parties à une mesure d'instruction, sans motif légitime, ont parfois été sanctionnés par la jurisprudence sous forme d'un partage des dépens alors que la partie demanderesse avait été déboutée de son action et ce, sur pied de l'article 882 du Code judiciaire².

Comme l'indique V. Ronneau, « D'autres sanctions sont envisageables : par exemple, le juge pourrait condamner la partie qui refuse de collaborer au paiement d'une amende civile (article 780bis du Code judiciaire), ou encore assortir d'astreinte la tenue d'une mesure d'expertise »³. Le juge pourrait également tirer parti de l'article 972bis⁴ du Code judiciaire et tenir compte d'un refus de collaboration au titre de présomption pour fonder sa conviction⁵.

A la faveur de la réforme, un refus fautif de collaboration pourrait également entraîner un renversement de la charge de la preuve (art. 8.4, al. 5) et ce pour autant que les conditions strictes d'application de l'article précité soient réunies).

1. G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile » in G. DE LEVAL, *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 32-33.
D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, « Manuel de procédure civile », Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 476-478 ; J. OOSTERBOSCH, G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile – Quelques enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 6.
2. V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227.
3. V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227.
4. Art. 972bis : « § 1er. Les parties sont tenues de collaborer à l'expertise. A défaut, le juge peut en tirer toute conséquence qu'il jugera appropriée.
Au moins huit jours avant la réunion d'installation et, à défaut, au début des travaux, les parties remettent à l'expert un dossier inventorié rassemblant tous les documents pertinents.
§ 2. La convocation en vue de travaux ultérieurs se fait conformément à l'article 972, § 1er, dernier alinéa, sauf si l'expert a été autorisé par les parties et les conseils à recourir à un autre mode de convocation.
Si toutes les parties ou leurs conseils demandent un report, l'expert est tenu d'y consentir. Dans tous les autres cas, il peut refuser ou consentir le report et il notifie sa décision au juge par lettre missive. L'expert dresse un rapport des réunions qu'il organise. Il en envoie une copie au juge, aux parties et aux conseils par lettre missive, et, le cas échéant, aux parties qui ont fait défaut, par lettre recommandée ».
5. V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227 et les références doctrinales citées.

SOUS-SECTION 3. LE RISQUE DE LA PREUVE

840 Consécration de la théorie du risque à l'article 8.4, alinéa 4 du Code civil

L'alinéa 4 de l'article 8.4 introduit la théorie du risque de la preuve, déjà admise en jurisprudence et en doctrine, dans le nouveau Code civil¹. La théorie du risque de la preuve détermine, en cas de doute persistant, celui qui assume le risque de la preuve et succombe². L'article 8.4, alinéa 4, prévoit, en effet, « qu'en cas de doute, celui sur qui repose la charge de la preuve succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ».

SOUS-SECTION 4. LE RÔLE DU JUGE

§ 1^{er}. Le rôle du juge dans l'administration de la preuve³

850 Le principe dispositif et le respect des droits de la défense

Il est important de rappeler deux principes essentiels, qui tracent le cadre global dans lequel s'inscrit l'action du juge et qui permettront de mieux comprendre son rôle dans la problématique particulière de l'administration de la preuve.

860 Principe dispositif

Le premier de ceux-ci est le **principe dispositif**, selon lequel le procès civil est aux mains des parties⁴. Ce sont elles qui fixent les limites du litige soumis au juge et en fixent les termes, en déterminant l'objet (« la chose demandée », « la prétention », « l'avantage ou le résultat recherché ») et la cause (les faits allégués par les parties) du litige soumis au juge⁵. Le juge ne peut donc modifier l'objet ou la cause du procès, ni accorder aux parties plus qu'elles ne demandent⁶. A défaut de respecter cette règle, on dit qu'il statue *ultra petita*.

La procédure dans laquelle l'initiative est ainsi laissée aux parties est appelée « **acusatoire** »⁷. Le juge n'est là que pour garantir le respect de la procédure et ne doit pas influencer, de façon décisive, la manière dont le procès est mené. Il a un rôle

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14. Voir également F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive », *J.T.*, 2019, p. 641 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 240 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 26.

Sur la théorie des risques voir également M. MEKKI, « Preuve et vérité en France » in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 815-849.

2. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 119 (l'auteur reprend la distinction entre la charge de la preuve et le risque de la preuve) ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive », *J.T.*, 2019, p. 641 ; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 39.

3. Ce paragraphe reproduit partiellement et s'inspire des développements du Professeur E. Montero (voir avant-propos).

4. Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 181.

5. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles Larcier, 2014, p. 211 et s.

6. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles Larcier, 2014, p. 211 et s.

7. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 82.

qu'on pourrait qualifier de passif¹. Les parties sont ainsi à l'origine du procès et elles peuvent y mettre fin.

Comme l'affirme D. Mougenot, « il est difficile de faire une différence nette entre principe dispositif et modèle accusatoire. Tous deux expriment la même réalité »². Le procès n'est véritablement la chose des parties qui si l'on peut cumuler principe dispositif et procédure accusatoire.

Les procédures accusatoires s'opposent aux procédures dites « inquisitoires », dans lesquelles le tribunal a l'initiative des poursuites³. La procédure pénale en constitue un exemple.

870 Respect des droits de la défense

Le second principe est celui du **respect dû aux droits de la défense**. Il est intimement lié au principe du contradictoire⁴. En matière de droit de la preuve, il implique notamment que chaque partie au procès a le droit de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, et de la discuter⁵. Chaque partie doit pouvoir recevoir les pièces déposées et invoquées par l'autre partie à l'appui de ses prétentions.

Comme l'indique D. Mougenot, « Le principe du contradictoire (ou de la libre contradiction) signifie qu'une partie ne peut être correctement jugée sans avoir eu l'occasion de 'contredire' toutes les prétentions de son adversaire. Elle doit donc :

- avoir été entendue ou, à tout le moins, mise en mesure d'être entendue ; et
- avoir connu exactement la demande de son adversaire, ses moyens, c'est-à-dire son argumentation, et ses pièces »⁶.

Le principe du contradictoire implique également que les parties collaborent loyalement à l'administration de la preuve, sous la surveillance du magistrat⁷. Ce principe est désormais consacré à l'article 8.4, alinéa 4, du Code civil.

880 Tempérament

Toutefois, le système belge n'est pas purement accusatoire. En effet, les parties sont censées diriger les débats et apporter spontanément toutes les pièces pertinentes. « Dès l'entrée en vigueur du Code judiciaire, le rôle passif du juge s'est estompé et, de plus en plus, le déroulement de la procédure échappe aux parties. Parallèlement, le rôle actif du juge et ses responsabilités dans la bonne marche du procès s'accroissent »⁸.

Par exemple, s'il estime que les éléments produits par les parties sont insuffisants pour lui permettre de trancher le litige, le juge n'est pas totalement démuné. Il peut

1. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Précis de la Faculté de droit de l'UCL, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 20.

2. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 82.

3. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 82.

4. Cass., 9 janvier 2002, *Pas.*, 2002, p. 72. J. DE CODT, « De quelques ouvertures à cassation en matière pénale », *R.D.F.L.*, 2004, p. 253.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Kress c. France*, 7 juin 2001, req. n° 39594/98, pt. 65.

6. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 90.

7. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 90.

Voir également : D. MOUGENOT, « 5 - L'administration de la preuve et les mesures d'instruction » in *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, pp. 305-306.

8. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 83.

décider d'office des mesures d'instruction qui s'imposent pour établir les éléments de fait de l'affaire. Par exemple, le juge peut décider d'entendre des témoins (art. 916 C. jud.) ou de désigner un expert ; il peut demander la production de documents, même détenus par des tiers (art. 871 et 877 C. jud.), ordonner la comparution personnelle des parties (art. 992 C. jud.) ou prévoir une descente sur les lieux (art. 1007 C. jud.)¹.

Comme l'écrivait notre prédécesseur E. Montero, nous avons affaire, en définitive, à un système accusatoire, mâtiné d'éléments de procédure inquisitoire !

§ 2. Nouveaux pouvoirs du juge suite à la réforme en présence de circonstances exceptionnelles

890 Article 8.4, alinéa 5, du Code civil : une innovation inspirée de droits comparés

L'article 8.4, alinéa 5, du Code civil constitue l'une des nouveautés² introduites par la loi du 13 avril 2019. Inspiré du droit néerlandais et de la jurisprudence autrichienne, ce dernier alinéa de l'article 8.4 introduit une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »³.

Il dispose 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 ».

Ce mécanisme de renversement de la charge de la preuve repose sur l'idée que « les règles de la charge de la preuve ne peuvent aboutir à des conséquences iniques »⁴.

900 Conditions d'application

Néanmoins, cette possibilité offerte au juge est évidemment assujettie à des conditions particulièrement strictes. Les termes « circonstances exceptionnelles » et « manifestement déraisonnable » devront inciter le juge à la prudence dans l'application de cette règle⁵. L'exposé des motifs précise que : « la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve »⁶.

Trois critères, destinés à baliser les pouvoirs du magistrat, doivent être cumulativement remplis⁷.

1. Cf. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 80.
2. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35.
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.
7. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 26.

Premièrement, le juge doit d'abord « explorer toutes les possibilités de la collaboration des parties à l'administration de la preuve »¹. C'est un réel « *ultimum remedium* »². Le renversement de la charge de la preuve n'est pas envisageable 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. Lorsque le juge a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire, il ne lui est évidemment pas permis de faire usage de ce 5^e alinéa³.

Deuxièmement, le juge ne peut faire usage de cette règle qu'en présence de « circonstances exceptionnelles ».

Troisièmement, cette faculté ne pourra être mise en œuvre que « lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable »⁴.

Cette faculté offerte au juge d'inverser la charge de la preuve « s'exerce donc uniquement dans l'hypothèse où l'application des règles de base mènerait à une situation d'injustice flagrante » ; la volonté du législateur étant de conférer « une portée stricte, voire restrictive au texte »⁵. L'application de cette faculté doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »⁶.

L'exposé des motifs donne quelques exemples d'application de ladite disposition :

« 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. Dans ce cas, il apparaît raisonnable que les conséquences défavorables du doute du juge opèrent à l'encontre de la partie à l'origine de la disparition de la preuve. Le juge pourra ainsi prendre en considération la disparition des preuves due à l'écoulement du temps. Il pourra également sanctionner de cette manière un refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve. 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. L'existence d'un déséquilibre économique entre les parties, un particulier contre une grande entreprise par exemple, ne doit pas entraîner automatiquement un renversement de la charge de la preuve. Le juge peut toutefois tenir compte de ce déséquilibre, lorsque la charge de preuve pesant sur le particulier supposerait l'exécution de prestations extrêmement lourdes et/ou coûteuses pour lui. Par ailleurs, dans ces circonstances, le juge tiendra également compte de l'allègement du degré de preuve prévu à l'article 5 du présent projet, lorsque la preuve certaine du fait à prouver ne peut raisonnablement être rapportée »⁷.

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

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

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

4. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 27.

5. *Ibidem*.

6. V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 241 qui cite P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie, Falk Fils, 1907, p. 196.

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

Dans le rapport fait au nom de la commission de la Justice, un exemple concret est décrit :

« Un client se rend à un distributeur automatique pour effectuer un retrait. Suite à un problème technique, le distributeur ne délivre pas le montant demandé, mais débite néanmoins le compte du client. L'affaire est soumise à un juge, qui demande à la banque de produire ses registres. La banque affirme que ceux-ci ont été détruits »¹. La charge de la preuve pèse en principe sur le client. Le juge pourrait cependant décider d'inverser la charge de la preuve s'il estime les trois critères cumulativement réunis. La règle inscrite à l'article 8.4, alinéa 5, vise précisément à « remédier à ce genre de situation, en permettant au juge, dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la collaboration des parties n'a pas permis d'obtenir une preuve suffisante, de renverser la charge de la preuve. Dans l'exemple cité, il serait même possible de faire peser celle-ci sur la banque. Cela ne signifie pas pour autant que le juge mettrait noir sur blanc que la banque est fautive, mais bien qu'elle pourrait perdre si elle ne parvient pas à produire une preuve. Le renversement de la charge de la preuve vise à déterminer qui supportera les conséquences défavorables du doute qui subsiste dans le chef du juge. Cette faculté laissée au juge est strictement encadrée, comme en témoignent les termes utilisés dans la disposition en projet : 'jugement spécialement motivé', 'circonstances exceptionnelles', 'manifestement déraisonnable' »².

S'il entend faire usage de ce tempérament, le magistrat devra prendre un jugement « spécialement motivé », rencontrant les trois critères exposés ci-avant. Il s'agit à nouveau d'un garde-fou important.

SECTION 4. LE DEGRÉ DE PREUVE (JUSQU'À QUEL POINT PROUVER ?)

SOUS-SECTION 1^{RE}. PRINCIPE : LA PREUVE CERTAINE

910 En principe, selon l'article 8.5 du Code civil, « *hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude* ».

Le niveau de preuve attendu ne doit pas conduire à une « certitude à 100 % »³ mais à « une conviction qui exclut tout doute raisonnable »⁴. La preuve juridique ne correspond pas à une preuve scientifique ou absolue. Reprenant les enseignements de

1. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35.
2. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35.
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

W. Vandebussche, les travaux préparatoires précisent que l'expression correcte du degré de preuve requis est donc « un degré raisonnable de certitude »¹.

SOUS-SECTION 2. TEMPÉRAMENT : LA PREUVE PAR VRAISEMBLANCE

§ 1^{er}. L'article 8.6 du Code civil

920 Vue d'ensemble

L'article 8.6 du Code civil introduit un **tempérament à l'exigence d'une preuve certaine pour les faits négatifs** (§ 2) et consacre la jurisprudence classique de la Cour de cassation² et de la Cour de justice de l'Union européenne³ selon laquelle « le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif »⁴. Certains **faits positifs** sont également visés par l'exception (§ 3). Ce concept de « preuve par vraisemblance » provient de la jurisprudence suisse. Le droit comparé a d'ailleurs guidé le législateur dans certains choix (§ 4)⁵.

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16 et W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatigè daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 94 et s., n° 124 et s.
2. Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558 ; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2022 ; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 101 et s., n° 23.
3. C.J.U.E., 21 juin 2017, N.W. c.a. c. Sanofi Pasteur MSD SNC c.a., C-621/15 : « À cet égard, il est, certes, exact qu'un régime probatoire national tel que celui faisant l'objet de la première question est de nature à faciliter la tâche de la victime lorsqu'elle est appelée à apporter les preuves requises pour lui permettre d'engager la responsabilité du producteur. En effet, il ressort en substance des énonciations que comporte la décision de renvoi qu'un tel régime n'exige pas de la victime qu'elle produise, en toutes circonstances, des preuves certaines et irréfutables de l'existence du défaut du produit et de celle du lien causal entre ce dernier et le dommage encouru, mais qu'il autorise le juge, le cas échéant, à conclure qu'une telle existence est avérée en se fondant sur un faisceau d'indices dont la gravité, la précision et la concordance lui permettent de considérer, avec un degré suffisamment élevé de probabilité, qu'une telle conclusion correspond à la réalité ». (§ 28)
« Ainsi, d'une part, il incombe aux juridictions nationales de veiller à ce que les indices produits soient effectivement suffisamment graves, précis et concordants pour autoriser la conclusion selon laquelle l'existence d'un défaut du produit apparaît, nonobstant les éléments produits et arguments présentés en défense par le producteur, comme étant l'explication la plus plausible de la survenance du dommage de sorte que de tels défaut et lien de causalité peuvent raisonnablement être considérés avérés ». (§ 37)
« D'autre part, il importe que ces mêmes juridictions fassent en sorte que demeure in affecté le principe selon lequel c'est à la victime qu'il incombe de démontrer, par tous les moyens de preuves généralement admis par le droit national, et, comme en l'occurrence, notamment par la production d'indices graves, précis et concordants, l'existence d'un défaut du vaccin et d'un lien de causalité. Cela requiert que le juge veille à préserver sa propre liberté d'appréciation quant au point de savoir si une telle preuve a ou non été apportée à suffisance de droit, jusqu'au moment où, ayant pris connaissance de l'ensemble des éléments produits par les deux parties et des arguments échangés par celles-ci, il se considère en mesure, au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas dont il est saisi, de former sa conviction définitive à cet égard ». (§ 38).
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.
5. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 621, n° 724 et B. ALLEMEERSCH et A.S., HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 630 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, pp. 36-40.

§ 2. Les faits négatifs

930 Consécration jurisprudentielle

L'article 8.6, alinéa 1^{er}, consacre la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation selon laquelle : « si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve d'un fait positif contraire »¹. Dans un arrêt du 26 novembre 2010, la Cour de cassation a précisé qu'il ne suffit pas que le fait négatif soit simplement plausible. Il faut que le fait négatif soit « vraisemblable », ce qui est plus exigeant que « plausible »². Le nouveau Code civil est totalement en phase avec cet enseignement.

Le rapport fait au nom de la Commission de la justice admet la preuve par vraisemblance dans l'hypothèse où « un consommateur affirme qu'un professionnel, tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires, alors que le professionnel prétend quant à lui avoir transmis l'information oralement »³.

§ 3. Les faits positifs

940 Extension à certains faits positifs

La preuve par vraisemblance est également étendue à certains faits positifs, qui ne peuvent matériellement pas être prouvés d'une manière certaine ou dont la preuve certaine est tellement difficile qu'on ne peut raisonnablement l'exiger d'une partie⁴.

L'exposé des motifs reprend la jurisprudence établie en matière d'assurances, qui n'exige pas une preuve certaine du vol qui pèse sur l'assuré, victime de la soustraction frauduleuse⁵. Le législateur justifie son choix d'extension du tempérament aux faits positifs impossibles à prouver afin de ne pas créer une discrimination injustifiée entre le degré de preuve admis pour les faits négatifs d'une part et celui conféré aux faits positifs impossibles à prouver avec certitude d'autre part⁶.

1. Cass., 18 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186 ; *Larc. Cass.*, 2012/3, p. 65, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voir également Comm. Bruxelles, 31 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1588 ; Liège, 5 janvier 2010, *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26297, p. 238, note P. DE PAGE.
2. Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022.
3. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16 ; Mons (18^e ch.), 5 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1184 ; Bruxelles (4^e ch.), 28 mai 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.770 ; Gand (12^e ch.), 10 avril 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.660 ; Comm. Mons (3^e ch. temp.), 13 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1233 ; Civ. Bruxelles (8^e ch.), 19 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1227, cités par V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 36. Voir les exemples pris du droit suisse par cet auteur : pp. 36-40.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

§ 4. La notion de « vraisemblance »

950 Clarification des travaux préparatoires

La frontière entre le principe (certitude judiciaire) et son tempérament (preuve par vraisemblance) se révèle délicate et difficile à appréhender.

L'exposé des motifs parle d'un pourcentage de 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 »¹.

Entre le concept de prépondérance de la preuve applicable en *Common Law* qui renvoie à un pourcentage de 51 % et le modèle germanique plus exigeant, c'est le second qui a manifestement retenu la préférence du législateur².

SECTION 5. PRÉSOMPTIONS LÉGALES

960 Définition, base légale et illustrations

L'article 8.7 définit la présomption légale en ces termes :

« La présomption légale qu'une loi attache à certains actes juridiques ou faits modifie l'objet de la preuve ou, le cas échéant, dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

La présomption légale peut être renversée sauf :

1^o lorsque la loi en dispose autrement ;

2^o lorsque cette présomption entraîne la nullité d'un acte juridique ;

3^o lorsque cette présomption entraîne l'irrecevabilité d'une action ».

L'article 8.7 du Code civil s'inspire de l'article 1354 du Code civil français et reprend la description correcte du fonctionnement de la présomption légale.

Il convient de bien distinguer la présomption légale de la présomption de fait³. La première n'est pas un mode de preuve, contrairement à la seconde⁴. La présomption légale permet à la partie qui en bénéficie d'être déchargée du fardeau de la preuve en ce sens qu'elle ne doit pas prouver tous les faits qu'elle allègue. Elle peut se contenter d'apporter la preuve d'un fait aisé à démontrer, sur la base duquel on pourra induire l'existence d'un autre fait (plus difficile à démontrer).

Le second alinéa de cet article reprend la règle qui figure à l'ancien article 1352⁵ du Code civil, qui énonce les trois cas dans lesquels une présomption légale peut être considérée comme irréfragable. En toile de fond de ce second alinéa, on retrouve la distinction entre présomption réfragable et irréfragable. Il énonce en réalité les trois

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

2. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 642.

3. La confusion était présente dans l'ancien Code civil. Les deux types de présomptions étaient traitées au même endroit.

4. L'article 8.1, 10^o, définit la présomption de fait comme « le mode de preuve par lequel le juge déduit l'existence d'un ou plusieurs faits inconnus à partir d'un ou plusieurs faits connus ».

5. Ancien article 1352 du C. civ. :

« La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. »

hypothèses de présomptions irréfragables (à savoir lorsque la loi en dispose autrement, que la présomption entraîne la nullité de l'acte juridique ; ou lorsque la présomption entraîne l'irrecevabilité de la demande).

Comme exemples de présomption irréfragable du premier type (la loi en dispose autrement), on peut citer les articles 1384, al. 5, de l'ancien Code civil et l'article 1282 de l'ancien Code civil. Ensuite, au rang des présomptions irréfragables du deuxième type (la présomption entraîne la nullité d'un acte juridique), on épingle l'article 909 de l'ancien Code civil¹. Enfin, les travaux préparatoires mentionnent, à titre d'illustration de la présomption irréfragable du troisième type (la présomption entraîne l'irrecevabilité d'une demande), l'autorité de chose jugée entre parties^{2 3}.

1. Présomption de captation d'héritage.

2. Le jugement est présumé être le reflet de la vérité. Notons que cet ajout n'est pas sans incidence sur la controverse relative à l'effet positif de l'autorité de la chose jugée en droit judiciaire et son caractère (ir)réfragable. Voir sur cette question, A. CATALDO, « L'autorité de la chose jugée à l'égard des codébiteurs solidaires : du neuf avec du vieux ? », note sous Cass., 9 janvier 2020, *R.G.D.C.*, 2021, pp. 3-16, spéc. n° 26.

3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 18.

Chapitre 3. L'admissibilité des modes de preuve

SECTION 1^{RE}. LE PRINCIPE DE LA PREUVE LIBRE

970 Article 8.8 du Code civil

L'article 8.8 dispose que « *Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve* ».

Cet article opère un changement de paradigme. Alors que le droit belge, sous l'empire du Code Napoléon, ménageait une place de choix à la preuve réglementée, le législateur décide délibérément, dans le cadre de la réforme, de débiter le chapitre sur l'admissibilité des modes de preuve par un article instaurant le principe de la preuve libre.

Concédons toutefois que la règle, en tant que telle, ne modifiera pas sensiblement la pratique actuelle (sous l'égide de l'ancien Code civil). Il s'agit plutôt d'une clarification d'une « grandé importance symbolique »¹.

Ce principe de la preuve libre est la règle pour les faits matériels et les faits juridiques². Pour les actes juridiques, la règle est cependant directement tempérée par l'article 8.9 du même Code³ qui requiert un écrit⁴.

Autrement dit, on ne peut véritablement parler d'un virage à 180 degrés.

1. B. ALLEMEERSCH et A.S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 631. Voir aussi F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 643 qui parle d'un changement de paradigme.
2. Les faits juridiques peuvent être prouvés par toutes voies de droit/modes de preuve. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 131, n° 39 ; P. LECOCQ et E. JADOUL, *op. cit.*, p. 10 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 119 et s. ; C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 49.
3. Voir C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 49.
4. Cette disposition est le fruit de discussions nourries au sein de la commission sur la finalité de la preuve légale. Dans ce cadre, il a été rappelé que les règles de preuve visent, non pas à protéger la partie faible, mais à « sécuriser la transaction juridique, en obligeant les parties à se ménager une preuve efficace qui sera admise par le juge en cas de litige. L'efficacité de la preuve écrite résulte de sa stabilité dans le temps. De plus, la preuve écrite permet d'établir le consentement des parties contractantes, puisqu'elle comporte leur signature. Dès lors, le maintien de la preuve légale se justifie d'autant plus que cette finalité est toujours d'actualité aujourd'hui » (rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018:2019, n° 54-3349/005, p. 31).

SECTION 2. LA PREUVE RÉGLEMENTÉE

SOUS-SECTION 1^{RE}. MAINTIEN DU SYSTÈME DE LA PREUVE RÉGLEMENTÉE

980 Article 8.9 du Code civil

Le principe de la preuve réglementée est donc maintenu dans certaines hypothèses en droit civil¹. Sa mise en œuvre concrète est, cependant, « adaptée aux besoins pratiques d'aujourd'hui »². Aux termes de l'article 8.9,

« § 1er. L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3500,00 euros doit être prouvé par les parties par un écrit signé. Ce montant peut être adapté par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, en fonction de l'évolution du coût de la vie ou des nécessités sociales. 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. »

§ 2. En cas de demande en justice, la valeur à prendre en considération est celle de l'acte juridique qui fonde la demande.

§ 3. 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.

§ 4. 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 ».

Nous revenons ci-après sur les règles que contient l'article 8.9. du Code civil.

SOUS-SECTION 2. LES DEUX RÈGLES DE L'ARTICLE 8.9 DU CODE CIVIL

990 Présentation

L'article 8.9 énonce *deux grandes règles*. « En vertu de la première, un écrit signé est en principe exigé pour prouver un acte juridique (§ 1^{er}). En vertu de la seconde, un écrit signé est exigé pour prouver outre ou contre un autre écrit signé »³ (§ 2.).

§ 1^{er}. Première règle : l'exigence d'un écrit signé pour prouver l'acte juridique portant sur une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3500,00 EUR

1000 Exigence d'un écrit signé : rappel terminologique de la notion d'écrit signé

L'exigence d'un écrit signé renvoie à la définition de l'article 8.1, 6^o, du Code civil : un « écrit signé (est) tout acte authentique ou sous signature privée ».

1. A l'inverse du droit économique. Néanmoins, pour un rapprochement des systèmes de preuve en droit civil et en droit économique : voir R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass., 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, liv. 4, pp. 680 et s.

2. On pense notamment à l'augmentation du seuil (375 EUR à 3500 EUR).

3. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, 51-52.

Le Code civil reconnaît donc uniquement deux types d'écrits signés : l'acte authentique et l'acte sous signature privée¹. Partant, la preuve d'un acte juridique qui rentre dans le champ de l'article 8.9 exige soit un acte sous signature privée soit un acte authentique (*infra* Chapitre 4, Section 1^{re}).

1010 Exigence d'un écrit signé : augmentation du plafond à 3500 EUR

L'acte juridique doit porter sur un montant de 3500 EUR (en lieu et place de la somme de 375 EUR qui figurait à l'ancien article 1341 du Code civil).

Concrètement, la première exception à la preuve réglementée est la suivante : la preuve des actes juridiques ne dépassant pas le seuil de 3500 EUR reste libre.

Il s'agit d'une des innovations les plus importantes de la réforme. Elle est « présentée comme étant bénéfique pour les particuliers lorsqu'ils contractent entre eux mais également pour les entreprises qui contractent avec eux »². Selon les travaux préparatoires, « un système de preuve trop rigide risque de décourager le citoyen d'agir en justice. Un montant relativement élevé délimitant la preuve libre diminue cette entrave pour les petits dossiers et facilite la preuve dans les circonstances courantes, notamment entre conjoints »³.

Cela va également contribuer à faciliter la preuve d'actes juridiques dont la valeur est inférieure à 3500 EUR via la production d'échanges de SMS ou d'e-mails⁴.

L'article 8.9 précise que l'acte juridique doit porter sur « une somme ou une valeur égale⁵ ou supérieure à 3500 euros ».

1020 Exigence d'un écrit signé : critère de la valeur de l'acte juridique⁶

Le législateur a « profité de la réforme pour opérer une modification terminologique et clarifier cette première règle en visant, non plus 'toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 euros' (art. 1341 de l'ancien C. civ.) mais bien 'l'acte juridique portant sur une somme ou valeur égale ou supérieure à 3500 euros' »⁷. Pour déterminer si le seuil de 3500 EUR est atteint, seul le critère de la valeur de l'acte juridique est retenu. Notons qu'il convient de tenir compte de la valeur de l'acte juridique au moment de sa formation pour déterminer les règles de preuve applicables sans considération de l'évolution de cette valeur au cours du temps⁸.

Le critère renvoie dès lors à l'objet de l'acte juridique. Cette notion est toutefois polysémique et pourrait faire débat.

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

2. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 65.

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

4. Lesquels constitueraient à tout le moins des commencements de preuve par écrit de transactions électroniques. En effet, si les SMS ou e-mails ne remplissent pas les exigences fonctionnelles de la signature au sens de l'article 8.1, 2°, du nouveau Code civil, ils pourront valoir à titre de commencement de preuve par écrit sauf si la condition selon laquelle l'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué fait défaut. Voir aussi Communiqué de presse du Ministre de la Justice Koen Geens en date du 4 avril 2019, disponible sous le lien <https://www.koengeens.be/fr/news/2019/04/04/un-code-civil-modernise-adiu-les-remparts-et-les-pont-levis> (consulté ce 27 novembre 2019).

5. L'insertion de cette précision, qui ne figurait pas à l'article 1341, doit évidemment être saluée.

6. Voir sur la détermination de la valeur, R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in *Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 9 à 14.

7. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 50.

8. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 67 et N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 155.

1030 Exigence d'un écrit signé : application en présence de contrats à prestations successives

Pour les contrats à prestations successives, l'article 8.9, § 3, précise clairement que la valeur à prendre en considération est la valeur totale des rémunérations des prestations pour une durée maximale d'une année.

Pour tous les contrats dont la valeur annuelle (par exemple les loyers ou redevances cumulés sur un an) dépasse 3500 EUR, la rédaction d'un écrit signé sera obligatoire^{1 2}.

Pour les contrats d'une durée inférieure à un an, l'exposé des motifs précise qu'il convient de tenir compte de « la valeur totale de toutes les prestations cumulées »³.

1040 Impossibilité d'évaluer l'objet de l'acte

L'article 8.9, § 4, indique encore que, lorsque l'objet de l'acte est impossible à évaluer, la preuve est libre. En effet, dans de telles circonstances, « il serait excessif d'exiger un écrit signé des parties, alors que leur attention n'a pas été attirée sur l'importance de constituer un écrit parce qu'il n'est pas possible de déterminer si la valeur de l'acte excède 3500 euros »⁴.

§ 2. Deuxième règle : l'exigence d'un écrit signé pour prouver outre ou contre un autre écrit signé

1050 Exigence d'un écrit pour contrer ou compléter un écrit

Face à un écrit signé (acte authentique ou sous seing privé), il faut disposer d'un autre écrit pour contrer ou compléter le premier. Il est dès lors interdit de contredire ou de compléter cet acte à l'aide d'autres modes de preuve⁵ tels que les témoignages ou présomptions.

« 'Prouver outre ou contre' signifie prouver les inexactitudes ou omissions de l'écrit signé ainsi que les événements postérieurs à la rédaction de l'écrit signé qui auraient une incidence sur son contenu »^{6 7}.

Par exemple, si un contrat de vente signé par les parties ne mentionne pas le délai de livraison, l'acheteur qui se prévaut du non-respect du délai prétendument convenu devra produire un écrit signé pour démontrer que les parties s'étaient accordées sur une date pour la livraison du bien acheté. De même, un écrit signé est nécessaire pour démontrer l'existence d'un avenant à un contrat constaté dans un écrit signé »⁸.

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

2. Si la valeur annuelle dépasse 3500 EUR, soit plus de 291 EUR par mois, la rédaction d'un écrit sera nécessaire (rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 32).

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

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

5. A l'exception de l'aveu et du serment litisdécisoire qui « l'emporteront » contre un écrit dans les cas où ils seraient utilement invoqués.

6. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, 51-52.

7. Notons que l'on applique également à la preuve contre ou outre un écrit – laquelle requiert un écrit – les exceptions de l'écrit (C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 61, n° 20). Rien n'empêche également de recourir à l'aveu ou au serment.

8. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *La réforme du droit de la preuve*, CUP ; vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, 51-52.

SOUS-SECTION 3. EXCEPTIONS À LA PREUVE RÉGLEMENTÉE¹§ 1^{er}. Preuve des actes juridiques unilatéraux

1060 Article 8.10 : deuxième exception à la preuve réglementée

La deuxième exception² à la preuve réglementée est insérée à l'article 8.10 du Code civil aux termes duquel :

« 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. La date de l'acte unilatéral est régie par l'article 8.22.

La preuve d'un engagement unilatéral de payer par lequel 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 ».

L'exception concerne la preuve des actes unilatéraux désormais gouvernés par le principe de la preuve libre³.

1070 Examen de l'article 8.10 du Code civil

Avant la réforme, il existait une controverse relative à la question de savoir si la preuve des actes juridiques unilatéraux était libre ou réglementée⁴. La doctrine majoritaire penchait en faveur de la thèse selon laquelle la preuve des engagements par volonté unilatérale était gouvernée par le principe de la liberté de preuve. Cette solution s'imposait, selon C. CAUFFMAN, dès lors que le bénéficiaire de la promesse est un tiers⁵. Le nouveau régime a le mérite de mettre fin à ces hésitations doctrinales.

Il s'applique sans distinction quant à la personne l'invoquant (l'auteur, le destinataire, un tiers) et quelle qu'en soit sa valeur⁶. Initialement, le législateur avait envisagé « d'aligner le régime des actes unilatéraux sur celui des actes multilatéraux, en prévoyant que la preuve des actes unilatéraux est libre pour les tiers et soumise à l'obligation de preuve légale pour leur auteur »⁷. Néanmoins, il est apparu que « la production de l'original d'un acte unilatéral réceptice par son expéditeur peut difficilement être exigée, dès lors que cet original est en possession de son destinataire »⁸. Dès lors, afin d'éviter

1. Pour rappel, nous avons déjà vu que les faits matériels, les faits juridiques et les actes juridiques qui porte sur un montant inférieur à 3500 euros sont soumis au régime la preuve libre.

2. La première vise les actes juridiques qui portent sur un montant inférieur à 3500 EUR (voir *supra* n° 1010).

3. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 32.

4. Voir en faveur de la preuve légale, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. II, Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 64.

5. C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen ? », in C. CAUFFMAN, J. DE CONINCK et N. VAN LEUVEN, *Droit des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 73.

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

7. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 32.

8. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 32 et projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 20.

d'introduire « des distinctions complexes et difficiles à mettre en œuvre »¹, l'article 8.10 autorise, de manière générale, la preuve libre des actes unilatéraux. Par exemple, la preuve d'un paiement, analysé comme un acte juridique unilatéral par le législateur² sera libre. Il en ira de même de la résiliation d'un contrat, d'une offre, ...

L'article 8.10, alinéa 1^{er}, réserve les « exceptions prévues par la loi ».

Notons également que l'acte sous signature privée n'aura date certaine à l'égard des tiers que dans les hypothèses visées à l'article 8.22. Il s'agit d'un tempérament important à la liberté de prouver à l'égard des tiers³.

Enfin, une exception importante à la liberté de la preuve des actes juridiques unilatéraux figure encore à l'alinéa 3. L'article 8.21 (ancienne formalité du « bon pour »), demeure applicable aux engagements unilatéraux de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles. Le régime mis en place à l'article 8.21⁴ a été néanmoins assoupli⁵ (voir *infra*, n° 1460 et s.). On songe par exemple à l'établissement d'une reconnaissance de dettes.

L'article 8.21 du Code civil vise tout engagement provenant d'un acte juridique unilatéral ou d'un contrat unilatéral⁶.

§ 2. Preuve entre et contre les entreprises

1080 Article 8.11 : troisième exception à la preuve réglementée

L'article 8.11 renferme la troisième exception à la règle de la prééminence de l'écrit. La preuve entre et contre les entreprises échappe également à l'exigence d'un écrit (*infra* n° 1090)⁷.

§ 1er. Contre des entreprises ou entre entreprises, telles que définies à l'article 1.1, alinéa 1er, du Code de droit économique, la preuve peut être apportée par tout modes de preuve, sauf exception établie pour des cas particuliers.

1. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 32 et Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 20.
2. La nature du paiement est discutée en droit belge : s'agit-il d'un fait juridique, d'un acte juridique unilatéral (thèse majoritaire) ou d'un contrat ? Le législateur consacre implicitement la nature du paiement en lien avec l'article 5.268 du livre 5 en projet. En effet, cette disposition prévoit expressément que le paiement est un acte juridique unilatéral.
3. Voir *infra*, commentaire de l'article 8.22.
4. « Quelle que soit la valeur de l'acte juridique et sans préjudice des exceptions prévues par la loi, l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles ne fait preuve que si elle comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Est nulle toute convention dérogeant à cette règle ».
5. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 194.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 21 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 241, n° 142 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, p. 284, n° 340.
7. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 645 ; S. VAN BREE, *op. cit.*, pp. 116-117 ; G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in D. MOUGENOT (sous dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, p. 157.

La règle énoncée à l'alinéa 1er ne s'applique pas aux entreprises lorsqu'elles entendent prouver contre une partie qui n'est pas une entreprise. Les parties qui ne sont pas une entreprise qui souhaitent prouver contre une entreprise peuvent utiliser tous modes de preuve.

La règle énoncée à l'alinéa 1er ne s'applique pas non plus, à l'égard des personnes physiques exerçant une entreprise, à la preuve des actes juridiques manifestement étrangers à l'entreprise.

§ 2. 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.

§ 3. Le juge peut, sur demande ou d'office, au cours d'un procès ordonner la production de tout ou partie de la comptabilité d'une entreprise concernant le litige à examiner. Le juge peut en outre imposer des mesures afin de garantir la confidentialité des pièces concernées.

§ 4. 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.

La portée de cet article est considérable. L'élargissement de la notion d'entreprise accroît en effet sensiblement le champ d'application de l'exception et le retour à la preuve libre (*infra*, n° 1100).

Plusieurs exceptions à l'exception figurent toutefois aux alinéas 2 et 3 du paragraphe 1^{er} (*infra*, n° 1110 et s.).

Les règles concernant la force probante de la comptabilité et de la facture, jadis insérées dans le Code de commerce, viennent compléter, de manière détaillée, l'article 8.11 (*infra*, n° 1140 et s.).

1090 Preuve entre et contre les entreprises : principe de la preuve libre

L'article 8.11 reprend, en l'adaptant, la règle de la preuve libre en matière commerciale¹. L'extension du régime à toutes les entreprises résulte de l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises². Les modifications reprises à

1. Sur l'historique de cette question : G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, pp. 151-157.

2. Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018. Le critère retenu n'est plus celui de la nature de l'acte mais celui de la qualité des parties.

l'article 8.11 étaient donc, pour la plupart, déjà présentes à l'article 1348bis du Code civil tel que modifié par la loi du 15 avril 2018¹.

Il ressort du paragraphe 1^{er} de l'article 8.11 que la preuve peut être rapportée par tous modes de preuve contre des entreprises ou entre entreprises, même outre et contre un écrit, sauf exceptions établies pour des cas particuliers².

L'exposé des motifs précise que : « La preuve par témoins et présomptions vis-à-vis du contenu d'un acte est également autorisée »³, ce qui tend à « confirmer la jurisprudence et la doctrine qui estimaient que le régime de la preuve libre admettait la preuve par présomptions et pas seulement par témoignages comme le libellé de l'ancien article 25 du Code de commerce le laissait penser »⁴. Les travaux préparatoires énoncent que sont également visés « tous les modes de preuve actuels de la société numérique »^{5, 6}. Cela vise, par exemple, les courriers numériques, les SMS, les échanges d'e-mails revêtus d'une signature électronique ou les copies réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié ou non.

1100. La notion d'entreprise

Il est renvoyé à la notion d'entreprise telle que visée à l'article I.1, 1^o, du Code droit économique selon lequel 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 ;

1. Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018. Voir D. GOL et N. THIRION, « La réforme du droit des entreprises : panorama général », in N. THIRION (sous dir.), *Les réformes du droit économique : premières applications*, CUP, vol. 190, Limal, Anthemis, 2019, p. 202 ; G. de PIERPONT, « La réforme du droit des entreprises adoptée ! Conséquences en matière de preuve », *Les Pages*, 2018, n^o 27, p. 2 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 645 ; G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 157 ; S. VAN BREE, *op. cit.*, p. 116. Notons que l'article 1348bis du Code civil est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018.
2. Voir par exemple l'article XI.167, § 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique qui précise qu'à l'égard de l'auteur, tous les contrats se prouvent par écrit. Voir B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 639.
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 21.
4. G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 166.
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 22.
6. Notons que même si le Code ne le précise pas, les articles 8.20 (nombre d'originaux requis pour un acte sous signature privée) et 8.21 (Engagement unilatéral de payer) sont inapplicables aux écrits destinés à faire la preuve d'une convention contre ou entre entreprises. Voir G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 169 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 57.

(b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;

(c) l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale. ».

L'extension du champ d'application du système de la preuve libre à toutes les entreprises au sens de l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique constituait l'une des modifications les plus novatrices introduites par la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises¹. Sont désormais considérés comme des entreprises, les ASBL, les titulaires de professions libérales, les agriculteurs ou encore les sociétés à objet civil².

Notons que, de manière plus générale, le fait d'ériger les organisations sans personnalité juridique au rang d'entreprise ne manquera pas de soulever de grandes difficultés.

1110 La preuve entre et contre les entreprises : exceptions

Le principe de la preuve libre contenu au paragraphe 1^{er} connaît deux exceptions reprises au sein du même paragraphe (*infra*, n^o 1120 et 1130).

Sans oublier que le régime de la liberté de preuve souffre d'autres exceptions plus ciblées. Ainsi, la loi exige un écrit pour le contrat d'assurance, le contrat de société, la lettre de change, ...

1120 Première exception à la preuve libre : en présence d'actes conclus entre une entreprise et une non-entreprise, l'entreprise ne peut pas bénéficier du régime de la preuve libre contre la non-entreprise

Premièrement, en présence d'actes conclus entre une entreprise et une non-entreprise, l'entreprise ne peut pas bénéficier du régime de la preuve libre, à l'inverse de celui qui n'est pas une entreprise³. « L'application distributive des règles de preuve est ainsi conservée »⁴. Cette liberté de la preuve s'applique quelle que soit la position de l'entreprise dans le procès (demandeur ou défendeur) et, évidemment, quelle que soit l'instance judiciaire devant laquelle la procédure a été introduite.

Concrètement, en présence d'un acte juridique passé entre une entreprise et une personne qui ne répond pas à la définition d'entreprise au sens de l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique, cette dernière pourra, selon l'article 8.11, § 1, alinéa 2, bénéficier du régime de la preuve libre si elle souhaite prouver « contre l'entreprise ». Par contre, l'entreprise sera soumise au régime de la preuve réglementée (par exemple pour un acte dont la valeur excède 3500 EUR) contre la « non-entreprise »⁵.

1. G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 154.

2. G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 155 ; J.-B. HUBIN, « Le projet de réforme du droit de la preuve civile », *Le Phi jur.*, 2019, n^o 47, p. 12 ; H. JACQUEMIN, « La fin du Code de commerce et de la théorie de la commercialité : état de la question et perspectives », *J.T.*, 2018, p. 832.

3. Les travaux préparatoires précisent donc qu'« À titre d'exemple, elle ne s'applique pas contre un défendeur qui n'est pas une entreprise (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 22).

4. F. GEORGÉ et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 209.

5. G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, 161.

1130 Deuxième exception à la preuve libre : en présence d'actes accomplis par des personnes physiques qui constituent des entreprises mais qui agissent en dehors de leur activité économique

La seconde exception contenue à l'alinéa 3 du premier paragraphe de l'article 8.11 vise les actes accomplis par des personnes physiques qui constituent des entreprises, mais qui sont manifestement en dehors de leur activité économique. Celles-ci restent soumises aux règles de la preuve civile, lorsque la preuve doit être faite contre elles¹.

Les personnes physiques qui ont la qualité d'entreprise échappent à la preuve libre lorsqu'elles agissent dans un cadre privé pour autant que l'acte soit étranger à leur entreprise. Il ressort du texte de loi que cette exception n'est réservée qu'aux « personnes physiques exerçant une entreprise et non aux personnes morales ».

S'est rapidement posée la question de la preuve des actes mixtes², soit ceux qui poursuivent simultanément une finalité économique et une finalité privée. Comme l'accent est mis sur le fait que la preuve civile ne s'applique qu'aux actes « manifestement étrangers à l'entreprise », cela signifie que « les actes dont l'objet principal est économique pourront être soumis aux règles de la preuve à l'égard des entreprises. C'est le critère de l'objet principal et de l'objet accessoire qui permettra de résoudre cette difficulté ». L'adage « *Accessorium sequitur principale* » devra être appliqué pour déterminer si un acte juridique est manifestement étranger à l'entreprise³.

Ex : Un médecin qui commande une imprimante haute résolution (prix : 4000 EUR) pour un usage privé et professionnel.

- Si le médecin déduit à 60 % les frais professionnels liés à l'achat : le contrat de vente pourra être prouvé par tous modes de preuve.
- Si le médecin ne compte l'utiliser à des fins professionnelles que de manière plus accessoire et ne déduit que 15 %, le contrat de vente sera soumis à la preuve réglementée dans le chef de l'entreprise venderesse.

1140 La comptabilité

L'article 8.11, § 2, du Code civil opère une refonte totale du mode de preuve spécifique que constitue la comptabilité déjà amorcée par la loi du 15 avril 2018.

L'objectif du législateur est de bien préciser les effets de la comptabilité en tant qu'élément de preuve⁴.

Trois relations peuvent être distinguées :

a) Entre entreprises

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 concordantes⁵. « En

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

2. Même si toute entreprise assujettie à la TVA pourra faire établir une facturation distincte pour l'acte professionnel et l'acte privé, étant donné que la TVA sur l'opération privée n'est pas déductible, les cas d'actes mixtes restent tout à fait envisageables. Voir projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 22.

3. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 209 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 646 ; S. VAN BREE, *op. cit.*, p. 117.

4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 22.

5. Le nouveau Code civil abandonne l'exigence d'une comptabilité « régulièrement » tenue.

effet, si les comptes sont correctement tenus par les deux entreprises, les mentions des deux comptabilités doivent correspondre »¹. Si cette concordance n'existe pas, la comptabilité devient une preuve unilatérale, dont le juge devra estimer la valeur probante, en tenant compte notamment de son caractère régulier ou non². Cette force probante ne vaut qu'entre parties et non à l'égard des tiers, notamment de l'Administration fiscale³.

b) Entre une entreprise et une non-entreprise

La comptabilité d'une entreprise n'a par ailleurs pas de force probante contre des personnes qui ne sont pas des entreprises.

c) Entre une non-entreprise (qui s'en prévaut) à l'égard d'une entreprise

La comptabilité d'une entreprise peut toujours être utilisée contre celle-ci comme une forme d'aveu⁴. Cet aveu est indivisible, sauf si la comptabilité n'a pas été régulièrement tenue. L'indivisibilité de l'« aveu » qui se cache dans la comptabilité signifie notamment qu'il doit être tenu compte des écritures temporaires, provisions, mentions marginales⁵. Cependant, l'inscription temporaire d'une facture pour un montant déterminé ne peut engendrer « des conséquences trop drastiques »⁶. Par ailleurs, l'irrégularité de la comptabilité permet d'en diviser les mentions. La comptabilité dont les mentions ne correspondent pas ne bénéficiera plus du caractère indivisible lorsqu'il s'agira de l'invoquer contre l'entreprise qui l'a tenue⁷.

1150 La production de la comptabilité

L'article 8.11, § 3, constitue une « spécification de la règle plus générale qui figure aux articles 877 et suivants du Code judiciaire et qui vise la production de documents »⁸.

Le § 3 prévoit en effet que « Le juge peut, sur demande ou d'office, au cours d'un procès ordonner la production de tout ou partie de la comptabilité d'une entreprise concernant le litige à examiner. Le juge peut en outre imposer des mesures afin de garantir la confidentialité des pièces concernées ».

Le magistrat pourra désormais ordonner la production de tout ou partie de la comptabilité d'une entreprise et ce peu importe le type d'affaires visé⁹.

1160 La facture

Le quatrième paragraphe de l'article 8.11 donne force probante à une facture acceptée ou non contestée dans un délai raisonnable par une autre entreprise (ancien art. 25,

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

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

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

Voir également B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 639.

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

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

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

7. G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 172.

8. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 646.

9. L'ancien article 21 du Code de commerce visait uniquement les « affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de faillite ».

al. 2, du Code de commerce). Une facture acceptée a non seulement valeur de preuve pour un contrat d'achat-vente mais également, suite à la réforme, « à toutes sortes de contrats (transport, services divers) »¹.

Si la question de l'acceptation expresse soulève peu de difficultés en pratique, tel n'est pas le cas d'une acceptation tacite qui résulte de l'absence de contestation.

Entre entreprises², le législateur précise qu'une facture non contestée dans un délai raisonnable fait preuve contre l'entreprise de l'acte juridique allégué. La preuve contraire peut être rapportée. Une entreprise pourra toujours tenter de convaincre le juge que son silence n'équivaut pas à une acceptation ou tenter de prouver l'existence de contestations verbales³. Il est donc précisé que, même si la facture a été acceptée, expressément ou tacitement, la preuve contraire reste admissible. Partant, la présomption légale de conformité de la facture qui résulte de son acceptation est réfragable⁴. Les travaux préparatoires prennent l'exemple suivant : « cela pourrait être le cas si l'acceptation expresse est le résultat d'une erreur d'un employé mal informé. Mais cette présomption ne pourra être renversée qu'en présence d'éléments de preuve sérieux. La règle reste en effet que la facture acceptée fait preuve de l'acte juridique »⁵.

Cette force probante particulière de la facture ne vaut qu'à l'égard des entreprises et non à l'égard de particuliers⁶.

Une disposition protectrice du consommateur fait d'ailleurs son entrée dans le Livre 8, dont l'importance pratique n'est pas négligeable.

L'absence de contestation dans le chef d'un particulier ne peut valoir acceptation, à moins de constituer un silence circonstancié. Il s'agit d'entériner la jurisprudence selon laquelle le silence d'une partie peut valoir acceptation lorsque « compte tenu des circonstances de l'espèce, il ne peut recevoir d'autre interprétation qu'une acceptation »^{7 8}. Et même dans ce contexte, cette acceptation ne vaut que comme présomption de fait,

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 24.
Auparavant, voir Cass., 24 janvier 2008, C.07.0355.N : « En vertu de l'article 25 alinéa 2 du Code de commerce, les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi commerciale. En vertu de l'article précité, la règle suivant laquelle la facture acceptée établit la preuve du contrat ne vaut que pour la vente commerciale. Pour les autres actes de commerce tels que des travaux d'entreprise, le juge peut tirer une présomption de l'homme de l'acceptation de la facture et y puiser la preuve que le débiteur a marqué son accord à l'obligation énoncée dans la facture ».
2. Le champ d'application de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce est en effet étendu vu l'élargissement du champ d'application de l'article 8.11 (J. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », in S. STIJNS, *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Bruges, La Chartre, 2019, p. 63).
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 24.
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 24 ; G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, pp. 175-176.
Notons le débat doctrinal sur la question de savoir si la présomption était réfragable ou irréfragable : voir G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, pp. 174 et 175 ; B. ALLEMMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 640.
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 24.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 24.
7. G. FRUY et L. DEBROUX, *op. cit.*, p. 174.
8. Y. NINANE, « Une facture acceptée fait-elle preuve de la modification d'un contrat commercial ? », note sous Bruxelles, 8 décembre 2008, *D.C.C.R.*, 2009, vol. 83, p. 109.

soumise à l'appréciation du juge¹. Il pourrait également valoir comme aveu en action, si toutes les conditions de l'aveu sont remplies².

Les règles relatives à la preuve par facture contre des personnes qui ne sont pas des entreprises sont érigées au rang de dispositions impératives. Il ne peut y être dérogré via des clauses contraires insérées dans les conditions générales, lesquelles seraient nulles³. Il s'agit d'une exception au principe du caractère supplétif des règles de preuve inscrit à l'article 8.2 du Code civil.

Ex. : Dorénavant, les clauses, contenues au sein de conditions générales, opposables à des non-entreprises selon lesquelles une facture non contestée dans un délai de X jours est présumée acceptée sont frappées de nullité.

§ 3. L'impossibilité de prouver

1170 Article 8.12 : quatrième exception à la preuve réglementée

L'article 8.12 (ancien art. 1348 C. civ.) énonce une quatrième exception en ces termes :

« Les règles prévues à l'article 8.9 reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un acte ou s'il est d'usage de ne pas établir un acte.

Il en va de même lorsque l'acte a été perdu par force majeure ».

Le principe de la prééminence de l'écrit signé consacré par l'article 8.9 n'est pas applicable lorsqu'il est impossible de prouver au moyen d'un acte. S'il est impossible de prouver au moyen d'un acte, il convient d'admettre tous les modes de preuve pour prouver l'acte juridique allégué excédant le seuil de 3500 EUR ou pour prouver outre ou contre un écrit signé⁴.

L'article 8.12 couvre deux hypothèses.

La première concerne l'impossibilité de faire rédiger un acte au moment de la formation de l'acte juridique (*negotium*)⁵. En son alinéa 1^{er}, l'article 8.12 distingue

1. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van Rechtspraak : Burgerlijk Bewijsrecht 2000-2013 », *T.P.R.*, 2015, p. 819, n° 269.

2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 24.

Voir également Cass., 27 février 1988, R.G. C.97.0038.F., *Pas.*, 1998, I, p. 267.

3. Il est donc inutile de préciser sur des factures ou au sein de conditions générales que l'absence de contestation endéans un certain délai équivaut à une acceptation irréfutable. Voir S. VAN BREE, *op. cit.*, p. 119.

4. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 62.

5. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 62.

clairement les trois formes d'impossibilité de se procurer un acte : l'impossibilité matérielle¹, morale^{2, 3} ou celle résultant d'un usage⁴. Les travaux préparatoires précisent que la disposition « consacre légalement les trois formes d'impossibilité de prouver par écrit (impossibilité matérielle, morale et résultant d'un usage), sans aller trop loin dans la précision, ce qui pourrait créer des difficultés pratiques d'application »⁵.

La seconde hypothèse vise un cas d'impossibilité relative⁶ : l'écrit a déjà existé mais il est impossible de le produire car il a été perdu ou détruit par force majeure. La perte ne peut être imputable au créancier⁷.

§ 4. Les exceptions prévues par l'article 8.13 du Code civil

1180 Article 8.13 : autres exceptions à la preuve réglementée

L'article 8.13 vient encore compléter la liste des exceptions.

« Par dérogation à l'article 8.9, il peut être suppléé à l'écrit signé par un aveu, un serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit, pour autant que ce dernier soit corroboré par un autre mode de preuve ».

1. Les cas d'impossibilité matérielle ne sont pas nombreux et la jurisprudence est assez maigre. Relevons un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 22 avril 2013 selon lequel la ratification d'un paiement opérée en application de l'article 1239 du Code civil est une manifestation libre et unilatérale de la volonté du créancier, le débiteur étant dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite. La cour d'appel autorise, en application de l'article 1348 du Code civil, la preuve par présomption de la ratification. Liège, 22 avril 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 344.
2. L'impossibilité morale est habituellement invoquée dans le cadre de relations de couple ou de relations familiales très proches lorsque la pression psychologique ou l'éducation est telle que les parties ou l'une d'elles ne songent pas à exiger la rédaction d'un écrit signé. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas. Dans un arrêt du 22 janvier 2014, la Cour d'appel de Liège rappelle qu'il y a impossibilité morale lorsque, en raison des circonstances dans lesquelles l'obligation a été contractée ou des rapports dans lesquels se trouvaient les parties, il n'a pas été « moralement » possible au créancier d'exiger un écrit ; la cour ajoute que l'appréciation des circonstances relève du pouvoir souverain du juge mais pareille impossibilité ne doit être admise qu'avec prudence et réserve, pour de sérieux motifs, sous peine de vider de toute portée pratique l'article 1341 du Code civil (Liège, 22 janvier 2014, *J.T.*, 2014, p. 233). Il est de jurisprudence constante que le seul fait que l'acte juridique soit passé dans le cadre d'un couple ou d'une relation familiale ne suffit pas à établir l'impossibilité morale de se procurer un écrit (voir Gand, 9 juin 2016, *T. Not.*, 2016, p. 682). Voir C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 63 ; P. LECOCQ et E. JADOUL, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, pp. 31-32.
3. Il convient de rappeler la nouveauté importante en matière de preuve des créances entre époux : la loi du 22 juillet 2018 a modifié les articles 1399, alinéa 3 et 1467, alinéa 1^{er}, du Code civil qui autorisent désormais la preuve par toutes voies de droit des créances entre époux. Ce nouveau régime est uniquement applicable aux couples mariés. (Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018).
4. L'impossibilité qui résulte des usages nécessite « la démonstration d'un usage établi, certain, constant et unanimement suivi comme dans le cas de travaux mineurs commandés dans le cadre d'un contrat d'entreprise (Liège, 14 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1550) ou encore des contrats conclus dans les foires ou sur les marchés publics (Liège, 28 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2074) mais non point nécessairement et de façon générale dans le domaine agricole (Civ. Liège, 23 mars 2015, *J.T.*, 2016, p. 67) » (P. LECOCQ et E. JADOUL, *op. cit.*, p. 33).
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 25.
6. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 195 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 674.
7. P. LECOCQ et E. JADOUL, *op. cit.*, p. 33.

L'article 8.13 prévoit ainsi trois exceptions aux deux règles établies à l'article 8.9 (à savoir, pour rappel, la prééminence de l'écrit signé pour prouver un acte juridique d'une part et pour prouver outre ou contre un écrit signé d'autre part). Nous y revenons successivement.

1190 L'aveu

Premièrement, il peut être suppléé à l'écrit signé par l'aveu¹. Concrètement, une partie peut y recourir pour rapporter la preuve d'un acte juridique de plus de 3500 EUR ou pour prouver outre ou contre un écrit signé (sauf pour les mentions couvertes par l'authenticité au sein d'un acte authentique pour lesquelles une procédure en inscription de faux est nécessaire)². L'aveu peut être judiciaire ou extrajudiciaire³.

Il existe cependant une restriction à cette exception à l'article 8.9 : en application de l'article 8.31, l'aveu extrajudiciaire purement verbal ne peut pas suppléer à l'exigence de l'écrit signé pour prouver un acte juridique de plus de 3500 EUR ou pour prouver outre ou contre un acte sous signature privée⁴.

1200 Le serment décisoire

L'exigence d'un écrit cède également lorsqu'une partie défère le serment à l'autre. Le lecteur est renvoyé sur ce point aux n° 1670 et s.

1210 Le commencement de preuve par écrit : définition

Enfin, il peut être suppléé à l'écrit signé par un commencement de preuve par écrit, lequel doit être, en outre, corroboré par un autre mode de preuve (témoignages ou présomptions). Le commencement de preuve par écrit est, nous l'avons vu, défini à l'article 8.1, 7°, en ces termes : « *tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente*⁵, rend vraisemblable l'acte juridique allégué ». Il s'agit de la définition antérieurement retenue par les cours et tribunaux ainsi que par la doctrine. Dès lors, les enseignements jurisprudentiels et doctrinaux tirés de l'article 1347 de l'ancien Code civil restent valables.

L'article 8.13 précise donc que la seule existence d'un commencement de preuve par écrit ne suffira pas. Le commencement de preuve par écrit, « qui constitue une preuve incomplète » ou « un adminicule de preuve », doit nécessairement être complété au moyen de présomptions et témoignages⁶.

1. Notons que ce dernier n'est plus guère utilisé en pratique. Les travaux préparatoires justifient le choix du législateur en ces termes : « Les dispositions relatives au serment ont été maintenues, même s'il n'est plus guère utilisé. D'une part, cela permet au juge et aux parties de continuer à l'utiliser s'ils l'estiment opportun. D'autre part, le serment est visé dans d'autres dispositions qui n'ont pas été modifiées » (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 36).

2. Le serment décisoire a néanmoins été maintenu au sein du nouveau Code civil aux articles 8.37 à 8.37.
3. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 56.

4. Voir la définition et les commentaires relatifs à l'article 8.1, 10°, à l'article 8.30 et à l'article 8.31.

5. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 57.

6. Comme le souligne à juste titre R. JAFFERALI, « D'un point de vue strictement grammatical, la représentation n'est donc pas effectuée au profit de celui auquel l'acte est opposé, mais bien par celui-ci. En d'autres termes, selon la lettre de la loi, le commencement de preuve par écrit devrait émaner de celui auquel on l'oppose ou du représenté, l'écrit étant opposé au représentant (...) C'est pourquoi Laurent lui-même critiquait la formulation du texte en proposant d'y ajouter : 'ou par lequel il est représenté' » (R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in *Liber amicorum Paul Alain Foiriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 21).

7. P. LECOCQ et E. JADOUL, *op. cit.*, p. 29 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 130, n° 61.

1220 Le commencement de preuve par écrit : conditions

Ainsi, trois conditions doivent être réunies pour rencontrer les termes de la définition d'un commencement de preuve par écrit :

1° il faut un écrit ;

2° il doit émaner de celui à qui on l'oppose ou de son représentant ;

L'écrit doit émaner de la personne contre laquelle il s'agit de prouver ou de son auteur¹. L'écrit ne doit pas nécessairement avoir été signé par la personne à laquelle on l'oppose. Il est même admis qu'elle ne doit pas l'avoir rédigé elle-même ; il suffit qu'elle s'en soit approprié le contenu². Il peut aussi émaner de quelqu'un qui, légalement ou conventionnellement, représente cette personne ; ainsi un mandataire agissant dans les limites de son mandat³.

3° il doit rendre vraisemblable le fait allégué.

Selon la Cour de cassation, « pour qu'un fait soit vraisemblable, il ne suffit pas qu'il paraisse possible, il faut qu'il présente une apparence de véracité »⁴.

Le commencement de preuve par écrit constitue une preuve incomplète⁵, laquelle devra être complétée par des témoignages ou des présomptions.

Ainsi, peut constituer un commencement de preuve par écrit :

- une copie réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique non qualifié (art. 8.24, al. 2, du C. civ.) ;
- un e-mail ou un SMS non signé, rédigé par celui à qui il est opposé, pourront valoir à titre de commencement de preuve par écrit pour autant relativement à la condition

1. La Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 23 mars 2015, insiste sur le fait que des documents émanant de la personne qui entend établir la preuve d'une créance ne peuvent être invoqués au titre de commencement de preuve par écrit s'agissant de relevés et d'extraits de calepin du prétendu créancier. Voir Liège, 23 mars 2015, *J.T.*, 2016, p. 67.

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 150, n° 62 ; C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », in D. MOUGENOT (sous dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, p. 60.

3. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 63 ; P. LECOCQ et E. JADOUL, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 28.

4. Cass., 2 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1763 ; Cass., 18 septembre 2015, *Pas.*, 2005 p. 2074.

5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 149, n° 61.

- de l'écrit que la fonction de maintien de l'intégrité de l'acte soit acquise¹. Il s'agit d'une solution conforme à la jurisprudence et la doctrine actuelle² ;
- les conclusions signées par l'avocat de la partie³ ;
 - un acte sous signature privée (*instrumentum*) qui est nul pour défaut de respect des règles prévues aux deux premiers alinéas de l'article 8.20 relatif au nombre d'originaux requis peut valoir comme commencement de preuve par écrit, s'il remplit les conditions prévues à l'article 8, 1, 7^o, du Code civil⁴.

§ 5. La preuve par et contre les tiers

1230 Preuve libre par et contre les tiers

L'article 8.14, alinéa 1^{er}, consacre la liberté pour les tiers de prouver par tous modes de preuve⁵ un acte juridique unilatéral⁶ ou un contrat contre une partie à l'acte ou contre un autre tiers. Il porte :

« Les tiers peuvent rapporter la preuve d'un acte juridique par tous modes de preuve.

Sans préjudice de l'article 8.22, la preuve d'un acte juridique peut être rapportée par une partie à l'égard des tiers par tous modes de preuve ».

1. Voir *supra* Chapitre 6, Section 3, Sous-section 1^{re}. Rappelons que la fonction d'intégrité est relative : la modification doit être traçable dans le système utilisé.
2. Concernant les SMS, voir par exemple : D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », in B. FOSSEPREZ et A. PÜTZ (coord.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 161 et s. ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 107-108 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 127 ; B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *J.L.M.B.*, 2016/31, p. 1449-1450, n^o 48 ; F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, n^o 68-69, p. 38 ; Civ. Gand, 10 avril 2012, *T.B.O.*, 2012, p. 158 ; Gand, 26 septembre 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 258, note S. MEYS, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116 ; Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, p. 128 ; Liège, 5 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 52. Concernant les e-mails, voir par exemple : Mons, 19 février 2017, R.G. n^o 2005/226, www.juridat.be ; Liège, 20 octobre 2015, R.G. 2014/770, www.juridat.be ; Anvers, 19 octobre 2015, *N.J.W.*, 2016, pp. 442-445 ; Gand, 1^{er} octobre 2015, *T. Not.*, 2016, note W. HERMANS, *R.A.B.G.*, 2017, p. 825 ; Civ. Flandre occidentale (div. Gand), 14 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 292 ; Anvers, 23 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 262 ; Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 22 mai 2015, *T.B.O.*, 2017, p. 264 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 108-109 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 201 ; F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 38 et s. ; E. MONTERO, « A propos de la valeur probante des e-mails », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 316-319.
3. Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 960 ; Mons, 5 nov. 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 708 ; *J.T.*, 2002, p. 438.
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 6. Voir également D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 238, n^o 140 qui cite : H. DE PAGE, t. III, 3^e éd., n^o 805, B ; J.-L. MOURALIS, *Preuve, Rép. dr. civ. Dalloz*, 2^e éd., 2002, n^o 280 ; Liège, 9 juillet 1953, *Pas.*, 1954, II, p. 91 ; Bruxelles, 31 octobre 1956, *Pas.*, 1958, II, p. 60 ; Gand, 16 mai 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 313 ; Mons, 10 mai 1977, *Pas.*, 1978, II, p. 16 ; Anvers, 1^{er} juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 801, note R. STEENNOT ; *Chron. not. Liège*, 03/2007, vol. 45, p. 149, n^o 2 ; Mons, 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1462 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2009, n^o 25998, p. 23 ; Civ. Courtrai, 30 décembre 2009, *T.G.R./T.W.V.R.*, 2010, p. 158.
5. L'expression usitée remplace celle de « par toutes voies de droit ».
6. Sous réserve de l'engagement unilatéral de payer dont le tiers serait le bénéficiaire (art. 8.10, al. 3).

Cette règle, précédemment admise¹, est « logique parce qu'ils [les tiers] n'ont pas participé à l'établissement de l'acte et ne disposent donc pas d'un original »². L'article 8.14 déroge donc aux deux règles contenues à l'article 8.9. Les tiers sont ainsi admis à prouver par tous modes de preuve outre ou contre un écrit signé³.

Le régime se veut réciproque en ce sens que l'alinéa 2 de l'article 8.14 précise que les parties souhaitant prouver contre un tiers bénéficient aussi de la liberté dans l'admissibilité des moyens de preuves. Cette consécration officielle de la liberté pour une partie de prouver l'existence d'un contrat par tous modes de preuve à l'égard d'un tiers met fin à une controverse doctrinale⁴.

1240 **Opposabilité de la date aux tiers**

Relativement à l'opposabilité de la date aux tiers, l'article 8.14 renvoie à l'article 8.22 du Code civil, qui précise les cas dans lesquels une convention peut avoir date certaine à l'égard d'un tiers. L'article 8.22 protège les tiers à l'acte sous signature privée par l'exigence de date certaine. L'objectif poursuivi est d'éviter que les parties antidatent l'acte sous signature privée qui constate une opération juridique sans que le tiers ne puisse le prouver^{5, 6}.

Rappelons que la règle est exclue en matière commerciale et, par extension, entre et contre les entreprises.

SOUS-SECTION 4. LIMITES À LA PREUVE RÉGLEMENTÉE

1250 **Dérogations conventionnelles à la preuve réglementée**

Il existe encore une autre limite importante à l'exigence d'un écrit. Le principe étant supplétif, les parties peuvent, par convention, déroger à l'article 8.9, ou encore renoncer à l'invoquer en cours d'instance.

1. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 140 ; P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Kluwer, 2003, p. 22 ; C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 73.
2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 25.
3. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 73.
4. Pour une présentation de cette controverse, voir C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 74.
5. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 93 ; V. DE WULF, *op. cit.*, pp. 121-122.
6. Comme nous le verrons, l'exigence de date certaine constitue une exception à la force probante de l'acte sous signature privée à l'égard des tiers ainsi qu'une exception à la liberté de prouver par toutes voies de droit (modes de preuve) la date de l'acte à l'égard des tiers.

Chapitre 4. Les modes de preuve

SECTION 1^{RE}. LA PREUVE PAR ÉCRIT SIGNÉ

1260 Définition de l'écrit signé

Pour rappel, conformément à l'article 8.1, 6^o, du Code civil, un « écrit signé (est) tout acte authentique ou sous signature privée ».

Lorsque le Code civil fait référence à un écrit signé, il vise donc l'acte sous signature privée ou authentique¹.

Cette définition remplace, en réalité, l'expression traditionnelle d'« écrit » autrefois utilisée au sens d'« écrit signé ».

SOUS-SECTION 1^{RE}. L'ACTE AUTHENTIQUE

1270 Définition de l'acte authentique

Conformément à l'article 8.1, 5^o, « l'acte authentique est un écrit reçu, avec les solennités requises, par un officier public ou ministériel ayant compétence et qualité pour instrumenter ».

Un officier ministériel est titulaire d'un office rattaché à l'administration de la justice (huissier, greffier, avocat à la Cour de cassation) tandis qu'un officier public est titulaire d'un office non directement rattaché à l'administration de la justice (notaire)².

La définition vise donc une importante variété d'actes distincts, tels les actes notariés, les exploits d'huissiers, les actes de l'état civil, les procès-verbaux des officiers de police judiciaire, les actes de procédure judiciaire³.

Il ressort de la définition d'acte authentique que celui-ci est un écrit signé par l'officier ministériel ou public et par les parties. Il doit donc répondre aux exigences formulées par l'article 8.1, 1^o et 2^o, au sujet de l'écrit et de la signature.

1280 Conditions requises

Pour qu'un écrit signé soit reconnu comme acte authentique, trois conditions cumulatives doivent être rencontrées, outre les signatures des parties et de l'officier ministériel ou public :

- Être reçu par un officier ministériel ou public ;
- Cet officier doit disposer de la compétence *ratione loci*⁴ et *ratione materiae*⁵ et de la qualité requises pour recevoir l'acte. Il ne peut être frappé par une incapacité personnelle qui lui ôterait sa capacité à recevoir l'acte (suspension, etc.).

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

2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 8 et S. VAN BREE, *op. cit.*, p. 101.

3. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 110.

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 179, n° 88.

5. *Ibidem*.

- L'acte doit respecter les formes solennelles qui lui sont propres¹.

1290 Le support de l'acte authentique

a) Généralités

L'article 8.15 concerne le support de l'acte. Il précise :

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

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

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

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

Le nouvel article 8.15 reprend le texte de l'ancien article 1317, alinéas 2 et suivants du Code civil tout en y apportant de légères modifications².

On assiste à la mise en place progressive d'un cadre légal destiné au développement de l'acte authentique dématérialisé.

Différentes législations particulières ont été prises afin de permettre l'accomplissement des actes authentiques par voie électronique au sein de secteurs bien déterminés.

b) Application particulière : les actes notariés dématérialisés

i. La loi du 6 mai 2009 : réception et conservation des actes dématérialisés

L'article 19³ de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses⁴ a introduit à l'article 13 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat une disposition conférant aux notaires la possibilité de recevoir les actes notariés sous forme électronique. L'ancien article 1317, alinéa 2, du Code civil contenait également la possibilité de dresser un acte authentique sur un support dématérialisé. Il convenait

1. V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 109.

V. DE WULF reprend, à titre d'illustration, l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat lequel prescrit que le notaire instrumentant seul doit être assisté de deux témoins pour la réception des testaments publics et des actes portant révocation de ces testaments ou lorsque l'une ou l'autre des parties ne peut ou ne sait signer, est aveugle ou sourde-muette (*op. cit.*, p. 110).

2. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 648 ; V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 110.

3. A noter que cet article 19 a lui-même été modifié par l'article 197 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 12 avril 2019.

4. Loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.

de permettre aux notaires de disposer concrètement d'un équivalent digital au système de conservation physique des minutes¹.

L'article 13 de la loi du 16 mars 1803 tel que modifié par la loi du 6 mai 2009 disposera :

« § 1er. L'acte notarié peut être reçu sur support papier ou sous forme dématérialisée.
 § 2. Les actes notariés sur support papier sont établis d'une manière indélébile, lisiblement, sans abréviations, blancs, lacunes ni intervalles, sans préjudice des prescriptions des articles 971 à 998 et 1001 du Code civil relatifs aux testaments ; chaque feuillet simple ou double d'un acte comportant plusieurs feuillets portera la mention de sa numérotation. Cette mention sera paraphée ou signée par tous les signataires de l'acte, à moins que le feuillet ne porte déjà leur paraphe ou signature ; le tout, sous la responsabilité du notaire, et à peine d'une amende de 2,50 euros contre lui.
 § 3. Le Roi prescrit, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les mesures nécessaires afin de garantir l'inaltérabilité, la confidentialité et la conservation des actes notariés ».

Par contre, l'entrée en vigueur de cette disposition nécessitait la publication d'un arrêté royal qui ... n'a jamais été pris en raison des défis techniques liés à l'archivage qualifié à très long terme². L'arrêté royal du 18 mars 2020 portant l'introduction de la Banque des actes notariés n'a, semble-t-il, pas cette vocation³.

ii. La loi du 6 mai 2009 et la Création de NABAN

La loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses prévoyait donc la création d'une Banque des actes notariés⁴ (en abrégé NABAN⁵), en vue d'y conserver les actes notariés reçus sous forme dématérialisée mais également les copies dématérialisées des actes authentiques qui seront encore passés sur papier⁶. NABAN constitue donc l'équivalent digital visé ci-avant⁷.

L'exemplaire de l'acte dématérialisé qui y est enregistré a la valeur d'original. Dans un premier temps, NABAN contiendra tous les actes notariés dressés de manière dématérialisée à l'exception des testaments, des révocations de ceux-ci et des institutions contractuelles⁸.

L'objectif de l'établissement de cette banque de données est de rassembler l'ensemble des actes notariés, tout en permettant au citoyen de pouvoir accéder aux actes qui le concernent au moyen de sa carte d'identité électronique.

La mise en place de la banque des actes notariés se fera en deux temps : dans un premier temps, seules les copies dématérialisées des actes reçus sous format papier seront conservées dans NABAN. Ensuite, dans un second temps, les actes reçus sous forme dématérialisée pourront être reçus, ce qui n'est pas le cas actuellement (sauf pour l'acte authentique de procuration sous forme dématérialisée – voir *infra* – insertion de l'article 18quinquies au sein de la loi organisant le notariat par la loi du 30 avril 2020)⁹.

1. B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, p. 493. Article 20 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat.
2. L'article 26 de la loi du 6 mai 2009 stipulait : « A l'exception de l'article 18, ce chapitre entre en vigueur comme suit :
 2° les articles 19, 3° (...) entrent en vigueur à une date à fixer par le Roi (...) ».
3. B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, pp. 493-494.
4. Art. 20, 21, 22 et 25 de la loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.
5. Art. 1, 1°, de l'arrêté royal du 18 mars 2020 portant l'introduction de la Banque des actes notariés.
6. B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, pp. 493-494.
7. B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, p. 493.
8. Article 18, § 1, al. 2, de la loi du 16 mars 1803 modifié par l'article 20 de la loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.
9. A.-S. MULLIER, « Banque des actes notariés : suite, mais pas fin », *B.J.S.*, 2020, n° 651, p. 2.

L'article 20 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat a été modifié par l'article 21 de la loi du 6 mai 2020 en ces termes « Le notaire n'est pas tenu de conserver la minute d'un acte reçu sous forme dématérialisée après qu'il a reçu la confirmation du dépôt de l'acte dans la Banque des actes notariés visée à l'article 18. La Banque des actes notariés a la valeur de source authentique pour les actes qui y sont enregistrés ». Cette disposition n'est toujours pas en vigueur¹.

iii. La loi du 5 mai 2019

La loi du 5 mai 2019² a précisé les actes devant nécessairement être déposés au sein de la banque de données NABAN (articles 18*bis* et 18*ter* de la loi du 16 mars 1803 non encore en vigueur).

Conformément à l'article 18*bis* de la loi du 16 mars 1803, les testaments, révocations et institutions contractuelles seront en réalité bien inscrits dans NABAN et une copie de ces actes en sera déposée dans NABAN lors de la présentation à l'enregistrement.

La fixation de l'entrée en vigueur de ces dispositions n'est pas une tâche aisée.

Tout d'abord, il est prévu que les articles 18*bis* et 18*ter* de la loi sur le notariat entrent en vigueur « au moment de l'entrée en vigueur de l'article 20, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 6 mai 2009 ».

Ensuite, le législateur prévoit que l'article 20, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 6 mai 2009 entrera en vigueur « à une date à fixer par le Roi et au plus tard le 1^{er} janvier 2020 »³.

Les articles 18*bis* et 18*ter* de la loi du 16 mars 1803 sont donc entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2020, malgré l'absence de publication d'un nouvel arrêté royal. Par contre, l'article 13, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1803 tel que modifié par la loi du 6 mai 2009 n'est pas entré en vigueur⁴.

iv. L'arrêté royal du 18 mars 2020 et les modalités de mise en œuvre de NABAN

L'arrêté royal du 18 mars 2020⁵ a été pris aux fins de déterminer les modalités spécifiques à la mise en œuvre de ce régime et de fixer les modalités de fonctionnement de NABAN. L'article 2 de l'arrêté royal dispose : « *En exécution de l'article 18 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, une Banque des actes notariés, est créée* ». La banque de données sera gérée par la Fédération royale du Notariat belge.

1300 Copie d'actes authentiques

L'article 115 de la loi du 6 mai 2019 dispose que : « *Les copies dématérialisées d'expéditions, annexes, données et documents d'actes qui ont été présentés par voie dématérialisée à la formalité de l'enregistrement ou à la publicité hypothécaire avant la création de la Banque des actes notariés, dont le délai de conservation autorisée n'est pas encore écoulé, sont également reprises dans la Banque des actes notariés* »⁶.

1. Voir art. 26, 2^o, de la loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses qui stipule que l'article 20 entrera en vigueur à une date déterminée par le Roi.
2. Art. 112 et 113 de la loi du 5 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'information de la justice, de modernisation du statut des juges consulaires et relativement à la banque des actes notariés, *M.B.*, 19 juin 2019.
3. Art. 26 de la loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.
4. B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, pp. 493-494. Voir art. 26 de la loi du 6 mai 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.
5. A.R. du 18 mars 2020 portant l'introduction de la Banque des actes notariés, *M.B.*, 24 mars 2020.
6. Loi du 5 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'information de la justice, de modernisation du statut des juges consulaires et relativement à la banque des actes notariés, *M.B.*, 19 juin 2019.

L'article 17 de l'arrêté royal du 18 mars 2020 précise que la copie dématérialisée des actes écrits classiques à déposer est une expédition dématérialisée au sens de l'article 25, alinéa 3, de la loi du 6 mars 1803, limitée à une copie certifiée conforme de la minute de l'acte et une copie des pièces annexées à l'acte. Lors de la reprise de la copie dématérialisée dans NABAN, chaque acte reçoit un numéro de référence unique, appelé le « numéro NABAN »¹. Conformément à l'article 7 de l'arrêté royal du 18 mars 2020, les copies dématérialisées sont conservées dans NABAN aussi longtemps que le notaire doit actuellement conserver les actes écrits, soit au minimum 50 et au maximum 75 ans^{2,3}.

1310 Les dispositions relatives à la pandémie

Relevons enfin, dans le cadre de la pandémie COVID-19, la loi du 30 avril 2020 portant des dispositions diverses en matière de justice et de notariat dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus qui a inséré un article 18quinquies⁴ au sein

1. Art. 5 A.R. du 18 mars 2020. Voir également B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, p. 494.
2. Art. 62 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat.
3. Les parties à l'acte et ceux qui y ont un intérêt direct peuvent consulter l'acte dans NABAN et recevoir une copie de la copie (déposée) (art. 3, 13 à 16, A.R. du 18 mars 2020). Ils peuvent faire cela via leur notaire ou bien directement au moyen de leur carte d'identité électronique. Les personnes morales reçoivent accès au moyen de la carte d'identité électronique des membres de leurs organes de direction, dès lors que leur qualité est contrôlée par le biais d'une source authentique. Voir A.-S. MULLIER, « Banque des actes notariés : suite, mais pas fin », *B.J.S.*, 2020, n° 651, p. 2 ; B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, p. 494.
4. Art. 18quinquies : « 1er. Par dérogation aux articles 9, § 3, 13 et 20, les procurations, y compris les mandats de protection visés à l'article 490 du Code civil, qui doivent être reçues en la forme authentique en vertu de la loi, peuvent être reçues à distance par voie électronique conformément aux dispositions qui suivent.
 - § 2. Les dispositions suivantes s'appliquent à ces procurations authentiques sous forme dématérialisée :
 - 1° les parties comparaissent devant le notaire par le biais d'une vidéoconférence, lors de laquelle les prescriptions de l'article 1er, alinéa 3, et de la présente section sont respectées, sous réserve de ce qui est mentionné au paragraphe 1er ;
 - 2° les parties s'identifient et signent électroniquement l'acte au moyen d'une carte d'identité électronique visée à l'article 6 de la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour, ou d'un ID digital itisme ; l'utilisation du numéro de registre national est permise à cette fin. Le Roi peut, sur avis de la Fédération royale du notariat belge, reconnaître un ou plusieurs moyens alternatifs qui permettent un niveau d'identification et d'authentification équivalent répondant aux exigences prescrites par les articles 3, points 11 et 12, et 26 du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE ;
 - 3° le notaire signe l'acte reçu sous forme dématérialisée au moyen d'une carte d'identité électronique visée à l'article 6 de la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour ;
 - 4° les prescriptions des articles 18 et 18ter et de l'arrêté royal du 18 mars 2020 portant l'introduction de la Banque des actes notariés, pris en exécution de ces dispositions, s'appliquent par analogie à la minute de cet acte reçu sous forme dématérialisée ;
 - 5° le notaire n'est pas tenu de conserver la minute de cet acte reçu sous forme dématérialisée après qu'il a reçu la confirmation du dépôt de l'acte dans la Banque des actes notariés ; la Banque des actes notariés a valeur de source authentique pour les actes sous forme dématérialisée qui y sont enregistrés ;
 - 6° pour l'application de ces dispositions, il est sans importance que certaines ou toutes les parties concernées par l'acte se trouvent physiquement en dehors du ressort du notaire ;
 - 7° la procuration peut désigner comme mandataire un collaborateur de l'étude notariale qui sera chargée de la réception de l'acte auquel la procuration est destinée.
 - § 3. Les procurations qui peuvent être établies sous seing privé en vertu de la loi et qui sont destinées à être utilisées pour la représentation dans un acte authentique peuvent être fournies sous forme électronique si elles sont signées électroniquement conformément aux prescriptions en vigueur à cet égard. En vue de l'annexion de ces procurations à l'acte authentique conformément à l'article 12, alinéa 3, le notaire établira, sur papier, une copie certifiée conforme de cette procuration signée par voie électronique, conformément à l'article 1er, alinéa 4. »

de la loi organisant le notariat permettant l'établissement de procurations authentiques dématérialisées dont la minute est déposée dans NABAN. L'objectif de la loi déborde toutefois le cadre de la pandémie.

1320 Autres modifications apportées à l'article 8.15

Il est rappelé au sein de l'article 8.15, alinéa 2, que les actes authentiques électroniques enregistrés à la Banque des actes notariés ont valeur authentique.

L'alinéa 3 de la disposition reprend les modifications apportées par la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice¹ et y apporte quelques corrections. On songe notamment à la définition de la signature électronique qualifiée qui est celle visée à l'article 3.12 du Règlement eIDAS ; au terme « fonctionnaire » qui est remplacé par le terme « officier »² ; au terme « public » qui est complété par les termes « ou ministériel ».

1330 L'acte authentique irrégulier

L'article 8.16 dispose :

« L'acte qui n'est pas authentique du fait de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier public ou ministériel, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il a été signé par la ou les parties ».

L'acte qui n'est pas authentique en raison d'un défaut de forme ou d'une incapacité/incompétence du notaire se voit reconnaître la force probante conférée à l'acte sous signature privée s'il répond aux conditions de validité de ce dernier énumérées désormais à l'article 8.1, 4^o, du Code civil³. Le législateur rappelle l'exigence de signature des parties comme élément clé de l'acte sous signature privée.

L'incapacité du notaire vise les cas où celui-ci n'est plus en état d'exercer sa profession (par maladie par exemple) ou ne remplit pas les conditions juridiques pour l'exercer (nomination irrégulière, absence de serment, démission, ...)⁴. L'incompétence vise les cas où il agit en dehors des attributions qui lui sont légalement conférées *ratione loci* ou *ratione materiae*⁵.

1. Art. 129 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, *M.B.*, 13 mai 2016.

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

3. F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 108.

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

5. J. DEMBON, P. HARMEL, M. RENARD de CLAIRFAYT et J.-F. TAYMANS, « Acte notarié », *Rép. not.*, Tome XI, Le droit notarial, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 792.

Voir les commentaires relatifs à l'article 8.1, 5^o, C. civ.

Voir également les articles 5 et 6 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat.

En vertu de l'article 6, alinéa 1^{er}, 1^o, de la même loi, le notaire ne peut l'instrumenter hors de son ressort, sauf dans les cas visés à l'article 5, § 2.

Pour une application, voir Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 2013, *Pas.*, 2013/3, pp. 772-778.

1340 Force probante de l'acte authentique : principe

Selon l'article 8.17¹ du Code civil,

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

L'article 8.17 du Code civil précise très adéquatement la force probante de l'acte authentique en « la limitant à ce que l'officier public a pu apprécier 'ex propriis sensibus' »².

1350 Force probante de l'acte authentique : précisions

Une distinction doit ainsi être opérée entre :

- Les mentions couvertes par l'authenticité. Il s'agit, d'une part, de « l'origine des écritures, aussi bien celles des parties que celle de l'officier public qui instrummente », d'autre part, « de ce que l'officier public affirme avoir fait et de toutes ses constatations personnelles, celles qu'il a faites *ex propriis sensibus* »³. Les mentions de ce type ont la même force probante *inter partes* que vis-à-vis des tiers : dans les deux cas, elles ne peuvent être contredites que par la procédure

1. Au niveau terminologique, le lecteur attentif aura remarqué la disparition de l'adjectif « pleine » entre « fait » et « foi » au premier alinéa de l'article 8.17 et par contre, son ajout à l'alinéa 3 du même article par un amendement n° 23. Cet ajout a été justifié afin de « correspondre davantage à l'article 1319, alinéa 1^{er} du Code civil ». (Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve », dans le nouveau Code civil, 27 février 2019, amendement n° 23, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/002, p. 2).

Pratiquement, l'adjectif ou l'absence de l'adjectif « pleine » n'a aucune incidence. Néanmoins, cet ajout à l'alinéa 3 introduit une incohérence au regard de la suppression de ce même adjectif à l'alinéa 1^{er} de l'article 8.17.

Pour une critique de ces amendements : V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, p. 115.

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

3. D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *op. cit.*, p. 599, n° 22 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 92 et s. ; Civ. Bruxelles, 10/11/2014, *Rev. not. belge*, 2015/5, n° 3096, pp. 332-343.

« Est prouvée jusqu'à inscription de faux, la matérialité des faits et déclarations dont le notaire atteste avoir une connaissance personnelle pour les avoir vus, entendus ou accomplis *ex propriis sensibus*. Force probante est attachée à ce témoignage à la double condition que :

a) la constatation des faits mentionnés rentre dans sa mission ;
 b) la constatation en ait été faite dans l'exercice de ses fonctions publiques, au moment de la passation de l'acte ». (M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Force probante et force exécutoire des actes notariés », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 52).

spéciale d'inscription de faux¹ soit devant une juridiction pénale, soit devant une juridiction civile².

L'alinéa 2 de l'article 8.17 précise que la procédure d'inscription de faux suspend la procédure.

Le caractère impératif de la force probante des mentions couvertes par l'authenticité est expressément mentionné à l'article 8.17 et consacre un acquis doctrinal³. Cette précision s'imposait dans la mesure où l'article 8.2 du Code civil prévoit expressément que les règles en matière de preuve sont supplétives « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement* ».

– Les mentions non couvertes par l'authenticité. Les faits que l'officier public n'atteste pas avoir accomplis ou constatés personnellement ne font pas foi jusqu'à inscription de faux. Les opinions personnelles de l'officier ministériel, ainsi que la sincérité des déclarations faites par les parties ou le contenu même de leurs engagements, c'est-à-dire du *negotium*, peuvent être combattues par tous les moyens légaux, à savoir, *inter partes*, dans le respect de l'article 8.9 du Code civil et, vis-à-vis des tiers, par toutes voies de droit/modes de preuve (y compris par témoignages et présomptions)⁴.

1360 Force probante vis-à-vis des tiers

L'alinéa 3 de l'article 8.17 ne figurait pas au sein du projet de loi initialement préparé par la Commission de réforme du droit de la preuve. Il n'y avait aucune distinction formalisée au sein du texte de loi entre la force probante de l'acte authentique entre les parties d'une part, et celle vis-à-vis des tiers, d'autre part⁵. L'amendement n° 6 consistait à ajouter un troisième alinéa à l'article 8.17 rédigé comme suit : « L'acte authentique fait foi de la convention qu'il renferme entre les parties et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ». Le but de celui-ci était d'« expliciter ce dont fait foi l'acte authentique et il est ainsi précisé que l'acte authentique fait foi de la convention qu'il renferme entre les parties et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause. Ceci ne change rien aux possibilités d'introduire une procédure d'inscription de faux »⁶.

Nous partageons la position de V. De Wulf qui estime que « cette nouvelle disposition ne modifie pas la règle antérieure selon laquelle l'acte authentique bénéficie de la même force probante vis-à-vis des tiers qu'entre les parties, sauf la preuve contraire des mentions non couvertes par l'authenticité. S'agissant des mentions couvertes par l'authenticité, elles ne peuvent donc être contredites par les tiers, comme par les parties, que par la voie d'une procédure en inscription de faux. Les autres mentions (...) bénéficient également de la force probante ordinaire à l'égard des tiers avec la particularité

1. Sur cette procédure visée aux articles 895 à 904 du Code judiciaire, voir par exemple : M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, pp. 60-68.
2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 94 ; M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Le droit notarial », t. IX, *Rép. not.*, Livre 6, La force probante des actes notariés, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 150, n° 204.
3. Voir projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 27 lequel renvoie aux écrits de B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, « De rol van de rechter bij bewijsafspraken tussen partijen », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Le juge et le contrat – De rol van de rechter in het contract*, Bruges, La Chartre, 2014, p. 167, n° 39.
4. Voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 183-184, n° 95-96.
5. V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, p. 115.
6. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve », dans le nouveau Code civil, 26 février 2019, amendement n° 6, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/002, p. 7.

que la preuve contraire peut être rapportée par toutes voies de droit, conformément à l'article 8.14 du nouveau Code ».

SOUS-SECTION 2. L'ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE

§ 1^{er}. Définition de l'acte sous signature privée

1370 Notion

Le nouveau Code civil ne vise plus l'acte sous seing privé mais l'acte sous signature privée. Ainsi que nous l'avons écrit, « 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 »¹.

L'acte sous signature privée est défini à l'article 8.1, 4^o, en ces termes : il s'agit d'« 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 ».

1380 Conditions

La notion d'acte sous signature privée doit répondre à deux conditions positives (un écrit (art. 8.1, 1^o) et une signature (art. 8.1, 2^o)) et à une condition négative (ne pas constituer un acte authentique régulier)².

Aucune autre condition n'est posée. Toute latitude est laissée aux parties en ce qui concerne la forme de l'acte pour autant qu'il y ait un écrit et que celui-ci comporte la signature des parties ou d'une seule personne dans le cas d'un acte unilatéral³.

Au sein de cette nouvelle définition contenue à l'article 8.1, 4^o, il n'est pas précisé qui est l'auteur de l'acte parce que celui-ci peut être établi aussi bien par les parties que par un tiers⁴. De même, des indications liées à la date ou au lieu sont recommandables mais non nécessaires, sauf exceptions légales⁵.

L'élément important reste la signature des parties, laquelle permet d'identifier son auteur et de manifester sa volonté d'adhérer au contenu de l'acte⁶.

1. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2019, p. 200 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 649.

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

2. V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, p. 119.

3. E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Rép. not.*, Tome IX, Contrats divers, Livre 9, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 184.

4. P. VAN OMMESLAGHE, tome II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2430.

5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 86, n° 101 et p. 188, n° 108 qui cite, par exemple, l'article 970 du Code civil qui exige que le testament olographe soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. V. DE WULF ajoute l'article VII.216/2 du Code de droit économique qui requiert l'indication de la date et du lieu où la lettre de change est créée (V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, p. 119, note de bas de page 54).

6. Voir au sein du Chapitre 6 : la théorie des équivalents fonctionnels.

§ 2. Force probante de l'acte sous signature privée

1390 Article 8.18 du Code civil et force probante

L'article 8.18 du Code civil précise que « L'acte sous signature privée fait foi de la convention qu'il renferme entre ceux qui l'ont signé et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ».

La force probante d'un acte sous signature privée implique que la conviction du juge est liée par le contenu de l'acte¹.

1400 Preuve contraire

Les parties sont naturellement libres de rapporter la preuve contraire. Dans un système de preuve libre (à savoir lorsque l'on se situe dans les exceptions à l'article 8.9²), la preuve contraire est possible par tous modes de preuve. Dans un système de preuve réglementé, à l'inverse, la preuve contraire ne peut être rapportée que :

- par un autre acte sous signature privée ou authentique (art. 8.9) ;
- par un aveu (art. 8.31)³ ;
- par un serment décisif⁴ (voir *infra* n° 1690) ;
- par un commencement de preuve par écrit, complété par des témoignages ou des présomptions (voir *supra* n° 1210 et 1220) ;
- en cas d'impossibilité de prouver au sens de l'article 8.12.

1410 Abandon de l'exigence de reconnaissance

L'article 8.18 du Code civil abandonne l'exigence de reconnaissance préalable de l'acte par celui auquel il est opposé, laquelle était prévue par l'ancien article 1322, alinéa 1^{er}, du Code civil. La raison de cet abandon est explicitée dans les travaux préparatoires : « dans l'immense majorité des cas, la reconnaissance est tacite et résulte du défaut de désaveu de signature. L'indication, tant dans le texte actuel que dans le droit français, de ce que l'acte sous signature privée doit être 'reconnu' pour faire foi donne la fausse impression de l'obligation d'une démarche positive de l'auteur présumé de l'acte pour lui donner force probante, alors que c'est l'inverse. La mention de la reconnaissance de l'acte est donc supprimée »⁵.

1420 Acte sous signature privée électronique

Enfin, l'article 8.18 traite de la force probante tant des actes sous signature privée sur support papier que des actes sous signature privée électronique. Comme nous le verrons plus amplement ci-après, si la signature utilisée est une signature électronique qualifiée, elle est assimilée de plein droit⁶ à une signature manuscrite. Partant, l'acte électronique sur lequel elle est apposée constitue un acte sous signature privée et se

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

2. Rappelons que cet article 8.9 constitue lui-même une exception à la preuve libre.

3. Sauf l'aveu extrajudiciaire verbal. (art. 8.31 C. civ.).

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

5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28 ; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 635.

Sur la reconnaissance préalable des actes sous seing privé sous l'empire de l'article 1322 du Code civil, voir P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, tome II, *op. cit.*, n° 1757.

6. Le principe de l'assimilation est inscrit à l'article 25, § 2, du règlement eIDAS en ces termes : « L'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite ».

voit reconnaître la force probante qui lui est réservée par l'article 8.18 du Code civil. Concernant les écrits sur lesquels est apposée une signature électronique ordinaire ou une signature électronique avancée, nous renvoyons le lecteur aux développements consacrés à la preuve électronique¹.

1430 Désaveu d'écriture ou de signature

La force probante d'un acte sous signature privée peut, en principe, être contestée au moyen de la procédure en vérification d'écriture visée aux articles 883 à 894 du Code judiciaire^{2 3}.

L'article 8.19 du Code civil⁴ vise, comme l'ancien article 1323 de l'ancien Code civil, deux situations :

- soit l'acte est opposé à son auteur ou à celui qui l'a personnellement signé et ce dernier doit formellement désavouer son écriture ou sa signature pour mettre en œuvre la procédure de vérification d'écriture ;
- soit l'acte est opposé aux héritiers ou ayants cause de l'auteur et ceux-ci peuvent soit désavouer l'écriture ou la signature de leur auteur, soit déclarer qu'ils ne les connaissent pas.

La question de la vérification d'écritures se pose lorsqu'une partie, sans contester la validité du procédé de signature⁵, déclare ne pas être le signataire de l'écrit qui lui est opposé. La procédure en vérification d'écriture doit être déclenchée par la partie qui souhaite faire usage de la pièce. A défaut, l'acte ne vaudra que comme simple présomption mais ne sera pas pour autant tenu pour faux⁶. Cette procédure peut être incidente ou principale⁷.

La demande en vérification d'écriture doit, selon la doctrine et la jurisprudence, être formulée par la partie qui entend se prévaloir de l'acte dont l'écriture ou la

1. Voir *infra* Chapitre 6. L'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information.

2. Sur la procédure en vérification d'écriture, voir M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, pp. 50-60.

3. Les actes authentiques ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une vérification d'écriture puisqu'ils bénéficient d'une force probante « immédiate ». Comme le précise l'article 8.17, alinéa 3, du Code civil : « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ». Voir D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 370.

L'acte sous signature privée contresigné par les avocats fait également pleine foi de l'écriture et de la signature des parties à l'acte tant à leur égard qu'à l'égard de leurs héritiers ou ayants cause en vertu de l'article 8.23 du nouveau Code civil. La procédure en vérification d'écriture n'est donc pas possible pour de tels actes. Néanmoins, comme pour l'acte authentique, la procédure de faux civil reste utilisable.

D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 370 ; M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, p. 53.

4. « 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 articles 883 et suivants du Code judiciaire ».

5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 225.

6. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, p. 51.

7. Art. 883, al. 1^{er}, C. jud. Voir M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, pp. 53-54.

signature est contestée¹. Son adversaire par contre, qui peut se contenter² de désavouer sa signature ou son écriture, ne sera pas recevable à introduire la demande en vérification d'écriture/signature, vu son absence d'intérêt³. La procédure peut également être ordonnée d'office par le juge⁴.

Selon une certaine doctrine, la partie qui invoque un acte sous signature privée n'est pas obligée de mettre en mouvement la procédure en cas de désaveu de son adversaire et pourrait donc préférer se fonder sur d'autres actes reconnus par son adversaire, ou simplement se prévaloir de l'écrit contesté à titre de simple présomption⁵. Néanmoins, l'article 8.19 du Code civil semble rendre obligatoire ladite procédure⁶ dès qu'il y a désaveu de l'écriture ou de la signature par celui auquel l'acte est opposé.

La procédure en vérification d'écriture est assez aisée à mettre en pratique dans l'environnement papier ; mais son application dans l'environnement numérique reste controversée (voir *infra*, Chapitre 6)⁷.

§ 3. Formalités supplémentaires relatives à l'acte sous signature privée

A. NOMBRE D'ORIGINAUX REQUIS POUR UN ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE

1440 Article 8.20 du Code civil

L'article 8.20 ajoute, pour l'acte sous signature privée constatant une convention synallagmatique, une formalité supplémentaire.

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

1. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, p. 55 ; D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 370. Voir aussi Cass., 23 septembre 1996, *Chr. D.S.*, 1997, p. 153 : « Lorsqu'une partie dénie sa signature sur une pièce, il incombe à la partie adverse qui fonde son action, notamment, sur cette pièce de former une demande en vérification d'écritures. À défaut d'une telle demande, le juge peut poursuivre l'instruction de la cause ».
2. Une attitude passive de contestation suffit. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, p. 51.
3. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, p. 55.
4. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 370.
5. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, p. 56.
6. Cette conclusion est tirée des termes « il y a lieu », sans qu'un débat puisse intervenir sur l'opportunité d'une telle procédure.
7. Lors de l'avènement de la signature électronique, la doctrine s'est interrogée sur l'opportunité d'exclure la procédure de vérification d'écriture pour les écrits munis d'une signature électronique. Le législateur a cependant précisé, lors des travaux préparatoires que les articles 1323 et 1324 du Code civil étaient applicables à l'écrit signé électroniquement (*Doc. parl.*, Chambre, 2141/1-9899, p. 17). Voir D. MOUGENOT, « Le charme discret des 'petites mesures d'instruction' », *R.D.J.P.*, 2007, p. 251, n° 30 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 225-228 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 204.
Voir également projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28.

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

L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'écrit est établi conformément à l'article 8.1, 1^o, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès.

Lorsqu'un acte sous signature privée est nul pour défaut de respect des règles prévues aux deux premiers alinéas du présent article, il peut valoir comme commencement de preuve par écrit, s'il remplit les conditions visées à l'article 8.1, 7^o du présent livre.

Les règles prévues aux deux premiers alinéas ne s'appliquent pas aux contrats formés par échange de courrier, que celui-ci soit adressé par voie postale ou électronique ».

1450 La formalité des originaux multiples et les sanctions attachées à son non-respect

Lorsqu'un acte sous signature privée constate une convention synallagmatique, il doit être rédigé en autant d'originaux qu'il n'y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque original doit par ailleurs mentionner le nombre d'originaux établis.

Cette formalité qui se superpose à celle prévue à l'article 8.9 (écrit sous signature privée) est sanctionnée par « l'absence de force probante de l'acte sous signature privée »¹. La nullité de l'*instrumentum*² n'empêche toutefois pas que l'acte soit encore utilisé à titre de commencement de preuve par écrit pour autant qu'il remplisse les conditions fixées à l'article 8.1, 7^o, comme le précise désormais, à des fins de sécurité juridique, l'alinéa 4 de la disposition³.

Une autre précision est encore ajoutée par le législateur. Le cocontractant qui a déjà exécuté le contrat ne pourra se prévaloir du non-respect de la formalité.

Par ailleurs, la formalité des originaux multiples ne s'applique pas aux contrats synallagmatiques conclus par échanges de courriers lettres missives et e-mails.

Enfin, le législateur tire parti de la réforme pour assouplir la formalité des originaux multiples en présence de contrats qui se forment par voie électronique⁴. Plus personne ne conteste en effet que la formalité des originaux multiples s'accommode, en effet, difficilement au contexte des échanges dématérialisés, où l'acte écrit est produit en un seul exemplaire. L'article 8.20, alinéa 3, instaure dès lors un régime probatoire particulier. 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.

Rappelons à toutes fins utiles que la formalité des originaux multiples ou « du double » ne trouve pas à s'appliquer pour la preuve entre ou contre les entreprises et pour les actes juridiques inférieurs à 3500 EUR⁵.

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 93.

2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 93.

3. Pour des cas d'application voir par exemple : Anvers, 3 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 423 ; Anvers, 1^{er} juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 801 ; Civ. Courtrai, 30 décembre 2009, *T.G.R.*, 2010, p. 158.

4. Sans nécessairement passer par l'échange de courriers électroniques.

5. Toutes les exceptions à l'écrit signé sont visées par l'exemption : C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, pp. 80-81.

B. ENGAGEMENT UNILATÉRAL DE PAYER

1460 Engagement unilatéral de payer : disposition légale

L'article 8.21 se substitue à l'ancien article 1326 du Code civil¹ en y apportant de significatives modifications.

Il dispose désormais :

« Quelle que soit la valeur de l'acte juridique et sans préjudice des exceptions prévues par la loi, l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles ne fait preuve que si elle comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Est nulle toute convention dérogeant à cette règle ».

1470 Mention de la somme ou quantité en toutes lettres

Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « la finalité de cette règle est de faire réfléchir une partie à la souscription d'une obligation et de protéger le débiteur contre la signature d'un engagement unilatéral de payer dont il ne réalise pas le montant ou dont le montant est adapté plus tard »².

Avec la réforme, l'ancienne « formalité du bon pour » est, tout d'abord, allégée. Alors que l'article 1326 du Code civil exigeait soit un « acte écrit en entier de la main de celui qui le souscrit » soit la mention « bon pour » suivie de la somme écrite en toutes lettres et accompagnée de la signature, l'article 8.21 se contente de requérir « la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres ».

Cette formalité s'applique à « l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles » et peu importe la valeur de l'acte³.

Comme le précisent les travaux préparatoires, cet engagement peut résulter soit d'un acte unilatéral (par ex. la reconnaissance unilatérale de dettes), soit d'un contrat unilatéral (par ex. le prêt, le cautionnement)⁴.

La disposition est de nature impérative.

Malgré l'instauration du principe de la preuve libre pour les actes juridiques unilatéraux (voir *supra*, article 8.10), le praticien devra donc être attentif à l'éventuelle application de l'article 8.21. L'acte juridique unilatéral régi à l'article 8.10 n'est, en effet, « pas entièrement libre de toute forme »⁵.

1. « De wetgever was van oordeel dat een zeker bewijsformalisme ter bescherming van de partijen dient te primeren op de vrijheid van bewijs in het kader van schuldbekentenissen » (B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 633).
2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 29.
3. « La règle s'applique quelle que soit la valeur de l'acte. Son application est limitée à l'obligation de payer des sommes d'argent ou de livrer des choses fongibles, comme dans la loi française » (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 29).
4. Le texte s'écarte sur ce point de la première mouture du projet qui comportait les termes de « reconnaissance unilatérale de dette ». Le Conseil d'Etat avait pointé la discordance entre la notion de « reconnaissance unilatérale de dettes » de l'article 8.10 et la notion de « engagement unilatéral de payer » de l'article 8.21 (avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi « portant insertion du Livre 8 'La preuve' dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>, pp. 13-14).
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 29.

A l'instar du régime applicable à l'article 1326, seront dispensés du prescrit de l'article 8.21¹ :

- les actes soumis au principe de la preuve libre (par ex. les actes accomplis entre ou contre une entreprise qui ne tombent pas dans les exceptions qui figurent à l'article 8.11, § 1^{er}) ;
- les actes soumis à l'article 8.20 et à la formalité des originaux multiples. Il s'agit plus précisément de l'engagement lié à une convention synallagmatique. On considère que le formalisme des originaux multiples absorbe celui de l'ancien « bon pour »² ;
- les actes authentiques nuls en la forme ;
- les actes qui ne créent pas l'obligation mais qui ne font que reconnaître l'existence d'une dette préexistante³.

C. DATE CERTAINE

1480 Datation certaine des actes

L'article 8.22 du Code civil prend la place de l'ancien article 1328 du Code civil et traite de la datation certaine des actes à l'égard des tiers. Il dispose :

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

Les trois procédés qui permettent de conférer date certaine à un acte sont l'enregistrement, l'existence d'un acte authentique qui relate les éléments substantiels de l'acte sous signature privée ainsi que l'ensemble des cas où l'une des parties est dans l'incapacité de modifier l'acte ou sa date et notamment la mort d'une des parties qui a signé l'acte^{4 5}.

Alors que l'ancien article 1328 du Code civil ne visait comme troisième hypothèse que le décès d'une partie à l'acte, l'article 8.22, 3^o, du Code civil élargit celle-ci à l'ensemble des cas où l'une des parties est dans l'incapacité de modifier l'acte ou sa date⁶.

1. Voir sur ces exceptions, D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 245 et s.

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 245 et s.

Voir pour une application récente : Cass., 1^{er} mars 2019, *R.W.*, 2019-2020/23, p. 900-905 : eu égard à la raison d'être de cette disposition, il n'y a pas lieu d'observer l'article 1326 du Code civil lorsque l'obligation unilatérale est inscrite dans une convention qui a été soumise aux dispositions de l'article 1325 du même code.

3. Cass., 15 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2020, p. 8. La Cour précise que « Cette disposition s'applique à l'écrit qui constitue le titre de l'obligation unilatérale du débiteur. Constitue le titre de l'obligation l'écrit qui, fixant la somme que le débiteur doit à son créancier et constatant ainsi l'obligation du débiteur dont l'exécution est demandée, est le fondement de l'action introduite par le créancier contre son débiteur ».

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 264.

5. « La faillite et la déconfiture du débiteur ne doivent pas nécessairement être assimilées au décès de celui-ci, dans l'application du présent article » (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 31).

6. Les travaux préparatoires nous livrent comme illustrations, « la maladie ou l'accident lorsque ceux-ci empêchent une des parties d'apporter des modifications à l'acte » (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 31).

Notons que l'article 8.22 s'applique également aux actes juridiques unilatéraux¹.

On notera le constat repris dans les travaux préparatoires selon lequel la Cour de cassation de Belgique ne s'est jamais prononcée sur le caractère exhaustif ou non de la liste d'hypothèses figurant à l'article 1328².

1490 Horodatage électronique

L'horodatage électronique ne figure pas au sein de la liste de l'article 8.22.

L'horodatage électronique est, conformément à l'article 3.33 du règlement eIDAS, 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 instant³. Ce moyen ne connaît pas d'équivalent dans l'environnement papier. Il permet de conférer une date et une heure précises à un document électronique⁴. 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 est instaurée (art. 41.2, du règlement). Un principe de non-discrimination à l'égard des techniques d'horodatage électronique est par ailleurs prévu (art. 41.1 du règlement)⁵.

Alors que la première version du projet y faisait explicitement référence⁶, l'horodatage électronique a finalement été retiré de l'énumération. Les auteurs du projet ont en effet décidé de faire marche arrière suite à la consultation publique.

L'explication avancée est la suivante :

« 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 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 »⁷.

Même si l'article XII.25, § 10, du CDE énonce que « *Sous réserve de l'application de l'article 1328 du Code civil, un prestataire de service d'horodatage électronique qualifié ou non qualifié ne peut à aucun moment laisser entendre, directement ou indirectement, que son service confère date certaine* », il était à notre estime loisible d'aller un pas plus loin et d'intégrer l'horodatage électronique qualifié dans les hypothèses de datation certaine des actes.

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

2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 30.

3. 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. Voir sur ce Règlement, H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le Règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016.

4. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 205.

5. Voir aussi l'article XII.25, § 8, qui dispose : « § 8. *Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de datation de données ou de documents est imposée, de manière expresse ou tacite, par un texte légal ou réglementaire, cette obligation est présumée satisfaite par le recours à un horodatage électronique qualifié* ».

6. Avant-projet de loi portant insertion du Livre 8 « 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.

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

Ce refus d'accorder une valeur spécifique à l'horodatage contraste avec le souhait du législateur d'adapter le droit de la preuve à l'ère numérique.

L'horodatage électronique conserve cependant toujours un intérêt à titre d'élément probant lorsque la preuve libre est admise¹.

SOUS-SECTION 3. ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE CONTRESIGNÉ PAR LES AVOCATS DES PARTIES

1500 Présentation

L'article 8.23 dispose que

« L'acte sous signature privée contresigné par les avocats conformément aux dispositions de la présente sous-section fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties à l'acte tant à leur égard qu'à l'égard de leurs héritiers ou ayants-cause.

L'acte est contresigné par les avocats de toutes les parties, chaque partie ayant un intérêt distinct devant être assistée par un avocat différent. La procédure de faux civil est, le cas échéant, applicable à cet acte.

Par son contreseing, l'avocat attesté avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte. Il en est fait mention dans l'acte.

L'acte sous signature privée contresigné par les avocats de toutes les parties est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

Sauf si l'acte contresigné par les avocats de toutes les parties est revêtu d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3,12^o du Règlement UE n^o 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE, celui-ci est établi au moins en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et d'avocats signataires ».

Cet article rapatrié dans le nouveau Code civil les dispositions de la loi du 29 avril 2013 relatives à l'acte sous signature privée contresigné par les avocats. Cette loi migre ainsi au sein des dispositions relatives à la force probante de l'acte sous signature privée.

Pour bénéficier de ce régime probatoire particulier, l'acte sous signature privée (en tant qu'*instrumentum*) doit répondre aux conditions suivantes² :

- l'acte est contresigné par les avocats de toutes les parties³ ;
- l'acte fait mention de ce que, par leur contreseing, les avocats attestent avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'ils conseillent sur les conséquences juridiques de l'acte ;

1. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 206.

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

3. J. FONTEYN, « L'acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties », *Rev. not. belge*, 2013, p. 587 : « C'est ce contreseing, matérialisant l'intervention de professionnels du droit, qui justifie les effets que la loi accorde à cet instrument ».

- à moins que l'acte ne soit revêtu d'une signature électronique qualifiée¹, il doit être établi en autant d'originaux² qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et d'avocats signataires.

L'acte sous signature privée contresigné par les avocats se voit conférer une force probante renforcée entre parties. Il fait pleine³ foi de l'écriture et de la signature des parties tant à leur égard qu'à l'égard des héritiers ou ayants cause tandis qu'il ne pourra être attaqué que via la procédure de faux civil. A l'inverse, à l'égard des tiers, son statut probatoire est identique à celui de l'acte sous signature privée. Les tiers peuvent contester la force probante par tous modes de preuve tandis que l'acte n'aura date certaine à leur égard que dans les conditions de l'article 8.22.

SOUS-SECTION 4. AUTRES ÉCRITS

1510 Mention du paiement

L'article 8.24 porte que

« La mention d'un paiement ou d'une autre cause de libération portée par le créancier sur un acte original qui est toujours resté en sa possession vaut présomption simple de libération du débiteur.

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

Cet article comporte deux volets : soit, le créancier fait mention du paiement sur l'acte original resté en sa possession, soit, il en fait mention sur le double du titre qui est en possession du débiteur. Dans les deux cas, les mentions valent présomption simple (réfragable) de libération du débiteur.

Restent d'actualité les controverses liées à la force probante de ces mentions en cas de biffure⁴.

Les registres papiers et domestiques et les actes recognitifs⁵ et confirmatifs⁶ ont été abandonnés par le législateur, en raison de leur caractère désuet. Concernant les actes recognitifs et confirmatifs, le législateur estime que « d'une part, ces concepts

1. Dans la première mouture du projet, l'article renvoyait à l'article 32 du règlement n° 910/2014/UE et non à son article 3, point 12, qui contient la définition de cette notion (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 94).

2. Notons que la mention du nombre d'originaux doit à notre estime figurer dans l'acte. Cette condition qui figurait dans la loi du 29 avril 2013 (art. 4, al. 3) ne figure pas dans l'article 8.23 mais peut être déduite de l'article 8.20, al. 2.

3. Cet adjectif fut ajouté suite à l'amendement n° 26, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/004, p. 4.

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 291-292.

5. L'acte recognitif est celui qui a été dressé pour reconnaître un droit antérieur déjà constaté par un autre écrit appelé acte primordial. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 266 ; J. DEMBLON, « Honoraires », *Rép. not.*, Tome XI, Le droit notarial, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 1995, n° 486.

6. L'acte confirmatif est un acte ayant pour objet de constater la confirmation d'un acte affecté de nullité relative. Il a donc pour objet « de purger un acte précédent du vice qui l'infecte et en compromet la validité » (J. DEMBLON, « Honoraires », *Rép. not.*, Tome XI, Le droit notarial, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 1995, n° 486). Voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 267.

ne sont plus utilisés et sont peu connus des praticiens. D'autre part, l'application des règles de droit commun suffit à trancher les problèmes relatifs à ces documents »¹.

SOUS-SECTION 5. LES COPIES

1520 Statut juridique de copie

Le statut probatoire de la copie est régi à l'article 8.25 aux termes duquel :

« 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. Hormis les cas où la loi en dispose autrement, dans tous les autres cas, la copie constitue une présomption de fait ou, le cas échéant, un commencement de preuve par écrit lorsque les conditions imposées par l'article 8.1, 7^o sont réunies. Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée ».

La copie, même si elle ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique à l'article 8.1, s'entend d'un original ou d'une transcription de l'original qui n'est pas revêtu d'une signature originale².

À titre d'exemple, sont qualifiés de copie la photocopie et le fax qui reproduisent la signature. À l'inverse, doit être considérée comme original la photocopie revêtue d'une signature manuscrite originale.

Dans un litige, lorsque la partie adverse conteste la conformité de la copie à l'original, la copie est dénuée de force probante à défaut pour celui qui l'invoque de pouvoir produire l'original. Tout au plus, la copie pourra-t-elle valoir comme commencement de preuve par écrit ou de présomption de fait. La copie n'est dès lors pas d'un grand intérêt au niveau probatoire dès lors qu'il suffit à l'autre partie de contester sa conformité à l'original pour la priver de force probante. Elle pourra néanmoins être considérée comme un commencement de preuve par écrit.

Pour le législateur, le *statu quo* est justifié : « Le régime de la copie peut paraître insatisfaisant mais il faut garder à l'esprit que (1) rien n'empêche d'utiliser des copies en justice lorsqu'il n'y a pas de contestation et que (2) les procédés modernes de copie permettent très aisément des modifications de l'original, de telle sorte que ces modes de preuve restent très fragiles »³.

Rappelons également que lorsqu'ils sont produits dans le cadre d'un débat judiciaire et font partie du dossier inventorié des parties, 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. Il n'y a donc pas de raison d'appliquer à ces copies un autre régime que celui prévu à l'article 8.25 du Code civil. Dès lors, en cas de doute ou de contestation, le juge peut exiger la présentation

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, pp. 31 et 32.

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 276.

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

de leur original¹. Pour rencontrer cette exigence, dans le contexte des écrits électroniques, il nous semble que le juge devrait désigner un expert en informatique afin que ce dernier puisse prendre connaissance, le cas échéant dans le cadre d'une expertise simplifiée, de l'écrit original².

1530 Statut juridique de la copie réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié

Un régime particulier s'attache toutefois à la copie réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié. Cette dernière « a la même force probante que l'écrit sous signature privée, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable ». Désormais, la copie peut donc être assimilée à un original, si elle est produite au moyen d'un procédé d'archivage électronique qualifié³. Le législateur va même plus loin puisqu'il est dorénavant précisé que « *La présentation de l'original n'est pas exigée* ». Un statut probatoire spécifique est ainsi réservé aux seules copies produites par la voie d'un service d'archivage électronique qualifié⁴. Cette modification offre une solution aux entreprises qui s'affranchissent de plus en plus de la conservation d'écrits papier pour ne garder qu'une version sur support dématérialisé⁵.

Enfin, le législateur réserve les cas où des dispositions légales régissent spécifiquement le statut de ces copies (institutions financières, sécurité sociale, ...)⁶.

1540 La copie d'un acte authentique

L'article 8.26 règle le statut probatoire des copies d'actes authentiques.

Il dispose que :

« § 1er. Les copies des actes authentiques sont soumises aux règles suivantes. Lorsque l'acte original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1^o les grosses ou premières expéditions ont la même force probante que l'original. Il en est de même des copies dématérialisées des actes notariés qui sont réalisés conformément à l'article 13, alinéa 1er, de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat et dont, conformément à l'article 18 de ladite loi, une copie est conservée dans la Banque des actes notariés.

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

1. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 202 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 654.

2. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 654.

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

4. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 203.

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

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

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

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit ; 3° lorsque les copies délivrées sur la minute de l'acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par les officiers publics ou ministériels qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit ; 4° les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

§ 2. La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit ; et il faudra même pour cela :

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

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

Lorsque ces deux conditions sont remplies, la preuve du contenu de l'acte peut être rapportée par tous modes de preuve. Si la preuve par témoins est admise, il est nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils vivent encore, soient entendus ».

Le premier paragraphe de l'article 8.26 traite des hypothèses où l'acte authentique n'existe plus.

Lorsque le titre original n'existe plus et, pour autant que la partie qui s'en prévaut parvienne à prouver la perte ou la destruction de l'original¹, la copie aura :

- la même valeur que l'original (art. 8.26, § 1^{er}, 1^o et 2^o) ;
- la même valeur qu'un commencement de preuve par écrit (art. 8.26, § 1^{er}, 2^o, *in fine* et 3^o ainsi que l'art. 8.26, § 2) ;
- la valeur de simple renseignement (art. 8.26, § 1^{er}, 4^o)².

Concernant les copies dématérialisées des actes notariés, l'article 18 de la loi du 16 mars 1803 organisant le notariat dispose :

« Tous les actes notariés reçus sous forme dématérialisée, ainsi qu'une copie dématérialisée³ de tous les actes qui sont reçus sur support papier, sont conservés dans une Banque des actes notariés gérée par la Chambre nationale des notaires qui peut en déléguer le développement et la gestion opérationnelle à la Fédération royale du Notariat belge. Dans les quinze jours suivant la réception de l'acte, soit l'acte dématérialisé, soit la copie dématérialisée de l'acte reçu sur support papier, doit être déposé et enregistré dans la Banque des actes notariés. Cette copie a la même valeur probante que la première expédition de la minute sur support papier. Cette disposition ne vaut pas pour les testaments, les révocations de testament et les institutions contractuelles (...) ».

1. M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Le droit notarial », t. XI, *Rép. not.*, Livre 6, La force probante des actes notariés, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 125 et s., n° 160 et s.

2. M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Le droit notarial », t. XI, *Rép. not.*, Livre 6, La force probante des actes notariés, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 132, n° 172. En présence de simples renseignements, il « appartient au juge d'y puiser des présomptions, puisque celles-ci sont laissées à sa libre appréciation ».

3. Souligné par nous.

Par ailleurs, l'article 115 de la loi du 5 mai 2019 dispose :

« Les copies dématérialisées d'expéditions, annexes, données et documents d'actes qui ont été présentés par voie dématérialisée à la formalité de l'enregistrement ou à la publicité hypothécaire avant la création de la Banque des actes notariés, dont le délai de conservation autorisée n'est pas encore écoulé, sont également reprises dans la Banque des actes notariés ».

L'article 17 de l'arrêté royal du 18 mars 2020 précise, pour rappel, que la copie dématérialisée des actes écrits classiques à déposer est un extrait dématérialisé au sens de l'article 25, alinéa 3, de la loi du 6 mars 1803, limité à une copie certifiée conforme de la minute de l'acte et une copie des pièces annexées à l'acte. Lors de la reprise de la copie dématérialisée dans NABAN, chaque acte reçoit un numéro de référence unique, appelé le « numéro NABAN »¹. Conformément à l'article 7 de l'arrêté royal du 18 mars 2020, les copies dématérialisées sont conservées dans NABAN aussi longtemps que le notaire doit actuellement conserver les actes écrits, soit au minimum 50 et au maximum 70 ans².

Les parties à l'acte et ceux qui y ont un intérêt direct peuvent consulter l'acte dans NABAN et recevoir une copie de la copie (déposée). Ils peuvent faire cela via leur notaire ou bien directement au moyen de leur carte d'identité électronique. Les personnes morales reçoivent accès au moyen de la carte d'identité électronique des membres de leurs organes de direction, dès lors que leur qualité est contrôlée par le biais d'une source authentique³.

Si le titre original subsiste, il conviendra d'appliquer les règles de l'article 8.25, § 2, du Code civil. Pour rappel, « les copies n'ont donc qu'une valeur probante provisoire, en ce sens que foi leur est accordée aussi longtemps que celui à qui la copie est opposée ne demande pas la représentation de l'original. Elles ne font pas foi par elles-mêmes »⁴.

Le second paragraphe de l'article 8.26 s'intéresse à la transcription des actes sur des registres publics.

SOUS-SECTION 6. REMISE DE L'ACTE PAR LE CRÉANCIER AU DÉBITEUR

1550 Remise de l'acte sous signature privée ou de la grosse

Aux termes de l'article 8.27,

« 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 ».

Cette disposition qui traite de la remise volontaire du titre et des effets juridiques qu'on y attache ne se confond pas avec la remise de dette⁵. Tandis que la première constitue un mode de preuve de la libération du débiteur, la seconde constitue un acte juridique. La remise de dette se définit en effet comme une « convention par laquelle

1. Art. 5 A.R. du 18 mars 2020. Voir également B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, p. 494.
2. Art. 62 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat.
3. B. VERHEYE, « La banque des actes notariés démarre », *Rev. not. belge*, 2020/5, n° 3150, p. 494.
4. M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Le droit notarial », t. XI, *Rép. not.*, Livr. 6, La force probante des actes notariés, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 124, n° 158.
5. A cet égard, P. WÉRY précise que « Même si, en pratique, un créancier décharge souvent son débiteur en lui remettant l'acte instrumentaire de sa créance, il faut distinguer soigneusement les deux opérations » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, volume 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 748).

un créancier renonce, sans contrepartie, à réclamer le paiement de la dette, au profit de son débiteur, qui accepte »¹.

L'article 8.27 du Code civil unifie le régime applicable à la remise de l'acte sous signature privée (ancien art. 1282 C. civ.) ou la grosse (ancien art. 1283 C. civ.)². Une présomption simple de libération du débiteur³ est attachée à la remise du titre sans que l'on ne doive distinguer si la remise porte sur l'acte sous signature privée ou la grosse. Cette présomption pourra être renversée pour tous modes de preuve.

Le principe qui sous-tend cette solution provient du fait que si un créancier « prend une décision aussi lourde de conséquences, c'est, selon toute vraisemblance, parce que l'écrit ne lui est plus d'aucune utilité en raison de l'extinction de sa créance »⁴.

Le créancier pourra soit contester les conditions d'application des présomptions (à savoir une remise au débiteur qui doit être volontaire) soit renverser cette dernière en prouvant que la possession du titre par le débiteur découle d'une perte, d'un vol, ... et ne peut être considérée comme valant libération du débiteur⁵.

SECTION 2. LA PREUVE PAR TÉMOINS

1560 Définition du témoignage

Selon l'article 8.1, 8^o, du Code civil, le témoignage est « une déclaration faite par un tiers dans les conditions des articles 915 et suivants et 961/1 et suivants du Code judiciaire ».

La définition du témoignage figurant à l'article 8.1, 8^o, fait référence aussi bien à la procédure d'enquête visée aux articles 915 et suivants du Code judiciaire qu'aux témoignages écrits régis par les articles 961/1 et suivants du Code judiciaire⁶.

Constitue donc un témoignage, les déclarations orales formulées lors d'une procédure d'enquête civile ou une attestation écrite qui remplit les conditions visées à l'article 961/2 du Code judiciaire^{7 8}.

1. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 1967, p. 68 reprise par P. WÉRY, *Droit des obligations*, volume 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 748.

2. Tandis que la remise de l'acte sous signature privée constituait une présomption irréfragable de libération du débiteur, la remise de la grosse ne constituait qu'une présomption réfragable. Voir aussi B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 636.

3. Que ce soit par paiement, compensation, remise de dettes, ... (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 33).

4. P. WÉRY, *Droit des obligations*, volume 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 749.

5. P. WÉRY, *Droit des obligations*, volume 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 749.

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

L'attestation écrite déposée par une partie ou sur demande du juge a été introduite aux articles 961/1 et suivants du Code judiciaire par la loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil, *M.B.*, 3 août 2012.

7. Quant à l'admissibilité, à la force probante et à la valeur probante des témoignages : voir V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, pp. 133-134 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 312, n° 225-226.

8. Voir à cet égard, Cass, 28 juin 2018, n° C.17.0319, *N.J.W.*, 2019, p. 289, note W. VANDENBUSSCHE qui décide que : « les formalités prévues à l'article 961/2 du Code judiciaire ne sont pas prescrites à peine de nullité. L'absence d'une mention requise par cette disposition légale dans l'attestation écrite n'empêche pas le juge de recevoir ladite attestation, pourvu qu'il indique les raisons pour lesquelles il l'estime malgré tout crédible alors qu'elle ne répond pas à toutes les conditions requises ».

1570 Admissibilité et valeur probante des témoignages

L'admissibilité et la valeur probante des témoignages sont réglées à l'article 8.28 du Code civil en ces termes :

« Les témoignages ne peuvent être admis que lorsque la loi admet la preuve par tous modes de preuve. Leur valeur probante est laissée à l'appréciation du juge ».

Le témoignage ne sera admis que si la loi admet la preuve par tous modes de preuve. Partant, lorsque la preuve est libre, les témoignages seront, en tout état de cause, admis. Par contre, lorsqu'un écrit est exigé, le témoignage ne sera admis qu'en présence d'un commencement de preuve par écrit ou d'une impossibilité de prouver par écrit.

La valeur probante du témoignage est, dans tous les cas, laissée à l'appréciation du juge¹. Ce dernier ne peut cependant pas adopter une interprétation des déclarations inconciliable avec leurs termes².

SECTION 3. LA PREUVE PAR PRÉSOMPTIONS DE FAIT

1580 Définition de la présomption de fait

Afin d'éviter toute confusion entre les notions de « présomption de fait » et de « présomption légale », le législateur a pris le parti de les définir clairement.

Une présomption de fait s'entend, conformément à l'article 8.1, 9^o, du Code civil « 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 ».

Comme le précise justement l'article 8.1, 9^o, du Code civil, la présomption de fait constitue un **mode de preuve** tandis que la présomption légale, actuellement visée à l'article 8.7, influence l'objet ou la charge de la preuve³. Le terme « présomptions de fait » remplace l'ancienne expression « présomptions du fait de l'homme »⁴.

1590 Admissibilité et valeur probante de la présomption de fait

L'admissibilité et la valeur probante des présomptions de fait sont gouvernées par l'article 8.29.

« Les présomptions de fait ne peuvent être admises que dans les cas où la loi admet la preuve par tous modes de preuve.

Leur valeur probante est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis. Lorsque la présomption s'appuie sur plusieurs indices, ceux-ci doivent être concordants ».

1. Le magistrat pourrait ainsi fonder sa conviction sur un seul témoignage. Voir D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n^o 385.
2. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n^o 385.
3. V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthémis, 2019, p. 135.
4. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 9.

À l'instar des témoignages, les présomptions ne seront admises que lorsque la preuve est libre ou, lorsqu'un écrit est exigé, pour compléter un commencement de preuve par écrit ou en présence d'une impossibilité de rédiger un écrit.

Un seul indice suffit, mais lorsque le juge fonde sa conviction sur plusieurs indices, ceux-ci doivent être concordants.

Contrairement au régime de l'ancien Code civil, le juge sera admis à statuer sur la base de présomptions, même si l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol.

Ex. : Dans un acte contrat de vente attaqué pour cause de dol, sont mentionnées toutes une série d'éléments factuels de même que l'existence d'un autre acte juridique. Ce contrat, malgré que sa validité soit remise en cause sur la base du dol, pourra servir à titre de présomption de fait.

SECTION 4. L'AVEU

1600 Définition de l'aveu

L'aveu s'entend, au sens de l'article 8.1, 10^o, du Code civil d'« une reconnaissance par une personne ou son représentant spécialement mandaté d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques ».

L'aveu implique une « reconnaissance », soit une démarche positive. Une absence de contestation ne peut être assimilée à un aveu¹.

L'aveu doit, en principe, émaner uniquement de celui auquel on l'oppose. Il peut également émaner d'un représentant spécialement mandaté à cet effet. La doctrine précise que le mandat spécial doit précisément porter sur « l'objet de l'aveu » pour être recevable². En outre, les ayants cause universels (héritiers) d'une personne peuvent se voir opposer l'aveu de cette dernière. Par contre, si plusieurs parties sont en cause (par exemple des codébiteurs), celles qui n'ont pas avoué ne peuvent pas se voir opposer l'aveu d'une autre partie, et ce « même s'il s'agit de codébiteurs solidaires »³.

1610 Objet de l'aveu

L'aveu porte sur un fait entendu au sens large et non sur une règle de droit (laquelle ne doit pas être prouvée). Le vocable « fait » « comporte les faits matériels, les faits juridiques et les actes juridiques »⁴.

Ex. : 1. Les déclarations d'un automobiliste sur les circonstances matérielles, factuelles d'un accident de la circulation sont des faits pouvant faire l'objet

1. Sur les différences entre ces deux notions mais également sur leur rapprochement dans certaines circonstances : voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 261.1.

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 363, n^o 276.

Sur la question de savoir si le mandat *ad litem* de l'avocat suffit : voir Cass., 4 septembre 2017, *Pas.*, 2017, pp. 1544-1545.

3. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 356, n^o 266.

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 359, n^o 269 ; Mons, 30 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 372, obs. B. LOUVEAUX : « les conclusions prises par une partie constituent un aveu judiciaire de l'existence de relations contractuelles : en effet, si l'aveu ne peut porter en règle sur un point de droit, ce mode de preuve est cependant parfaitement admissible – qu'il émane de la partie ou de son avocat – lorsque son objet vise un fait ou un acte juridique telle une convention ».

d'un aveu. Par contre, la reconnaissance par ce même automobiliste au sein du constat d'accident de sa responsabilité ne peut faire l'objet de l'aveu car portant sur une question de droit (la question de la responsabilité de l'accident qui devra être tranchée par le magistrat).

2. Une partie au procès pourrait reconnaître la signature d'un contrat (cette reconnaissance serait constitutive d'un aveu) mais ne pourrait avouer être redevable à l'égard du demandeur de 5000 EUR.

L'objet de l'aveu est un fait « contesté », de telle sorte qu'il est formulé « contre » la partie adverse. Il va de soi qu'une « déclaration faite par une partie pour soutenir sa propre prétention, pour démontrer le bien-fondé de sa thèse, ne constitue pas un aveu »¹.

1620 Caractéristiques de l'aveu

Comme l'indique l'article 8.30, « *L'aveu, qu'il soit intentionnel ou non, peut être judiciaire ou extrajudiciaire, exprès ou tacite* ».

L'aveu est admis en toute matière (art. 8.13). Cet aveu peut être extrajudiciaire ou judiciaire, intentionnel ou non intentionnel, exprès ou tacite.

Ces différentes caractéristiques méritent quelques éclaircissements.

L'aveu est judiciaire lorsqu'il est fait devant un tribunal² dans un procès qui concerne le point litigieux au sujet duquel a trait l'aveu³. Deux caractéristiques doivent être rencontrées⁴ : d'une part, il est fait devant le juge dans un acte de procédure ou lors de l'audience et, d'autre part, il est fait au cours de l'instance relative à la demande à laquelle il se rapporte. La reconnaissance de faits dans des conclusions relatives au litige en question constitue, par exemple, un aveu judiciaire⁵. S'il est fait « devant un tribunal mais au cours d'une autre instance, il est extrajudiciaire »⁶.

L'aveu extrajudiciaire est défini négativement comme étant celui qui ne remplit « pas les conditions de l'aveu judiciaire ». Ainsi, constitue un aveu extrajudiciaire la reconnaissance formulée par une partie devant un expert judiciaire, l'aveu fait entre parties par exemple dans un échange d'e-mails ou l'aveu formulé devant une administration⁷. Il peut être écrit ou verbal.

1. Cass., 21 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 573 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations », tome II, *op. cit.*, p. 2537 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 351-352, n° 263.

2. Peut être assimilé à une juridiction, un arbitre ou une chambre arbitrale qui remplit la même fonction de « trancher » le litige soumis.

3. Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2019, 350, note I. SAMOY et S. DECLERCQ. En l'espèce, un aveu avait été fait pas une partie dans une autre procédure. Voir aussi Cass., 3 mai 2018, *Larc. Cass.*, 2019, p. 183 et s. ; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 637 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 272.

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 272.

5. Liège (20^e ch.), 5 juin 2015, *J.T.*, 2016/3, n° 6631, pp. 52-53 : « L'aveu judiciaire peut être fait dans un acte de procédure tel que des conclusions (...). In casu, L. ne conteste pas avoir confié des travaux de terrassement et d'aménagement extérieurs à réaliser par X. dans sa propriété sise rue (...). Ses conclusions d'instance précitées constituent un aveu judiciaire et la reconnaissance détaillée des travaux faisant l'objet de la convention ».

Voir également J.P. Tournai (2^e canton), 1^{er} avril 2014, *J.T.*, 2015/31, n° 6617, p. 680-681.

6. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 272.

7. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 272.

L'aveu peut être intentionnel ou non intentionnel. Le législateur entérine, à cet égard, la jurisprudence de la Cour de cassation relative au caractère non intentionnel de l'aveu¹. L'aveu ne doit pas nécessairement être destiné à servir de preuve.

Même s'il est en principe exprès, l'aveu tacite est également admis. L'aveu peut en effet « se dégager de circonstances qui donnent le sens d'un aveu au comportement des parties »². L'aveu se déduit « implicitement des déclarations ou du comportement d'une des parties qui ne peuvent faire l'objet d'une autre interprétation »⁴.

Il convient toutefois d'être prudent dans l'application de ces principes. D. Mougenot nous livre les éclairages suivants : « Le simple défaut de dénégation de la part d'une partie d'un fait articulé par l'autre ne constitue pas, en général, un aveu. Le silence, normalement, n'est pas considéré comme un aveu sauf s'il est accompagné de circonstances particulières qui lui confèrent cette valeur, ou encore si la loi elle-même autorise le juge à y voir un aveu. Le fait de s'en référer à justice constitue une contestation et ne peut, dès lors, être considéré comme un aveu ».

Bien que le texte n'en dise mot, l'aveu peut être oral ou écrit⁵.

1630 Admissibilité de l'aveu : critiques et perspectives

L'admissibilité très large de l'aveu⁶ et la grande variété des situations qu'il recouvre peut poser question.

À quoi sert en effet de rédiger un acte sous signature privée lorsqu'un écrit non signé peut être qualifié d'aveu et suppléer l'exigence de preuve légale⁷ ?

Une ébauche de solution peut être trouvée dans l'arrêt du 26 septembre 2016 de la Cour de cassation. Cette dernière précise que « Contrairement à une preuve écrite, un aveu constitue une déclaration qui est faite après le fait matériel ou juridique avoué ; un écrit qui est rédigé à titre de preuve d'une dette et qui ne répond pas à la prescription de l'article 1326 du Code civil ne peut valoir comme un aveu judiciaire sans porter atteinte aux règles de la preuve en matière civile »⁸.

1. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 34. Voir Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, I, 2007, p. 2418 ; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1271 ; Cass., 23 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 189 (L'aveu extrajudiciaire au sens des articles 1354 et 1355 n'implique pas qu'il soit destiné à servir de preuve à la partie adverse. Le juge ne peut décider en fait que l'aveu exige que l'auteur de celui-ci sache que ses déclarations pourraient être utilisées comme preuve contre lui). Voir aussi sur l'aveu intentionnel, D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 352 et s.
2. Voir toutefois les nuances apportées par Cass., 3 mai 2018, *N.J.W.*, 2018, p. 481, note W. VANDEN-BUSSCHE. La cour estime que l'aveu extrajudiciaire suppose l'intention ou l'apparence imputable d'intention de reconnaître l'exactitude des faits allégués, mais ne requiert pas que l'aveu ait été fait dans le but de servir de preuve à la partie adverse. Voir sur cet arrêt, I. SAMOY et W. VANDEN-BUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », in S. STIJNS, *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Bruges, La Chartre, 2019, p. 142.
3. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012., p. 359.
4. L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in F. KUTY et D. MOUGENOT, *La preuve – questions spéciales*, CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p. 168.
5. On pense par exemple à l'aveu fait à l'audience (aveu oral) qui se distingue de l'aveu formulé dans des conclusions (aveu écrit) (D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 359).
6. L'article 8.13 dispose que « Par dérogation à l'article 8.9, il peut être suppléé à l'écrit signé par un aveu, un serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit, pour autant que ce dernier soit corroboré par un autre mode de preuve ».
7. L'arrêt du 15 novembre 2018 s'inscrit dans cette optique : Cass., 15 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2020, p. 8. Voir aussi R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in *Liber amicorum Paul Alain Fortiers*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 19.
8. Cass., 26 septembre 2016, *R.D.J.P.*, 2018, liv. 4, p. 147 (traduction de la revue).

Plusieurs critères ont été dégagés pour bien différencier l'aveu extrajudiciaire écrit et l'écrit réglementé (l'auteur de l'écrit, le caractère unilatéral de l'écrit, critère chronologique, critère psychologique (but en vue duquel l'écrit a été établi), critère de subsidiarité de l'aveu par rapport à l'écrit réglementé)¹.

1640 Aveu extrajudiciaire

Le sort de l'aveu extrajudiciaire fait l'objet d'une disposition spécifique. L'article 8.31 prévoit :

*« 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 ».*

L'aveu extrajudiciaire purement verbal n'est admis que lorsque l'on se situe dans le système de la preuve libre. À défaut, l'on pourrait trop facilement contourner l'exigence d'un écrit². L'aveu en action dont la preuve se rapporte par toutes voies de droit est par ailleurs admis³.

Avec la réforme, l'aveu extrajudiciaire est mis, de manière expresse, sur le même pied que l'aveu judiciaire au niveau de sa force probante.

1650 Force probante de l'aveu

L'article 8.32 s'intéresse à la force probante de l'aveu.

*« L'aveu est irrévocable, sauf erreur 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 ».*

Les aveux judiciaire et extrajudiciaire bénéficient de la même force probante (voir aussi article 8.31). Le législateur comble ici les lacunes du régime antérieur⁴.

Il convient toutefois de contrebalancer la force probante de l'aveu avec la nouvelle disposition qui permet au juge d'apprécier la sincérité de l'aveu. Il en effet désormais prévu que l'aveu fait foi sauf s'il n'est pas sincère. Ainsi, le juge récupère un certain pouvoir d'appréciation même s'il demeure limité à la question de la sincérité de l'aveu.

L'aveu est désormais soumis à l'ensemble des causes de nullité et non plus uniquement à l'erreur de fait⁵. Le principe souffre toutefois une exception. L'aveu n'est pas frappé de nullité en présence d'une erreur de droit à savoir une « erreur sur les

1. R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in *Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 19.
2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 367.
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 35.
4. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 655 ; voir aussi, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 35.
5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 36.

conséquences juridiques de son aveu »¹. « Cette exclusion se justifie d'autant plus qu'il n'est plus exigé qu'un aveu soit intentionnel »². En dépit de l'emploi du terme « irrévocable », il nous semble préférable de parler de « cause de nullité ». Celle-ci devra être sollicitée devant le juge. La charge de la preuve de la nullité pèse sur l'auteur de l'aveu³.

1660 Indivisibilité de l'aveu complexe

La règle de l'indivisibilité de l'aveu complexe⁴ et ses exceptions figurent à l'article 8.32 du Code civil :

« L'aveu est irrévocable, sauf erreur 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 ».

L'aveu complexe constitue, selon l'article 8.1, 11^o, du Code civil, « l'aveu assorti de précisions ou réserves qui en neutralisent ou réduisent les conséquences juridiques ».

L'aveu complexe est donc un aveu constitué d'au moins deux branches, indivisibles, dont l'une limite (« réduit ») ou anéantit (« neutralise ») l'autre⁵. Concrètement, l'aveu complexe comporte la reconnaissance d'un fait allégué mais y « ajoute des éléments qui en altèrent l'essence ou la nature, ou encore des réserves qui en neutralisent ou réduisent sa portée »⁶. Par exemple, tel est le cas d'une partie qui reconnaît avoir reçu une somme d'argent dans le cadre d'un prêt mais qui déclare (neutralise cette reconnaissance) avoir remboursé ledit montant⁷. « La partie qui invoque l'aveu complexe ne peut séparer les deux branches et retenir uniquement celle qui l'arrange »⁸. Dans l'exemple énoncé ci-avant, lorsqu'une partie reconnaît l'existence d'un prêt mais déclare l'avoir remboursé, son adversaire ne peut se limiter à la première branche, dans laquelle l'auteur de l'aveu reconnaît sa dette. « Il doit prendre la déclaration dans son ensemble et l'aveu ne lui sera d'aucune utilité : en définitive l'auteur de l'aveu déclare ne plus être débiteur »⁹.

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

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

3. V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (coord.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 143.

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

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

6. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 361-362, n° 273 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, n° 1808 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 711.

7. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 361-362, n° 273.

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

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

L'indivisibilité de l'aveu complexe connaît néanmoins une exception dans l'hypothèse où « une des branches de l'aveu complexe est fautive, invraisemblable ou en contradiction avec l'autre branche »¹. Dans cette hypothèse, « la partie qui invoque l'aveu à son bénéfice peut invoquer l'une des branches seulement »². Cette exception d'origine doctrinale figure désormais dans la loi.

SECTION 5. LE SERMENT

SOUS-SECTION 1^{RE}. DÉFINITION ET TYPES DE SERMENTS

1670 Définition du serment

Le serment judiciaire « est destiné à venir au secours de celui qui, ayant la charge de la preuve, ne peut réussir dans l'administration de celle-ci – fût-ce par l'aveu de l'autre partie –, comme ultime rempart contre l'incidence fatale du risque de preuve »³.

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

Le législateur a fait le choix de conserver le serment parmi les modes de preuve réglementés, et ce, même s'il est en pratique rarement usité.

1680 Types de serment

Trois types de serments sont distingués en pratique : le serment décisoire⁴, le serment estimatoire⁵ et le serment supplétoire⁶.

Seul le serment estimatoire est supprimé par la loi du 3 avril 2019 « parce qu'on n'en trouve plus aucun exemple dans la jurisprudence publiée »⁷ mais également en raison de son caractère « extrêmement dangereux »⁸.

L'article 8.33 mentionne que : « Le serment peut être déféré, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. Il peut aussi être déféré d'office par le juge à l'une des parties ».

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

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

3. P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations », tome II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2555-2556.

4. Appelé également le serment « litisdécisoire », ce dernier est « déféré par une partie à l'autre pour en faire dépendre l'issue du procès ». D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 375-376, n^o 296 et 297 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations », tome II, *op. cit.*, p. 2557.

5. Le serment estimatoire est « déféré par le juge au demandeur pour lui permettre de fixer la valeur de la chose en litige ». D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 375, n^o 296 et p. 385, n^o 309.

6. Le serment supplétoire est « déféré d'office par le juge à l'une ou l'autre partie pour assurer sa conviction lorsqu'il ne s'estime pas suffisamment éclairé ». D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 375, n^o 296.

7. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 37.

8. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 385, n^o 311.

§ 1^{er}. Le serment décisoire

1690 Serment décisoire : définition

L'article 8.34 prévoit :

« Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de cause. Celui à qui le serment est déféré et qui le refuse ou ne veut pas le référer, ou celui à qui il a été référé et qui le refuse, succombe dans sa prétention ».

Le serment (litis)décisoire est utilisé par une partie lorsque celle-ci est « à court de moyens » pour rapporter la preuve de ses allégations. Elle le défère à la partie adverse en espérant que la solennité de la procédure l'incitera à être honnête.

Si elle prête le serment que sa prétention est fondée, elle emporte le procès. Dans le cas contraire, elle le perd (aveu tacite). Encore peut-elle référer le serment à la partie qui lui avait déféré et l'inviter, à son tour, à prêter le serment que le fait qu'elle allègue est exact. Si cette dernière le fait, elle emporte le procès, sinon, elle le perd (aveu tacite).

L'issue du litige dépend donc du serment.

L'admissibilité du serment est très large dès que, conformément à l'article 8.13 du nouveau Code civil, « Par dérogation à l'article 8.9, il peut être suppléé à l'écrit signé par (...) un serment décisoire (...) ».

1700 Champ d'application du serment décisoire

L'article 8.35 définit le champ d'application du serment :

« Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Il peut être référé par celle-ci, à moins que le fait qui en est l'objet ne lui soit purement personnel ».

Le serment doit porter sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Ainsi, un serment ne peut être déféré à des ayants droit sur un fait personnel de leur auteur¹. Il peut être référé sauf si l'objet sur lequel il porte est personnel à celui qui le réfère².

1710 Caractère définitif du serment décisoire

L'article 8.36 confère au serment un caractère définitif en ces termes :

« La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'autre partie a déclaré qu'elle est prête à faire ce serment ».

En outre, le législateur supprime à juste titre l'article 1363 de l'ancien Code civil aux termes duquel « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». La victime du faux serment ne pouvait, sous l'empire

1. Anvers, 15 janvier 1992, arrêt n° F-19920115-4, www.juridat.be ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 378.

2. Pour une application, voir Bruxelles, 22/06/2001, *J.L.M.B.*, 2001/34, pp. 1485-1489 : « Le serment litisdécisoire portant sur la connaissance par la partie signifiante de la résidence réelle de la partie signifiée ne peut être référé à celui qui l'a déféré dès lors qu'il ne porte pas sur un fait commun aux deux parties ».

de l'ancien Code civil, ni se porter partie civile, ni introduire de recours au civil¹. À l'avenir, une partie ne demeurera plus tenue au civil par les effets d'un faux serment².

1720 Caractère relatif du serment décisoire

L'article 8.37 traite du « caractère relatif du serment décisoire et détermine les effets de sa force probante en matière d'obligations plurales »³. Cet article dispose :

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

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

Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions.

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

Le serment déféré à la caution profite au débiteur principal.

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

§ 2. Le serment supplétoire

1730 Le serment déféré d'office

Le serment déféré d'office par le juge est examiné à l'article 8.38 qui précise que : « Le juge peut d'office déférer le serment à l'une des parties. Ce serment ne peut être référé à l'autre partie. Sa valeur probante est laissée à l'appréciation ».

Le serment visé à l'article 8.38 du Code civil est celui déféré d'office par le juge pour assurer sa conviction lorsqu'il ne s'estime pas suffisamment éclairé. Il se distingue du serment (litis) décisoire qui est celui déféré par une partie à l'autre pour en faire dépendre l'issue du procès⁴.

La différence entre le serment décisoire et le serment déféré d'office se marque également au niveau de leurs force probante et valeur probante respectives.

La valeur probante du serment déféré d'office est laissée à la souveraine appréciation du juge, qui reste donc libre sur le sort à donner à la contestation.

Pour pouvoir déférer le serment sur la demande d'une partie ou l'exception opposée à celle-ci par l'autre partie, le juge devra vérifier, conformément à l'article 8.39⁵, « que la demande ou l'exception n'est pas complètement prouvée ou n'est pas totalement dénuée de preuves ».

1. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 381.

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

3. P. VAN OMMESLAGHE, Tome II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2563.

4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 375.

5. *Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que si la demande ou l'exception n'est pas complètement prouvée ou n'est pas totalement dénuée de preuves.*

La première condition renvoie à l'idée que si la demande ou l'exception est déjà prouvée à suffisance, il n'y a nullement lieu de recourir au serment sous peine de remettre « en cause un point acquis »¹.

La seconde condition exige l'existence d'un commencement de preuve qui rend la demande ou l'exception sérieusement vraisemblable. Ce commencement de preuve ne devra répondre aux exigences de l'article 8.1, 7^o (commencement de preuve par écrit), du Code civil que si la matière est gouvernée par l'exigence d'un écrit².

1. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 384.
2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 384 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Chapitre 5 - Le serment judiciaire » in Tome II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2565.
Pour un cas d'application, voir Liège (sect. Namur), arrêt n° F-19720410-6 (22975), 10 avril 1972, www.juridat.be.

Chapitre 5. Le droit transitoire en bref

SECTION 1^{RE}. INTRODUCTION

1740 Présentation de l'article 75 de la loi du 13 avril 2019

Le régime transitoire de la réforme n'est que très peu étayé.

L'article 75 de la loi du 13 avril 2019 dispose en effet uniquement que :

« La présente loi entre en vigueur le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge.

Toutefois, l'article 8.15, alinéa 2, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, n'entre en vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1er, 2°, de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses et l'article 8.26, § 1er, 1°, alinéa 2, du même livre n'entre en vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1er, 3°, de ladite loi.

L'article 8.22, 3°, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1er du présent article ».

Le premier enseignement qui se dégage de cet article concerne son entrée en vigueur. Elle est fixée au 1^{er} novembre 2020. Seuls les articles 8.15, alinéa 2 et 8.26, § 1^{er}, 1°, qui traitent respectivement des actes notariés reçus sous forme dématérialisée et des copies dématérialisées des actes notariés, font exception à la règle. La date d'entrée en vigueur de ces articles sera déterminée par le Roi conformément à l'article 26 de la loi du 6 mai 2009 et, pour la seconde hypothèse, au plus tard le 1^{er} janvier 2020.

Le second enseignement est tiré du dernier alinéa de l'article 75 qui aborde, à la marge, le droit transitoire. En vertu de cet article, l'incapacité d'une des parties de modifier l'acte ou sa date ne sera régie par l'article 8.22, 3°, que si elle est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi. Cette précision a vocation à répondre aux critiques formulées par le Conseil d'État¹, qui s'inquiétait de l'absence de régime transitoire. Même si l'alinéa 3 de l'article 75 résout certaines difficultés, il n'apporte malheureusement pas de vue d'ensemble sur la problématique.

Il convient donc de s'en référer aux travaux préparatoires qui précisent :

*« Les règles habituelles en matière contractuelle sont d'application. En matière de convention, l'ancienne loi demeure applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit d'ordre public ou impérative ou qu'elle n'en prévoie expressément l'application aux conventions en cours (Cass., 16 septembre 2013, R.G. C.12 0032.F, Pas., 2013, p. 1678). Cela signifie aussi que la loi ancienne reste d'application aux modes de preuve préconstitués (G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 205-206 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Story-Scientia,*

1. 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-consciat.be>, p. 5/42.

1999, 74-75). À l'égard des parties, la loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux contrats futurs¹. À l'égard des tiers ou en ce qui concerne la preuve des faits, elle est d'application immédiate »².

Ces propos nous invitent à revisiter le droit commun pour résoudre les conflits pratiques qui pourraient surgir.

Deux règles nous paraissent primordiales dans la résolution de ces conflits.

Il s'agit, d'une part, de l'article 1^{er} du Code civil qui régit toutes les matières (notamment, les règles de preuve qui sont liées au fond du droit) et, d'autre part, de l'article 3 du Code judiciaire qui s'intéresse aux règles de procédure.

SECTION 2. L'ARTICLE 1^{ER} DU CODE CIVIL ET L'ARTICLE 3 DU CODE JUDICIAIRE

1750 L'article 1^{er} du Code civil

Conformément à l'article 1^{er} (ancien art. 2 renuméroté³) du Code civil, « *La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif* ».

En vertu de cet article, la loi nouvelle sera d'application immédiate, après son entrée en vigueur⁴ sans toutefois pouvoir rétroagir. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi nouvelle s'appliquera non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés⁵.

Une exception d'une importance non négligeable est toutefois d'application en matière contractuelle⁶. Le contrat demeure gouverné par la règle de la survie de la loi ancienne⁷.

1. Dans la version soumise au Conseil d'État, il était indiqué : « A l'égard des parties, la loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux contrats futurs ou à l'occasion du renouvellement des contrats en cours. A l'égard des tiers ou en ce qui concerne la preuve des faits, elle est d'application immédiate ». Curieusement, on ne retrouve pas cette référence au renouvellement des contrats en cours dans la version déposée au Parlement.
2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, pp. 38-39.
3. Voir article 2 de la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018.
4. Voir sur le principe d'application immédiate, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 123, et s.
5. Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, p. 1678 ; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, p. 1115.
6. T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Interscentia, 2019, p. 62 et s.
7. Voir P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, Anvers, Kluwer, 1999, n° 79 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Anvers, Standard-wetenschappelijke uitgeverij, 1969, p. 71.

Une exception à l'exception complexifie encore le régime¹. La loi nouvelle retrouve son empire en présence de dispositions d'ordre public ou impératives ou lorsque la loi prévoit expressément son application aux conventions en cours^{2, 3}.

En application de ces principes, il nous paraît logique de déduire que :

- la preuve des contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sera régie par la loi nouvelle ;
- la preuve des contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sera régie par la loi ancienne ;
- la preuve de la cession, de l'avenant et du paiement d'un contrat même conclu sous l'empire de la loi ancienne est régie par la loi nouvelle dès lors que ces hypothèses constituent des actes nouveaux et indépendants ;
- vu leur caractère impératif, les règles relatives aux effets probatoires attachés à la facture⁴, aux actes authentiques⁵ et à la preuve de l'engagement unilatéral de payer⁶ seront d'application immédiate.

1760 L'article 3 du Code judiciaire

Parallèlement à cet article 1^{er} du Code civil, le praticien doit encore avoir égard à l'article 3 du Code judiciaire.

Cet article dispose que « *Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours sans dessaisissement pendant de la juridiction qui, à son degré, en avait été valablement saisie et sauf les exceptions prévues par la loi* ». Même si l'on y recourt fréquemment en présence de conflits de lois dans le temps, son champ d'application est plus limité.

Dans le cadre de notre analyse du droit de la preuve, seules les règles de procédure retiennent notre attention. Ces règles se définissent comme les règles « qui déterminent les conditions et les modes selon lesquels la justice est rendue et accomplit son œuvre. [...] Il s'agit des règles qui gouvernent l'introduction et l'instruction de l'instance (administration de la preuve et mise en état principalement), les formes et le prononcé des jugements, les voies de recours contre ceux-ci, tant sous l'angle de

1. Voir T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 62 et s. Voir aussi, E. BEGUIN et A. CAPRASSE, « Le droit transitoire », in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 481. Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678.
2. Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, p. 1678 ; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, p. 1115. Voir 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 et s. ; voir aussi, C. MARR, « L'application dans le temps des dispositions impératives : les contrats sont-ils soumis aux dispositions impératives entrées en vigueur postérieurement à leur conclusion ? », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 249-257.
3. Un autre courant doctrinal prône, en présence d'une disposition d'ordre public, une mise en balance des intérêts par les cours et tribunaux plutôt qu'une application automatique des dispositions nouvelles d'ordre public (T. REYNTJENS, « Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst », *Jura Falc.*, 2014-2015, p. 726 qui renvoie E. WYMEERSCH, « Intertemporaal recht in verband met de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet », *R.W.*, 1992-1993, pp. 1009-1016). Voir sur les autres critères proposés en doctrine, T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 67-75. L'auteur propose, par ailleurs, plusieurs méthodes alternatives. T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 75 et s.
4. Art. 8.11, § 4.
5. Art. 8.17.
6. Art. 8.21.

leur admissibilité que de leur déroulement, ainsi que les voies d'exécution »¹. La loi nouvelle est ainsi immédiatement applicable « aux procédures à venir, mais également aux effets futurs des procédures qui sont déjà en cours, c'est-à-dire aux affaires qui sont déjà introduites au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions mais qui doivent encore être jugées »².

1770 Application de l'article 3 du Code judiciaire au nouveau droit de la preuve

En application de ces principes, il nous semble logique d'affirmer que relèvent de cette catégorie des lois de procédure le principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve³ ainsi que la règle de l'article 877 du Code judiciaire⁴. Par conséquent, les dispositions y relatives⁵ s'appliqueront immédiatement. Elles auront vocation à s'appliquer aux « procès en cours même si ceux-ci se rapportent à des faits antérieurs »⁶, mais ne pourront porter atteinte aux actes faits au temps de la loi précédente (par ex. remise en cause de la régularité d'une mesure d'instruction)⁷ sous peine de rétroactivité. Partant, le juge pourra ordonner de nouvelles mesures d'instruction (production de documents) selon les modalités et conditions nouvelles⁸, même si le procès se rapporte à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

1780 Exceptions à l'article 3 du Code judiciaire

Plusieurs exceptions au principe d'application immédiate sont cependant reconnues en doctrine. Elles visent les preuves préconstituées⁹ et les présomptions légales¹⁰.

La notion de preuves préconstituées vise les hypothèses où la « loi a prévu un établissement antérieur de la preuve, soit qu'elle ait établi un régime de preuves préconstituées, c'est-à-dire constituées antérieurement à tout litige, soit qu'elle ait elle-même directement tiré telle ou telle preuve de certains faits, par voie de présomption légale »¹¹. Un mode de preuve constitué sous le régime de la loi ancienne restera régi par celui-ci, par exemple pour déterminer sa validité.

L'exemple par excellence est l'écrit exigé par l'ancien article 1341 du Code civil remplacé par l'article 8.9 du Code civil. On enseigne que « la preuve qui doit être

1. G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaires des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 153 reproduit par C. DE BOE, « Le droit transitoire », in *Le code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 360. Voir également, G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire*, tome 1, Institutions judiciaires et éléments de compétence, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 118.
2. C. DE BOE, « Le droit transitoire », in *Le code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 361.
3. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 206-207.
4. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 208.
5. Art. 8.4, al. 3 et art. 8.11, § 3, du C. civ.
6. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 208.
7. *Ibid.*, p. 210.
8. *Ibid.*, p. 210. Voir art. 8.11, § 3, du C. civ.
9. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome premier, *Principes généraux*, 3^e éd., Paris, Librairie Cotillon, 1904, p. 97.
10. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 205-206.
11. P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz, 2008, n^o 53, p. 234.

établie avant tout procès, doit l'être au moment où se produit le fait ou l'acte qu'il s'agit de prouver »¹.

La justification proposée est la suivante : la preuve préconstituée, peu importe qu'elle s'applique aux actes juridiques ou aux faits², « accompagne ce fait ou cet acte, de telle manière qu'il n'y a aucune exagération à faire figurer les éléments requis *ad probationem* à côté des éléments constitutifs de la situation juridique, et à dire que la loi qui doit régir cette constitution doit régler aussi le régime de la preuve préconstituée, car c'est pratiquement la même chose de n'avoir point un droit ou de ne pouvoir le prouver »³. Ainsi, « la preuve devient contemporaine à l'acte à prouver et ses conditions doivent être appréciées au regard de la loi du temps où cet acte est intervenu. Appliquer à cet acte une loi qui lui serait postérieure serait conférer à cette dernière un effet rétroactif »⁴.

La nouvelle loi ne s'appliquera pas non plus 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. On retrouve ici l'idée défendue à l'article 75, dernier alinéa, de la loi du 13 avril 2019 aux termes duquel « l'article 8.22, 3^o, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1er du présent article ».

Partant, les incapacités autres que le décès et antérieures à l'entrée en vigueur de la loi ne pourront entrer en considération pour donner date certaine à l'acte juridique⁵. Seuls les faits survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pourront être pris en compte.

1790 Point de rencontre

Le raisonnement semble jusqu'ici assez simple.

Pourtant, le régime transitoire du droit de la preuve se heurte à une difficulté majeure.

La question de savoir si les règles du droit de la preuve (charge de la preuve, admissibilité des modes de preuve, ...) sont des règles de fond ou des règles de procédure est épineuse. La tâche peut, dans certains cas, se révéler très ardue⁶. Elle conditionne pourtant l'application de l'article 1^{er} du Code civil ou de l'article 3 du Code judiciaire.

Fort heureusement, cette difficulté peut être, en pratique, surmontée ou, à tout le moins, tempérée.

Premièrement, dès lors que la réforme codifie à droit constant la jurisprudence de nos cours et tribunaux, le droit transitoire n'a de véritable incidence que lorsque la règle nouvelle emporte une modification du régime ancien. L'enjeu du droit transitoire demeurera alors très limité. Il faut toutefois réserver l'hypothèse d'un pourvoi

1. *Ibid.*, p. 234.

2. *Ibid.*, p. 235.

3. *Ibid.*, p. 235.

4. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 205-206 ; 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. 168.

5. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, pp. 38-39.

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

en cassation qui requiert l'indication dans le moyen de la disposition légale violée applicable au litige¹.

Deuxièmement, il faut garder à l'esprit que les exceptions aux principes précités peuvent aboutir aux mêmes solutions. L'exception de l'article 1^{er} du Code civil applicable en matière contractuelle peut en effet se recouper avec celle de l'article 3 du Code judiciaire qui concerne les preuves préconstituées et les présomptions légales.

SECTION 3. ANALYSE DE LA FACULTÉ OCTROYÉE AU JUGE DE RENVERSER LA CHARGE DE LA PREUVE ET DU DEGRÉ DE PREUVE

1800 Règle de procédure ou règle de droit ?

Le véritable nœud du problème gît, en réalité, dans la faculté reconnue au juge de renverser la charge de la preuve. Doit-on considérer que les dispositions qui régissent la charge de la preuve ressortissent à la catégorie des règles de procédure ou au fond du droit² ?

Si l'on retient la première solution, il faudra avoir égard au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux procès en cours. Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le juge sera, notamment, autorisé à faire usage de la possibilité qui lui sera conférée de renverser la charge de la preuve (art. 8.4, al. 5).

Si l'on retient la seconde solution, c'est le principe de la survie de la loi ancienne qui trouve, en principe, à s'appliquer.

La première solution retient notre préférence. Les pouvoirs du juge en matière de renversement de la charge de la preuve nous semblent, en effet, en vertu de l'article 3 du Code judiciaire, gouvernés par la loi nouvelle même en présence de contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

Il nous paraît également logique de considérer que les règles relatives au degré de preuve (art. 8.5 et 8.6) concernent l'œuvre du juge. Elles seront, à notre estime, d'application immédiate aux procès en cours, et ce même si les faits visés sont antérieurs à l'entrée en vigueur du Livre 8.

1. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROEK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993-2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, p. 419.

2. Voir sur ce point et pour d'autres illustrations, F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve : droit transitoire », in D. MOUGENOT (coord.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 281 et s.

Chapitre 6. L'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information (NTIC)

SECTION 1^{RE}. GRANDS AXES DE LA RÉFORME

SOUS-SECTION 1^{RE}. POSITION DU PROBLÈME

1810 Contextualisation

L'explosion de l'Internet, au début des années 1990 en Europe, a modifié notre société, laquelle s'est transformée en une société dite « de l'information »¹. Le progrès constant des technologies du traitement et du transport de l'information favorise une communication, toujours plus rapide et efficace, entre individus situés aux quatre coins du globe². Il leur est permis de s'échanger des textes, des sons, des images, ... mais aussi leur consentement en vue de conclure des contrats.

La dématérialisation des échanges au cours du processus de formation et de conclusion des contrats soulève la question de la preuve ainsi que du respect des formalités prescrites par la loi, laquelle impose souvent l'existence d'un « écrit » ou d'un acte sur support papier³. Les règles de preuve édictées au sein du Code civil de 1804 ont été façonnées uniquement pour l'utilisation de documents sur support papier.

Néanmoins, il faut vivre avec son temps et avec l'évolution des technologies du XXI^e siècle.

Aujourd'hui, des liens obligatoires se nouent par voie électronique, en l'absence d'écrit papier cristallisant les accords convenus entre parties. Logiquement, il s'en suit une autre disparition, celle du graphisme manuscrit ayant juridiquement la qualité de signature⁴. Ces actes juridiques dématérialisés soulèvent d'évidentes difficultés au plan de la preuve, en particulier lorsque les opérations se réalisent en réseau ouvert tel l'Internet.

SOUS-SECTION 2. NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME LÉGISLATIVE

1820 Nécessité d'une réforme

Durant de nombreuses années, les praticiens, les cours et tribunaux ont pu se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve en vue de l'adapter aux développements des technologies de l'information et du commerce électronique⁵. Le commerce électronique restait confiné dans des réseaux fermés et sectoriels⁶. En outre, on

1. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 39.
2. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 39.
3. B. DOCQUIR, *Le droit des nouvelles technologies et de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 59.
4. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 39.
5. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, pp. 39-82.
6. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 39.

pouvait compter sur les aménagements contractuels des parties des règles de preuve par le biais d'accords volontaires entre participants aux réseaux¹. Enfin, la jurisprudence relative aux instruments de preuve électroniques est restée très marginale en Belgique² et ce, malgré le développement des échanges électroniques.

Au fil des années, une réforme du droit de la preuve, adaptée aux échanges électroniques actuels, s'est de plus en plus fait ressentir.

Comme le précise E. Montero : « La solution contractuelle n'est plus une panacée dans le cadre du réseau des réseaux, si bien qu'on ne pouvait plus s'accommoder du régime probatoire de l'acte sous seing privé, imprégné d'une conception formaliste des notions d'écrit et de signature »³.

Il est donc devenu fondamental de déterminer les conditions de recevabilité et la valeur probante des documents dématérialisés. L'élaboration d'un droit de la preuve jurisprudentiel adapté aux nouvelles technologies ne constituait pas une solution et risquait d'être lente et d'amener à des décisions contraires, voire parcellaires. En effet, plus de vingt ans après l'arrivée de l'Internet, des échanges via des SMS ou des e-mails, le praticien, amené à trouver des cas jurisprudentiels, ne peut que constater la rareté des litiges soumis à la justice voire la contrariété des décisions existantes.

Pourtant, les questions sont cruciales et vont indubitablement se poser, avec davantage d'acuité, un jour ou l'autre.

Il est apparu nécessaire de légiférer non seulement pour rappeler l'approche fonctionnelle, largement approuvée, des notions capitales d'écrit et de signature mais également pour rassembler l'ensemble des dispositions qui traitent du droit de la preuve au sein du Code civil, dans un souci de codification, de simplification et de cohérence pour le praticien. La multiplication des textes législatifs ne constituait pas une solution.

Il était donc clairement acquis que l'écrit électronique devait faire son entrée dans le Code civil, par la grande porte et non par la petite fenêtre des (anciens) articles 1347 ou 1348 du Code civil⁴.

Comme l'a écrit très justement E. Davio, « La difficulté majeure pour les législateurs d'aujourd'hui n'est pas tant d'affirmer que l'informatique peut servir la constitution d'éléments de preuve, que de déterminer, au sein d'une technique mouvante, les procédés qui rencontrent les fonctions assignées à l'écrit et à la signature. L'ouverture offerte par une définition fonctionnelle, techniquement neutre, des concepts d'écrit et de signature semble battue en brèche par la nécessité de pointer, parmi les techniques existantes, celles qui sont propres à réaliser ces fonctions »⁵.

SOUS-SECTION 3. L'INTÉGRATION DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DANS LE DROIT DE LA PREUVE : UN OBJECTIF POURSUIVI PAR LA RÉFORME DU CODE CIVIL

1830 Adaptation du droit de la preuve au monde numérique

Comme nous le verrons par après, en matière de preuve électronique, des modifications sont intervenues préalablement à l'élaboration d'un nouveau Code civil. D'une part, la

1. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 39.
2. D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011/29, n° 6447, p. 593.
3. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 39.
4. Voir E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, pp. 39 et s.
5. E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, n° 11, p. 670.

signature électronique a été introduite dans notre droit par les lois des 20 octobre 2000¹ (laquelle a inséré un alinéa 2 au sein de l'ancien article 1322 du Code civil) et 9 juillet 2001², lesquelles assuraient la transposition de la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques³. D'autre part, l'écrit électronique a été inséré par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁴. Ces dispositions, issues de directives, ont fait l'objet de transpositions maladroites⁵. La doctrine déplorait la rédaction peu heureuse de l'ancien article 1322 du Code civil, définissant les conditions de la signature électronique en droit civil.

Le législateur a voulu effectivement répondre à ces lacunes et à ces critiques.

Après avoir fait le constat que « le droit de la preuve civile ne correspond plus aux besoins de la société d'aujourd'hui » et qu'« il est insuffisamment adapté aux développements technologiques »⁶, le législateur a pris le parti de définir certains concepts fondamentaux comme l'écrit ou la signature tout en reconnaissant expressément ceux-ci lorsqu'ils se réalisent dans un environnement numérique.

L'intégration des nouvelles technologies dans le droit de preuve est l'un des axes ayant guidé cette réforme.

SECTION 2. LA THÉORIE DES ÉQUIVALENTS FONCTIONNELS

1840 Présentation de la théorie

La théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée au niveau international par la CNUDCI, au sein de sa loi type sur le commerce électronique (1996)⁷.

Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, « on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit directement apposé sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (par exemple garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information pour l'écrit). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés équivalents s'ils permettent de

1. 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, p. 42698.

2. Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070. Elle est appelée la loi « prestataires de service de certification ».

3. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.L.*, n° 13, 19 janvier 2000, pp. 12-20.

4. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

Art. 16, § 2 : l'exigence d'écrit est satisfaite « par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette disposition assurait la transposition de l'article 9 de la Directive 2000/31 sur le commerce électronique.

5. D. MOUGENOT, « Le contexte et l'objectif de la réforme » in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP 193, 2019, Anthemis, Liège, p. 10.

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

7. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, New York, *Publ. Des Nations Unies*, 1999, p. 21.

Voir sur cette question : J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 94-97 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 339-374 ; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 11/2017, p. 203 ; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit ou la signature) »¹. Au niveau juridique, les deux procédés ont les mêmes effets et sont interchangeables.

Autrement dit, une telle méthode conduit à ne pas figer l'écrit ou la signature dans une définition stricte mais à s'attacher plutôt à en identifier les fonctions essentielles. Il en résulte que peut être assimilé à un écrit tout document qui remplit de manière satisfaisante les fonctions assignées à l'« écrit ». De même, pour être qualifiée de « signature », une note manuscrite ou un procédé graphique doit remplir les fonctions indispensables à la notion de signature.

1850 Consécration législative de la théorie des équivalents fonctionnels

Initialement inscrite au sein de l'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information², la théorie des équivalents fonctionnels est désormais reprise au sein de l'article XII.15 du Code de droit économique³. Cette disposition assure la transposition de l'article 9 de la Directive 2000/31 sur le commerce électronique⁴, qui imposait aux Etats membres de veiller « à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ».

La théorie des équivalents fonctionnels est donc consacrée au sein de l'article XII.15 du C.D.E. qui dispose que « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat conclu par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées » (§ 1^{er})⁵.

SECTION 3. L'ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE ÉLECTRONIQUE

1860 Introduction

L'acte sous signature privée est composé, nous l'avons vu, de deux éléments : un écrit et une signature⁶. Il s'agit désormais de réfléchir à la nature de l'acte sous signature privée se développant dans un contexte électronique.

1. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 341.
2. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.
Art. 16, § 2 : l'exigence d'écrit est satisfaite « par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».
Voir D. MOUGENOT, « Preuve et nouvelles technologies en Belgique », in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 522.
3. Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit de l'économie électronique », dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014.
Le Code de droit économique porte les abréviations suivantes au sein de la présente contribution : C.D.E.
4. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L.178 du 17 juillet 2000, pp. 0001-0016.
5. F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *R.D.T.L.*, 2017/3-4, p. 37 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 196.
6. B. KOHL et F. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par SMS. Commentaire de la loi du 20 septembre 2018 visant à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique », *Rev. not. belge*, 2018, p. 809 ; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », in X., *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, p. 161.

La question est fondamentale pour le praticien (l'avocat, le magistrat, le juriste, ...) qui se voit très habituellement confronté à analyser la question de l'admissibilité en justice et de la force probante/valeur probante de documents tels que les SMS, les échanges Messenger ou WhatsApp, les e-mails, les captures d'écrans ou les contrats signés à distance.

Comment le Livre 8 du nouveau Code civil appréhende-t-il ces questions et les difficultés probatoires qui résultent des opérations réalisées en réseau ouvert tel l'Internet (Section 1^{re}) ? En pratique, comment appliquer la combinaison de la réglementation européenne et du nouveau Livre 8 (Section 2) ?

Ces points sont développés au sein de la présente section.

SOUS-SECTION 1^{RE}. LA NOTION D'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Introduction

1870 Absence de définition de l'écrit au sein du Code civil de 1804

Le Code civil de 1804 ne contenait aucune définition de l'écrit, lequel paraissait « aller de soi ». La loi utilisait indistinctement les termes « acte », « titre », « littéral », « écrit » ou « *instrumentum* »¹.

Avec l'avènement de l'ère numérique et des directives européennes de 1999 et 2000 sur la signature électronique et les contrats conclus électroniquement², il a fallu réfléchir à la possibilité qu'un acte sous seing privé³ se réalise dans l'environnement numérique⁴.

Dans le cadre d'une approche fonctionnelle (*supra* n° 1840 et s.), il convient donc de déterminer, dans un premier temps, les fonctions de l'écrit.

§ 1^{er}. Les fonctions de l'écrit

1880 Les trois fonctions de l'écrit

Bien que le législateur belge n'ait pas souhaité pendant longtemps définir le concept d'écrit, les travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation

1. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 130 et les très nombreuses références doctrinales.

2. Voir également : Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L.13 du 19 janvier 2000 et 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.*, L.178 du 17 juillet 2000.

3. Ancienne appellation de l'acte sous signature privée.

4. Voir H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 119 et s. ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 114 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, *op. cit.*, p. 131 ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil », *Ubiquité*, n° 7, p. 121 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Vers une définition de l'écrit en droit des obligations », in *Liber amicorum Bernard Glandsdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 577.

de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire mettent en évidence les trois fonctions de l'écrit¹ :

- **La lisibilité** : les informations contenues doivent pouvoir être accessibles à la compréhension humaine grâce à un procédé approprié². Selon l'exposé des motifs, cette lisibilité peut être directe ou indirecte³. Soit les signes sont directement intelligibles, en ce sens qu'ils sont connus par le destinataire. Soit les signes sont intelligibles de manière indirecte, moyennant une traduction réalisée par une personne ou au moyen d'un procédé technique (un ordinateur ou un logiciel par exemple)⁴. Il faut bien entendu que le document informatique ait été créé à l'aide d'outils informatiques encore disponibles, et puisse être transformé « en clair » dans l'hypothèse où il aurait été chiffré. À l'inverse, on ne saurait qualifier d'écrit des signes quelconques indéchiffrables et privés de toute portée signifiante.
- **La stabilité** : la fonction de stabilité⁵ ou l'exigence de pérennité suppose que « l'information puisse être lue ultérieurement, dans un certain délai, après avoir été fixée sur un support »⁶. La fonction est relative en ce qu'elle dépend du support choisi et du procédé utilisé pour fixer les signes sur celui-ci⁷. S'il est vrai que

1. Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1999-2000, n° 38/006, p. 7. Ces fonctions sont également énoncées dans le projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1998/99, n° 2141/1, pp. 7-8. Voir également J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 94 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 141 ; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, pp. 163-164 ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, p. 663 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 54.
2. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 123.
3. Voir H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 123 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002/27, p. 555.
4. M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in X, *Actes du colloque sur La Preuve des 12 et 13 mars 1987*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1987, pp. 6-8 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 123 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution - Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant et Kluwer, 1996, p. 53.
5. Le terme stabilité est utilisé au sein du rapport fait au nom de la Commission de la justice par B. SOMERS relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1999-2000, n° 38/008, p. 26. Voir également Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 55 ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *op. cit.*, pp. 663-664 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002/27, p. 555 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le Commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, p. 72 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 141.
6. H. JACQUEMIN estime que le terme stabilité n'est pas le plus approprié pour désigner uniquement le caractère durable de l'information (H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 128, n° 81).
7. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 124 et la note de bas de page n° 376 et p. 125. Voir sur le caractère relatif de la fonction de pérennité : D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », note sous Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 473 : « si on ne peut pas exiger de l'écrit qu'il reste lisible pendant des dizaines d'années, il doit à tout le moins rester lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses fonctions ».

le phénomène d'obsolescence des supports informatiques est encore mal maîtrisé, on peut admettre qu'un document sur support magnétique est susceptible de subsister pendant un temps suffisant pour remplir le rôle qu'on en attend¹.

- **L'intégrité de l'information** : cette fonction d'intégrité ou d'inaltérabilité de l'information² suppose que le document ne peut être modifié, volontairement ou involontairement, avec une efficacité plus ou moins grande, par les parties ou par des tiers. Nous préférons également le terme « intégrité » à celui d'« inaltérabilité », lequel paraît absolu. En effet, aucun procédé, traditionnel ou électronique, ne permet de garantir de façon absolue que l'information ne puisse pas être modifiée³. Cette fonction est relative : « suivant ses caractéristiques, le procédé utilisé permet de garantir, plus ou moins, l'intégrité de l'information »⁴. Cette fonction est plus problématique en matière informatique : sauf à être rigoureusement protégé, un fichier informatique peut être facilement modifié. Néanmoins, toute modification laisse des traces informatiques traçables (par exemple modification de la date et de l'heure du fichier).

Nous le verrons ci-après, le législateur a tenu compte de cette fonction tout en l'interprétant de façon relative et adaptée aux écrits informatiques.

Il est important de rappeler que la forme du support n'entre jamais en ligne de compte. La notion d'écrit n'est liée à aucun support en particulier. Ce point sera consacré au sein de la définition de l'écrit reprise à l'article 8.1, 1^o, du Code civil.

§ 2. Définition de l'écrit au sein du Code de droit économique

1890 Rétroactes législatifs

L'article 9 de la Directive 2000/31 sur le commerce électronique imposait aux États-membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des

1. Pour un commentaire plus fouillé, voir D. MOUGENOT, *op. cit.*, *Ubiquité*, n^o 4 et s., et notamment la référence à l'article 6 de la loi type de la CNUDCI où il est question de « l'accessibilité » des données.

2. Le rapport fait au nom de la Commission de la justice par B. SOMERS relatif à la proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (*Doc. parl.*, Chambre, scss. ord., 1999-2000, n^o 38/008, p. 26) vise le caractère inaltérable de l'information. H. JACQUEMIN estime, à juste titre selon nous, qu'il est excessif d'exiger que l'information soit inaltérable. L'écrit doit préserver l'intégrité de l'information.

Cette fonction d'inaltérabilité est critiquée par certains auteurs : voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 144-145 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 124-125.

3. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 144-145.

4. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 144-145.

H. JACQUEMIN explicite clairement le caractère relatif de la fonction de maintien de l'intégrité de l'information : « Par exemple, on modifie plus facilement le contenu d'un document Word, enregistré sur le disque dur d'un ordinateur qu'une dédicace gravée dans la pierre. Mais cela ne signifie pas que l'intégrité n'est garantie que dans le second exemple. Pour reprendre l'argument de l'écriture au crayon, nous reconnaissons que le document écrit à l'encre indélébile résiste mieux aux modifications que celui qui est rédigé au crayon. Un coup de gomme passe plus inaperçu que d'éventuelles tentatives pour effacer l'encre. (...) le mode de fixation au crayon possède, des qualités d'intégrité – certes relativement réduites mais qui existent néanmoins – ce qui justifie que la jurisprudence ait accepté de qualifier le document d'écrit ».

contrats par voie électronique »¹. L'élément constitutif de l'acte sous signature privé que constitue l'écrit a donc fait l'objet d'une définition légale en 2003 laquelle est inspirée de propositions doctrinales antérieures qui visaient à intégrer l'écrit numérique au paysage probatoire².

Initialement inscrite au sein de l'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information³, la définition fonctionnelle de l'écrit électronique fut reprise à l'article XII.15, § 2, du C.D.E.⁴.

L'article XII.15, § 2, du Code de droit économique définissait initialement l'écrit comme « *une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.* ». Cette disposition consacrait les fonctions de lisibilité et de stabilité de l'écrit, tout en rejetant celle d'intégrité, qui est la fonction la plus difficile à rencontrer pour un procédé électronique⁵.

1900 Nouvelle définition de l'écrit électronique au sein de l'article XII.15 du CDE

La définition fonctionnelle de l'écrit électronique a été modifiée par l'article 8 de la loi du 20 septembre 2018 en ces termes : « *l'exigence d'un écrit est satisfaite par un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission* »⁶.

L'article XII.15, § 2, reprend désormais les trois fonctions de l'écrit analysées ci-avant.

Dans l'environnement numérique, la liste de procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits ou de supports durables est longue. Il en va ainsi du document au format Word ou PDF, enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, du CD-ROM ou d'une clé USB. Un courrier électronique, enregistré dans la messagerie du destinataire peut constituer un écrit, tout comme un SMS.

§ 3. Définition de l'écrit au sein du Livre 8

1910 Définition de l'écrit par l'article 8.1, 1^o, du Code civil

Nous l'avons vu au sein du Titre 2, l'écrit est défini à l'article 8.1, 1^o, du Code civil comme « *un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles*

1. 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.*, L.178 du 17 juillet 2000.

2. P. LECOCQ, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », in (coord.) S. BOUFFLETTE, *La preuve et le faux*, Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2017, p. 20.

3. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

Art. 16, § 2 : l'exigence d'écrit est satisfaite « par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

4. Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit de l'économie électronique », dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014.

5. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 96 ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil », *op. cit.*, p. 125.

6. Loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018.

apposés sur un papier ou tout autre 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 ».

Cette définition est désormais presque identique à la règle qui figure à l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique vue ci-avant et ce, depuis sa modification par la loi du 20 septembre 2018.

1920 Développements

Les fonctions de stabilité, de lisibilité et d'intégrité, habituellement assignées à l'écrit, sont mises en évidence par l'article 8.1, 1^o, du Code civil. La définition se veut large, ouverte et s'applique à toute forme d'écrit, rédigé sur n'importe quel support. Elle vise donc aussi bien l'écrit traditionnel, apposé sur un support papier, que d'autres formes d'écrits, pour autant qu'ils soient compréhensibles et présentent une certaine durabilité. La définition respecte « le principe de neutralité technologique »¹, de sorte qu'elle vise tant l'écrit papier que l'écrit électronique et peut s'adapter aux évolutions technologiques futures.

Comme dit ci-avant, la définition fait également référence au respect de l'intégrité de l'information². La fonction du respect de l'intégrité de l'acte était assignée à la signature électronique visée à l'ancien article 1322, alinéa 2, du Code civil. Assigner une telle fonction à la signature et non à l'écrit avait été fortement critiqué en doctrine³. L'option prise par le législateur est donc salutaire.

Le mécanisme utilisé pour créer l'écrit doit respecter la fonction du maintien de l'intégrité de l'information : il doit idéalement **empêcher la modification de l'information ou, à tout le moins, rendre cette modification détectable**⁴, afin de dissuader ses auteurs ou les tiers d'apporter des changements à l'information. Des mécanismes électroniques qui remplissent les trois fonctions pourront être considérés comme des écrits (comme un SMS ou un e-mail). **Il n'est pas nécessaire que la modification soit visible à l'écran. Il suffit qu'elle soit traçable dans le système utilisé.**

Enfin, relevons que le texte vise tout support, lequel doit conférer à l'écrit ses fonctions de stabilité, de lisibilité et d'intégrité.

1930 Écrit et support durable

L'article 8.1, 1^o, du nouveau Livre n'utilise pas la notion de « support durable » qui a été introduite par l'article 3, 1^o de la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser

1. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 199. Les auteurs précisent que le principe de neutralité technologique vise à « concourir à l'adoption de dispositions normatives neutres, qui s'abstiennent de désigner une technologie déterminée (voir H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *op. cit.*, p. 126 ainsi que H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017/11, n^o 6681, p. 203).
2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 6.
3. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, Liège, Formation permanente, CUP, vol. 54, 2002, p. 70.
4. La fonction d'inaltérabilité de l'écrit est consacrée, mais s'entend de manière assez souple puisque « Le mécanisme utilisé pour créer l'écrit doit idéalement empêcher la modification de l'information ou, à tout le moins, rendre cette modification détectable, afin de dissuader ses auteurs ou les tiers d'apporter des changements à l'information ». Il s'agit d'un assouplissement de la protection de l'intégrité par rapport à la notion de support durable du Code de droit économique.

les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique¹ au sein de l'article I.1, 15°, du Code de droit économique. La notion de « support durable » s'apprécie dans un contexte électronique.

Les fonctions de support durable sont identiques à celles de l'écrit². L'écrit électronique et le support durable doivent ainsi être considérés comme des termes génériques, fonctionnellement équivalents, susceptibles de viser des procédés utilisés dans l'environnement numérique (un courriel)³.

SOUS-SECTION 2. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

§ 1^{er}. Introduction

1940 Absence de définition de la signature au sein du Code civil de 1804

Comme l'écrit, la signature n'a pas été définie par le législateur en 1804.

La Cour de cassation belge la définit habituellement comme étant « la marque manuscrite par laquelle une personne révèle habituellement son identité aux tiers » et « tracée directement sur le document original même »⁴. La Haute juridiction a toujours repris la notion de signature dans son sens restrictif et matérialiste ; à savoir une indication manuscrite du nom apposée directement sur un support papier.

Une telle définition de la signature s'accommodait mal à l'évolution des nouvelles technologies.

1950 Évolution en droit européen et en droit belge

Sous l'impulsion du législateur européen⁵, il a donc paru nécessaire au législateur belge de lever les obstacles juridiques constituant un frein au développement des nouvelles technologies et des transactions électroniques et de renforcer, en même temps, la sécurité et la confiance des consommateurs et des citoyens dans l'utilisation des procédés électroniques.

1. Loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018. Voir également projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, Ch. 54-3153/001, p. 12.
2. Voir pour une analyse en droit français : A. AYEWOUDAN, « Section II. - Les enjeux de la preuve électronique » in *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, pp. 194-210.
3. Projet de loi du 25 juin 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, Ch. 54-3153/001, p. 17.
4. Cass., 28 juin 1982, arrêt n° F-19820628-10 (20201).
5. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L.13 du 19 janvier 2000. Sur une analyse de la Directive 1999/93/CE, voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 122.

La Directive 1999/93/CE a été transposée en droit belge dans deux législations distinctes :

- la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification¹ ;
- la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation des moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire².

§ 2. Les fonctions de la signature

1960 Fonctions de la signature et d'adhésion

La signature constitue l'élément clé de l'acte sous signature privée. Elle est le complément de l'écrit qui permet de conférer à un acte son « authenticité »³.

Les auteurs s'accordent pour lui assigner une double fonction⁴ :

- elle doit permettre l'identification de son auteur. La signature confère à l'acte son authenticité. Elle en garantit l'origine et apporte la preuve de la présence physique de son souscripteur⁵ ;

1. Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001.
Nous n'aborderons pas les dispositions de la loi relative aux prestataires de services de ratification qui réglementent l'activité de ces derniers sous réserve de l'article 4, §§ 4 et 5.
En effet, l'article 4, § 4, assure la transposition de la clause d'assimilation contenue à l'article 5.1 de la directive sur les signatures électroniques. Concrètement, les signatures électroniques qui répondront à ces conditions seront automatiquement considérées comme des signatures. La loi définit la notion de signature électronique avancée (art. 2, al. 2, 2^o).
Le paragraphe 5 de l'article 4 constitue la transcription de l'article 5.2 de la directive relatif à la clause de non-discrimination. Le législateur souhaitait « réaliser l'équivalence absolue entre la signature électronique et la signature manuscrite, tant pour les procédures judiciaires qu'extra-judiciaires » (travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 2001, *Doc. parl.*, Chambre, n° 50, 322/7, p. 4).
Voir D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », in *La preuve*, CUP, Formation permanente, vol. 54, 2002, pp. 83-172.
2. 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, p. 42698.
Cette loi a introduit un alinéa 2 à l'article 1322 du Code civil, qui propose une définition fonctionnelle de la signature électronique et consacre sa recevabilité comme preuve en justice. Notons que cette définition a été fortement critiquée en doctrine car elle assignait à la signature la fonction d'intégrité de l'information normalement dévolue à l'écrit.
3. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 97 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », *R.C.J.B.*, 2012, p. 68.
4. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 161 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé*, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 68 et s., M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, juillet-octobre 1998, p. 290 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002/27, p. 555 ; E. MONTERO et D. GOBERT, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, n° 21 ; Cass., 25 mars 1993, *Larc. Cass.*, 1993, p. 99.
5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 161.

- elle manifeste l'adhésion du signataire au contenu de l'acte¹ ; en signant, normalement à la fin de l'acte, l'auteur de la signature manifeste sa volonté de s'en approprier le contenu².

La fonction du maintien de l'intégrité du contenu de l'acte assignée à la signature par l'ancien article 1322, alinéa 2 du Code civil a été fortement critiquée par les auteurs (voir *infra*, n° 2090).

§ 3. La signature électronique au sein du droit européen : le Règlement eIDAS

1970 Rétroactes

Dès 1995, le Conseil de l'Europe énonçait une série de recommandations visant à harmoniser les règles de collecte de la preuve entre les États membres, dont celle de garantir au mieux le caractère irréfutable et l'intégrité des preuves électroniques en développant notamment des procédures et des méthodes techniques de traitement de ces preuves compatibles entre États et en habilitant les autorités compétentes à ordonner la conservation rapide des données³.

En 1999, le législateur européen a adopté la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques⁴.

La Directive 1999/93/CE avait pour objectif d'assurer une reconnaissance légale aux signatures électroniques sans toucher aux autres notions du droit de la preuve telles que celles d'écrit, d'original ou d'acte sous seing privé⁵. La directive visait, d'une part, à harmoniser les législations relatives à la reconnaissance juridique de la

1. M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in X, *Actes du colloque sur La Preuve des 12 et 13 mars 1987*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1987, p. 10 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WERY, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 166. Ainsi et par exemple, un document revêtu d'un paraphe lorsque celui-ci ne vaut que comme accusé de réception n'a pas été admis comme signature (voir Bruxelles, 8 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 133). Par contre, la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 septembre 2014, a admis la valeur probante d'un paraphe : « Un paraphe est censé constituer une signature lorsque, par l'apposition de son paraphe sur l'acte, le signataire a manifesté l'intention de s'en approprier le contenu ». Elle casse l'arrêt rendu le 25 mars 2013 par la Cour d'appel d'Anvers qui avait privé le paraphe de toute valeur probante. Un large pouvoir d'appréciation revient au juge du fond qui doit vérifier si, en apposant son paraphe sur l'acte concerné, la partie a eu la volonté de s'en approprier le contenu. Autrement dit, il convient de vérifier l'existence de *l'animus signandi* dans le chef de la partie qui a apposé son paraphe, en se référant notamment aux circonstances dans lesquelles il a été apposé, à l'endroit où il a été apposé et à la mention faite au regard de ce paraphe (« lu et approuvé », par exemple) (voir Cass., 29 septembre 2014, *Pas.*, 2014, liv. 9, p. 2010 ; *R.W.*, 2015-2016 (somm.), liv. 9, p. 333, note B. VANDENBERG, *Arr. Cass.*, 2014, liv. 9, p. 2023 ; *F.J.F.*, 2015 (somm.), liv. 5, p. 141 ; *J.D.S.C.*, 2015, p. 114, note W. DAVID ; *Rev. prat. soc.*, 2013, liv. 4, p. 495, note ; M. ENGLEBERT, C. BIQUET-MATHIEU, C. DELFORGE et F. RENSON, « Chapitre I - La formation du contrat » in *Chroniques notariales* - volume 67, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 22.
2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 161 ; Cass., 30 avril 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 103 cité par D. MOUGENOT.
3. Conseil de l'Europe, recom. n° R (95)13, Comité des ministres aux États membres, 11 septembre 1995.
4. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.L.*, n° 13, 19 janvier 2000, pp. 12-20.
5. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 141.

signature électronique et, d'autre part, à mettre en place un cadre juridique européen cohérent pour l'activité des prestataires de services de certification¹.

1980 Le Règlement eIDAS

La Directive 1999/93/CE a été remplacée par le Règlement eIDAS, soit le Règlement 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 intérieur². Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016, sous réserve de quelques exceptions³. Nous analyserons plus amplement ce règlement qui définit un

1. Considérant n° 28 de la directive européenne sur la signature électronique ; R. BISCIARI, *op. cit.*, pp. 201-202 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 122 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 115 ; T. VERBIEST et E. WERY, *op. cit.*, pp. 340-341 ; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques - Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2002, p. 192 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le Commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, p. 86.
2. 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, *J.O.L.*, n° 257, 28 août 2014, pp. 73-114.
3. En effet, le principe est que le règlement est applicable à partir du 1^{er} juillet 2016. Ce principe est tempéré par quelques exceptions. En effet, diverses dispositions visées par le second paragraphe de l'article 52 entrent en application soit avant, soit après le 1^{er} juillet 2016. Retenons que le chapitre 3 relatif aux services de confiance entre en application à partir du 1^{er} juillet 2016, à l'exception des dispositions relatives à l'adoption des actes d'exécution (optionnels ou obligatoires) qui sont nécessaires à l'offre et au bon fonctionnement des services de confiance. Concernant le chapitre 2 relatif à l'identification électronique, le processus d'adoption des actes d'exécution a démarré depuis le 17 septembre 2014, la reconnaissance volontaire des moyens d'identification électronique a débuté depuis le 28 septembre 2015 et la reconnaissance mutuelle de ces moyens deviendra obligatoire le 28 septembre 2018 au plus tôt. Voir D. GOBERT, « Objectifs, champ d'application et principes généraux : trame de lecture du Règlement » in *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 70-71.

cadre légal pour différents types de procédés électroniques utilisés à des fins probatoires, dont la signature électronique^{1 2}.

Vu l'effet direct du Règlement eIDAS dans l'ordre juridique interne belge, la loi du 9 juillet 2001 a été abrogée. L'entrée en vigueur du règlement européen a été accompagnée par l'adoption en droit belge de la 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 économique³.

1990 Les objectifs poursuivis par le Règlement eIDAS

Le Règlement eIDAS définit un cadre juridique s'appliquant à l'offre des services qui interviennent au moment de la conclusion, de la transmission et de la conservation d'un acte juridique dans un processus totalement électronique⁴. Le règlement vise

1. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET, A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 197 ; H. JACQUEMIN, « L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS », *op. cit.* ; 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.C.*, 2016, pp. 35-50.

Le Règlement eIDAS définit un cadre légal également pour le cachet électronique, l'horodatage électronique, le recommandé électronique et le document électronique.

2. Voir F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 197. Comme nous le verrons par après, lors de notre exposé sur le Règlement eIDAS, celui-ci reprend le principe de non-discrimination et d'assimilation applicable à chaque procédé électronique. Concrètement, ceux-ci ne peuvent être déclarés irrecevables au motif qu'ils se présentent sous une forme électronique et doivent être assimilés aux procédés « papier » pour autant qu'ils satisfassent à diverses exigences, « en particulier lorsqu'ils sont produits en ayant recours à un service de confiance qualifié ». 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, d'horodatage électronique, de services d'envoi recommandé d'envoi électronique et de certificats relatifs à ces services (...) » (art. 3.16 du Règlement eIDAS). Le service de confiance est dit qualifié lorsqu'il répond à certaines exigences précisées par le Règlement eIDAS ; Ces exigences sont liées à l'intervention d'un tiers de confiance afin de garantir la fiabilité et la sécurité du procédé électronique utilisé.

Voir F. GEORGE, J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 197 et spéc. note de bas de page numérotée 68.

3. 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, p. 67478.
4. D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur les services d'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *R.D.T.I.*, 2014, n° 56, p. 36. Sur l'objet du règlement et les deux limites à son domaine d'application : voir H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 198.

donc le cycle de vie complet du document électronique et régit le fonctionnement des différents intervenants y prenant part¹.

Parmi les nombreux objectifs poursuivis par le règlement, nous pouvons raisonnablement mettre en avant trois objectifs principaux et rassembleurs. Le premier consiste à lever les obstacles au fonctionnement du marché intérieur, obstacles qui sont notamment de nature juridique et technique².

Le second objectif vise à susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques, particulièrement transnationales³.

Le troisième objectif consiste à renforcer la sécurité juridique, au profit tant des prestataires de services que des utilisateurs de ces services. Les états membres sont tenus de reconnaître les moyens d'identification électronique notifiés conformément au règlement. Ils sont également tenus d'accepter les services de confiance qualifiés et de leur reconnaître les effets juridiques consacrés par le règlement⁴.

Le législateur belge a adopté la loi du 21 juillet 2016 qui met en œuvre ce règlement et le complète en consacrant des dispositions visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique⁵.

2000 Les principes d'assimilation et de non-discrimination

Concernant les effets juridiques des signatures électroniques, le Règlement eIDAS reprend les clauses déjà bien connues, d'une part, de non-discrimination et, d'autre part, d'assimilation qui avaient été consacrées par la directive européenne du 13 décembre 1999. Nous revenons ci-après sur ces deux principes.

2010 Le principe d'assimilation

L'article 25, alinéa 2, du règlement européen reprend le principe d'assimilation en vertu duquel le juge est tenu d'assimiler le procédé de signature électronique qualifiée à une signature manuscrite. Il dispose : « *L'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite* ». Le règlement européen n'en dit pas davantage, de telle sorte qu'il appartient toujours au droit national de définir l'effet juridique produit par la signature manuscrite.

1. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 155.

2. La levée de ces différents obstacles grâce au règlement devait notamment permettre à l'avenir de s'acquitter de formalités administratives transfrontières de manière plus aisée et rapide, telles que l'inscription d'un étudiant par voie électronique dans une université à l'étranger, le dépôt en ligne par un contribuable de sa déclaration d'impôts dans un autre Etat membre, l'accomplissement de formalités relatives à la santé par un patient à l'étranger.

3. Cet objectif s'avère à ce point important qu'il est exprimé dans l'intitulé du règlement lui-même ainsi que dans les premières lignes de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission : « Le présent exposé décrit le cadre juridique qui est proposé pour susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques au sein du marché intérieur. Instaurer un climat de confiance dans l'environnement en ligne est essentiel au développement économique. En effet, si les consommateurs, les entreprises et les administrations n'ont pas confiance, ils hésiteront à effectuer des transactions par voie électronique et à adopter de nouveaux services ».

4. M.F. GONZALEZ, « Le règlement eIDAS : l'identification électronique et les services de confiance au service du citoyen et du consommateur », *R.E.D.C.*, 2016, p. 40.

5. Loi 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.

En droit belge, l'acte sur lequel est apposée la signature électronique qualifiée est donc à considérer comme un acte sous signature privée faisant pleine foi de son contenu (art. 8.18 du C. civ.).

2020 Le principe de non-discrimination

Le Règlement eIDAS consacre le principe de non-discrimination, contenu initialement à l'article 5 de la Directive 1999/93/CE. Cette disposition avait été transposée au sein de l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001. L'article 25, § 1, du règlement énonce : « *L'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée.* »¹.

Il est important de préciser deux points :

Premièrement, contrairement au principe d'assimilation, la clause de non-discrimination bénéficie à tout type de signature électronique².

Deuxièmement, la combinaison des principes de non-discrimination et d'assimilation implique que : « si en vertu du principe de non-discrimination, la recevabilité d'une signature électronique en justice est certaine, son assimilation à une signature manuscrite (avec les effets juridiques qui en découlent) n'est toutefois qu'une possibilité réservée au juge qui appréciera la mesure dans laquelle les fonctions de la signature sont remplies (sauf s'il s'agit d'une signature qualifiée) »³.

2030 Les trois types de signatures électroniques visés par le Règlement eIDAS

Le règlement distingue trois types de signatures électroniques : la signature électronique ordinaire, la signature électronique avancée et enfin, la signature électronique qualifiée.

2040 La signature électronique ordinaire (art. 3.10)

Constitue une signature électronique, des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer⁴.

Le législateur européen a mis l'accent sur l'importance de l'existence d'un lien matériel entre la signature et l'acte électronique. « Il faut que les données de signature

1. Voir également le considérant 49 du règlement : « Le présent règlement devrait établir le principe selon lequel une signature électronique ne devrait pas se voir refuser un effet juridique au motif qu'elle se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas à toutes les exigences de la signature électronique qualifiée. Toutefois, il appartient au droit national de définir l'effet juridique produit par les signatures électroniques, à l'exception de l'exigence prévue dans le présent règlement selon laquelle l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée devrait être équivalent à celui d'une signature manuscrite ».

2. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 158.

3. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 158. Voir également H. JACQUEMIN, « preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 61.

4. Art. 3.10 du Règlement eIDAS.

électroniques ne puissent être disjointes ou dissociées de l'acte auquel elles se rapportent »¹. L'objectif est de ne pas dissocier la signature électronique de l'acte auquel elle est attachée, sous peine de faire perdre les effets juridiques susceptibles d'être reconnus audit acte².

Le signataire doit en outre avoir la volonté, en apposant les données électroniques, de signer³. Le règlement européen reste cependant muet sur la portée du terme « signer ». Selon B. Losdyck, « ce silence peut en tout cas s'interpréter comme une volonté du législateur européen de laisser aux États membres la faculté de déterminer ce qu'implique le fait de signer »⁴. Comme nous avons pu le voir, le droit belge appréhende la notion de signature via une démarche fonctionnelle⁵. Envisagée sous cet angle et au vu des deux fonctions traditionnellement assignées à la signature, la signature électronique ordinaire au sens du Règlement eIDAS suppose que le signataire ait la volonté de s'identifier et d'adhérer au contenu de l'acte sur lequel il appose sa signature⁶.

Comme énoncé ci-avant, en vertu du principe de non-discrimination, l'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique ordinaire comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée. La force probante d'une telle signature est inexistante ou faible. Seule sa recevabilité ne peut être contestée. En cas de contestation d'une telle signature devant les cours et tribunaux, il appartient à la partie qui s'en prévaut de démontrer que la signature a été utilisée pour signer, et donc que le procédé utilisé remplit les fonctions énumérées à l'article 8.1, 2^o (...) afin de convaincre le juge de lui donner des effets juridiques sur le plan probatoire⁷ et de considérer le procédé qui lui est présenté comme une signature⁸. Le magistrat devra procéder à une analyse des moyens

1. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 160.
2. Cela s'explique par le fait que dans l'environnement traditionnel, c'est le papier qui assure le lien entre la signature et l'acte auquel celle-ci se rattache, mais dans l'environnement électronique, la signature électronique « peut avoir une existence autonome ». Voir B. LOSDYCK et 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 160 et D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 217.
3. Voir H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 72 ; 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 160.
4. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 161.
5. M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 587-593 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 188-189.
6. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 161.
7. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 162. Voir J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 104.
8. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 105 et D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 166.

techniques utilisés et vu la technicité des questions posées, mandatera au besoin un expert informatique.

Peuvent constituer une signature électronique ordinaire les codes d'une carte bancaire, la reconnaissance vocale, la reconnaissance des empreintes digitales (dactyloscopie), la configuration de la main (manogéométrie) ou la reconnaissance de l'iris de l'œil (rétinoscopie)¹.

2050 La signature électronique avancée (art. 3.11 et 26)

Au sens du Règlement eIDAS, une signature électronique avancée est une signature électronique qui satisfait aux exigences cumulatives suivantes :

- a) être liée au signataire de manière univoque ;
- b) permettre d'identifier le signataire ;
- c) avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et
- d) être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable².

Conformément aux principes du droit de la preuve, en cas de contestation, il appartient à la partie qui s'en prévaut de faire la démonstration que le procédé électronique répond aux conditions de l'article 8.1, 2^o et 8.1, 3^o, du Code civil. Même si les effets juridiques conférés à la signature avancée ne sont pas différents de ceux attribués à la signature électronique ordinaire, un juge sera tout de même plus enclin à lui donner une valeur probante puisqu'elle repose sur un procédé techniquement plus fiable³. Il incombe à la partie qui s'en prévaut de démontrer que la technologie utilisée rencontre les exigences de l'article 26 du Règlement eIDAS, ce qui s'apparente à démontrer qu'elle remplit les exigences des articles 8.1, 2^o et 8.1, 3^o, du Code civil⁴.

Un virement par e-banking remplit en principe les exigences de l'article 3.11 du Règlement eIDAS⁵.

2060 La signature électronique qualifiée (art. 3.12 et annexe II)

Le Règlement eIDAS envisage un troisième type de signature électronique : la signature électronique qualifiée. Celle-ci doit répondre aux exigences de la signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique⁶.

Ce format de signature fait appel aux ressources d'un prestataire de service de confiance qualifié, à savoir une entreprise soumise à un organe de contrôle, qui fournit un service électronique, en principe contre rémunération consistant en la création

1. S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 99. Voir également D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 121 et 121-3.

Cela vise donc les procédés de reconnaissance biométrique, lesquels sont attachés à une caractéristique physique de l'individu et permettent de s'assurer de l'identité du signataire.

2. Art. 3.11 et 26 du Règlement eIDAS.

3. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 164 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 99.

4. *Ibidem*.

5. S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 99.

6. Art. 3.12 du Règlement eIDAS.

et la vérification et la validation de signatures électroniques¹. Les tiers de confiance ont un rôle important à jouer puisque la « confiance des utilisateurs ne pourra s'instaurer que si les transactions électroniques sont garanties par un tiers neutre »². Le service de confiance vient attester, par la délivrance d'un certificat, que les fonctions attendues du procédé électronique utilisé sont rencontrées.

Le dispositif de création de signature électronique, pour être considéré comme qualifié, doit réunir les conditions suivantes³ :

- 1) il garantit au moins, par des moyens techniques et des procédés appropriés, que :
 - a) la confidentialité des données de création de la signature électronique utilisées pour créer la signature électronique est suffisamment assurée ;
 - b) les données de création de signature électronique utilisées pour créer la signature ne peuvent être pratiquement établies qu'une seule fois ;
 - c) l'on peut avoir l'assurance que de telles données ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée de manière fiable contre toute falsification par les moyens techniques actuellement disponibles ;
 - d) les données de création de la signature électronique peuvent être protégées de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.
- 2) il ne modifie pas les données à signer et n'empêche pas la présentation de ces données au signataire avant la signature ;
- 3) seul un prestataire de service de confiance qualifié peut s'être vu confier la génération ou la gestion de données de création de signature électronique pour le compte du signataire ;
- 4) sans préjudice du paragraphe 1, point d), un prestataire de services de confiance qualifié gérant des données de création de signature électronique pour le compte d'un signataire ne peut reproduire les données de création de signature électronique qu'à des fins de sauvegarde, sous réserve du respect des exigences suivantes :
 - a) le niveau de sécurité des ensembles de données reproduits doit être équivalent à celui des ensembles de données d'origine ;
 - b) le nombre d'ensembles de données reproduits n'excède pas le minimum nécessaire pour assurer la continuité du service⁴.

Enfin, la signature électronique doit reposer sur un certificat qualifié, soit sur « une attestation électronique qui associe les données de validation d'une signature électronique à une personne physique et confirme au moins le nom ou le pseudonyme de cette personne »⁵ et qui est « délivrée par un prestataire de services de confiance qualifié et répondant aux exigences énumérées à l'annexe I du Règlement ». Concrètement, l'utilisateur d'une signature électronique qualifiée dispose d'un certificat qualifié émis par un prestataire de services de confiance qualifié et qui établit un lien irréfutable entre une clé de chiffrement et son propriétaire⁶.

1. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 99-100.

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 220.

3. Voir art. 3.12 du Règlement eIDAS et Annexe II du Règlement eIDAS.

4. Annexe II du Règlement eIDAS – Exigences applicables aux dispositifs de création de signature électronique qualifiés.

5. Art. 3.14 du Règlement eIDAS.

6. Art. 3.14 du Règlement eIDAS.

J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 100.

En pratique également, seule la signature électronique basée sur la cryptographie asymétrique répond aux exigences imposées par le règlement européen¹. La signature électronique réalisée sur la base du certificat de signature contenu dans la puce de la carte d'identité électronique constitue un exemple d'une signature électronique qualifiée. La carte d'identité est dotée de deux certificats distincts qui ont des fonctions différentes : un certificat d'authentification qui permet à son titulaire de s'identifier de manière volontaire en vue d'accéder à certaines informations/documents personnel (les) sur une plateforme électronique sécurisée et un certificat de signature électronique qualifiée qui permet de signer des actes par voie électronique².

La signature électronique qualifiée est assimilée de plein droit à une signature manuscrite en vertu de l'article 25, § 2, du règlement. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la recevabilité de celle-ci³. Lorsque le procédé électronique correspond à la définition de la signature électronique qualifiée au sens de l'article 3.12 du Règlement eIDAS, le juge doit reconnaître sa force probante et doit donc considérer que l'écrit électronique auquel cette signature est liée constitue un acte sous signature privée, sans que les cours et tribunaux aient à se prononcer sur le respect des conditions fixées à l'article 8.1, 2^o, du Code civil⁴.

§ 4. Définition de la signature électronique au sein du Code de droit économique

2070 La loi du 21 juillet 2016

Deux ans après l'adoption du Règlement eIDAS et quelques jours après son entrée en application (1^{er} juillet 2016), le législateur belge a adopté la loi du 21 juillet 2016 – généralement appelée « Digital Act »⁵ – qui met en œuvre ce règlement et le

1. Voir 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 166.
2. E. DEGRAVE et C. DE TERWANGNE, « Règlement eIDAS et secteur public : la carte d'identité électronique », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361-380 ; S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 99.
3. M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 277 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 100 ; 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 166.
4. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 104.
5. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017/11, n^o 6681, p. 197-209.

complète en consacrant des dispositions visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique¹.

La loi du 21 juillet 2016 insère un titre 2 « Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance » dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique.

Brièvement, relevons qu'au sein de cette loi, le législateur détermine précisément les sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions du règlement et de la loi belge relatives aux services de confiance précités. Il désigne aussi officiellement l'organe de contrôle et détermine ses pouvoirs, organe qui va jouer un rôle essentiel dans la procédure de lancement des services de confiance « qualifiés », dans le contrôle des prestataires qui les offrent ainsi que pendant la période transitoire permettant aux prestataires qualifiés sous le règne de la Directive de 1999 de se « régulariser ». Le législateur profite de l'occasion pour abroger la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ainsi que la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance.

Le renvoi au sein de l'article XII.15, § 2 (définition fonctionnelle de la signature électronique) à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 est donc supprimé et remplacé par un renvoi à l'article « 3.12 du Règlement 910/2014 »². Concrètement, l'article XII.15 § 2, du C.D.E tel que modifié par la loi du 21 juillet 2016 énonce que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite en cas d'usage d'une signature dans les conditions fixées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ou en cas d'utilisation d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3.12 du Règlement eIDAS.

2080 La loi du 20 septembre 2018

La loi du 20 septembre 2018 a également modifié l'article XII.15 du C.D.E. en supprimant le renvoi à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil³. Consacrant la théorie des équivalents fonctionnels, il est désormais rédigé comme suit dans le domaine de la signature électronique : « § 1er. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1er, il y a lieu de considérer :

(...)

– que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 3.10. du règlement 910/2014, soit à l'article 3.12. du règlement 910/2014 ».

1. Loi 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 1^{er}, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

Pour une analyse de cette loi, généralement appelée « Digital Act » voir H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017/11, n° 6681, pp. 197-209.

2. Pour une analyse de cette loi, voir H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017/11, pp. 201 et s.

3. Loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018, art. 8.

§ 5. Définition de la signature électronique au sein du Livre 8

2090 Introduction

La définition de la signature électronique introduite à l'article 1322, alinéa 2, par la loi du 20 octobre 2000 était critiquée par la doctrine pour son caractère inadéquat et son articulation difficile avec les principes du Règlement eIDAS¹. Les auteurs avaient très justement critiqué le fait que la fonction du maintien de l'intégrité du contenu de l'acte avait été assignée à la signature électronique par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. L'article 1322, alinéa 2, du Code civil imposait à la signature électronique une exigence qui n'était pas attendue de la signature dans le monde papier². Il eût été effectivement préférable de conférer la fonction d'intégrité au support numérique ou aux processus techniques y afférents plutôt qu'à la signature électronique³.

La définition reprise à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil est donc supprimée par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve ».

2100 Définition générale de la signature

Comme nous l'avons vu au sein du Titre relatif aux dispositions générales, l'article 8.1, 2^o, du Code civil mentionne une définition de la signature applicable aussi bien aux signatures manuscrites qu'aux signatures électroniques. La signature consiste en « 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 »⁴.

La définition reprend donc les deux fonctions de base généralement reconnues à la signature, à savoir permettre d'imputer la signature à une personne et manifester une volonté à l'égard de l'acte signé.

2110 Définition de la signature électronique

La définition de la signature électronique qui figure à l'article 8.1, 3^o, du Livre 8 du Code civil est, nous l'avons vu également, un simple renvoi aux articles 3.10. à 3.12 du Règlement eIDAS.

2120 Articulation entre le Règlement eIDAS et le nouveau Livre 8

La définition de la signature électronique qui figure à l'article 8.1, 3^o, du Code civil est un simple renvoi aux articles 3.10 à 3.12 du Règlement n^o 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les

1. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, pp. 170-172 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 198.

2. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 198 ; E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 238 ; E. MONTERO, « Effets juridiques de la signature électronique en droit belge », *op. cit.*, n^o 12 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 219. Voir projet de loi portant inscription du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 6.

3. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 1710.

4. Art. 8.1, 2^o, C. civ.

services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE (Règlement eIDAS).

Le juge amené à trancher un litige portant sur une signature électronique devra examiner le type de signature apposé sur l'écrit présenté par une partie litigante.

S'il est confronté à une signature qualifiée au sens de l'article 3.12 du Règlement eIDAS, celle-ci sera automatiquement assimilée à une signature manuscrite. Partant, l'acte sous signature électronique privée disposera d'une force probante équivalente à un acte sous signature manuscrite privée¹.

En vertu du principe de non-discrimination consacré à l'article XII.15 du C.D.E.², les autres signatures numériques ne pourront être privées d'effet au seul motif qu'elles se présentent sous une forme électronique. Le justiciable qui souhaite se prévaloir d'une signature électronique ordinaire devra pouvoir rapporter la preuve, en cas de contestation, qu'il s'agit bien d'une signature, laquelle doit remplir les fonctions d'adhésion et d'identification habituellement reconnues à celle-ci par notre droit national³. Si tel est le cas, le juge appréciera ensuite la valeur probante de la signature électronique ordinaire qui lui est présentée (le cas échéant, après expertise).

L'unicité des concepts est, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Livre 8, claire : tant l'article XII.15 du C.D.E. que l'article 8.1, 3^o, du Code civil viseront les définitions du Règlement eIDAS, lequel consacre également les principes de non-discrimination et d'assimilation.

SOUS-SECTION 3. L'ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE ÉLECTRONIQUE

§ 1^{er}. *L'acte sous signature privée au sein du Livre 8 du nouveau Code civil*

2130 Définition de l'acte sous signature privée

La modernisation de l'acte sous signature privée va au-delà du simple toilettage terminologique⁴.

L'acte sous signature privée est désormais défini par l'article 8.1, 4^o, comme « un écrit établi en vue de créer des conséquences juridiques, signés par la ou les parties, avec l'intention de s'en approprier le contenu, et qui n'est pas un acte authentique ».

Pour être en présence d'un acte sous signature privée (électronique ou non), il convient d'établir que les deux éléments le constituant sont réunis : il faut un écrit (électronique) au sens de l'article 8.1, 1^o, du Code civil et une signature électronique au sens de l'article 8.1, 3^o, du Code civil. Il ressort de la définition reprise à l'article 8.1, 4^o, que l'élément important reste la signature des parties, laquelle permet d'identifier son auteur et de manifester sa volonté d'adhérer au contenu de l'acte.

1. Art. 8.18 du C. civ.

2. Et à l'article 25 du Règlement eIDAS.

3. 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*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 171 ; H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 83.

Si les fonctions de la signature ne sont pas réunies, il ne s'agit pas d'une signature et l'acte présenté ne peut être considéré comme un acte sous signature privée.

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

Voir projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 8.

2140 Force probante de l'acte sous signature privée

Nous avons pu analyser l'article 8.18 du Code civil qui précise la force probante d'un acte sous signature privée : « *L'acte sous signature privée fait foi de la convention qu'il renferme entre ceux qui l'ont signé et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause* ».

La signature manuscrite et la signature électronique sont évidemment visées. Partant, les actes sous signature privée produits par voie électronique disposeront d'une force probante équivalente aux actes sous signature privée sur support papier.

La signature électronique est en tout cas recevable en justice et doit, partant, être prise en considération par le juge. Au-delà, quelle force probante le juge peut-il lui accorder ?

Si la signature utilisée est une signature électronique qualifiée, l'acte fait foi entre ceux qui l'ont signé.

Si la signature électronique ordinaire n'est pas contestée, le juge reste tenu de lui reconnaître les effets juridiques assignés à une signature manuscrite. En ce cas, comme dit ci-avant, l'acte sous signature électronique est assimilé à un acte sous signature manuscrite. A ce titre, il est donc recevable comme preuve en justice et fait pleine foi de son contenu. Si la signature électronique ordinaire est contestée, il appartiendra au magistrat de vérifier, dans un premier temps, que les fonctions d'identification et d'adhésion sont rencontrées pour ensuite apprécier la valeur probante de l'acte qui lui est soumis. L'assouplissement opéré au niveau des fonctions de la signature « devrait permettre à certains écrits électroniques, qui doivent actuellement être considérés comme des commencements de preuve par écrit d'accéder au statut d'actes sous signature privée »¹.

§ 2. Applications aux e-mails et SMS

2150 État de la jurisprudence avant la réforme en matière de SMS

La jurisprudence et la doctrine admettent généralement qu'un SMS constitue un commencement de preuve par écrit, soit un écrit² émanant de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué³.

Exemples jurisprudentiels :

– Dans un arrêt du 21 mai 2015⁴, la Cour d'appel de Liège s'est fondée sur des SMS pour constater l'existence d'un contrat d'entreprise entre un particulier et une entreprise de terrassement. Le maître de l'ouvrage contestait les montants qui lui étaient réclamés par l'entreprise de terrassement, considérant qu'aucun contrat n'avait été

1. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 200-201.

2. Il est donc unanimement admis que les SMS et e-mails constituent un écrit. Voir B. KOHL et F. ONCLIN, « La vente immobilière par e-mail ou par sms. (...) », *op. cit.*, p. 810 ; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, p. 165, n° 4 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 107-108.

3. Ancien art. 1347 C. civ. – nouvel art. 8.1, 7°, C. civ.

Voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 127.

4. Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, p. 128. Pour une analyse de l'arrêt : voir B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *J.L.M.B.*, 2016/31, p. 1449-1450, n° 48 ; F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, n° 68-69, p. 38.

conclu entre parties. À défaut d'acte sous seing privé et en présence d'un litige portant sur une somme supérieure à 375 €, la cour d'appel retient quatre SMS envoyés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur et constatés par huissier pour considérer que ceux-ci constituent des commencements de preuve par écrit. La cour estime que les conditions de l'article 1347 de l'ancien Code civil sont réunies : « L'intimée ne conteste pas qu'elle est l'auteur de ces SMS et qu'elle les a envoyés à l'appelante (...). Le contenu de ces SMS est reconnu par l'intimée à qui on les oppose. (...) Il s'agit bien de messages écrits émanant de l'intimée qui rendent vraisemblable le fait allégué, soit l'existence du contrat d'entreprise conclu entre les parties ». Dans un second temps, la cour d'appel va compléter ce commencement de preuve par écrit, « qui constitue une preuve incomplète », au moyen de présomptions et témoignages. Elle estime donc que le contrat d'entreprise a bien été conclu entre parties et que la demande de la société de terrassement est bien fondée^{1 2}.

– Dans un arrêt du 29 avril 2013, la Cour d'appel d'Anvers se montre (trop) sévère : elle estime qu'un SMS ne pouvait être utilisé à titre de commencement de preuve par écrit dans la mesure où il ne pouvait être établi avec certitude que le SMS avait été envoyé par la partie contre laquelle il était utilisé. La cour a tenu compte du fait qu'il existait des systèmes permettant de s'introduire dans le gsm d'un tiers et d'envoyer un SMS en son nom, à son insu, de même qu'il était possible de manipuler l'identité de la personne envoyant un SMS³. Si une personne conteste être l'auteur d'un SMS, la charge de la preuve du détournement de sa carte sim lui incombe⁴. Notons que dans ses arrêts de 2015, la cour d'appel avait pris soin de relever que la partie intimée ne contestait pas être l'auteur des SMS envoyés et qu'elle ne remettait pas en cause l'exactitude de leur contenu. Cette précision est fondamentale.

– A été justement critiquée la décision du Tribunal de première instance de Flandre occidentale qui a estimé, dans une décision du 8 avril 2016, qu'un SMS ne pouvait pas constituer un écrit et donc être utilisé en tant que commencement de preuve par écrit au sens de l'ancien article 1347 du Code civil car celui-ci ne pouvait être imprimé. Comme l'énoncent très justement certains auteurs, « cette jurisprudence, qui est restée isolée, doit être rejetée. En exigeant qu'il puisse faire l'objet d'une impression, le tribunal nous paraît en effet opérer une confusion entre l'écrit et le support sur lequel cet écrit est produit. De plus, d'un point de vue technique, il n'est nullement impossible d'imprimer un sms, comme semble pourtant s'en convaincre le tribunal de première instance de Flandre occidentale »⁵.

1. Voir pour un autre exemple : Liège, 5 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 52. Pour une analyse de l'arrêt : B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *J.L.M.B.*, 2016/31, p. 1449-1450, n° 48 ; F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, n° 68-69, p. 38 ; J.-T. GODIN et S. VANVREKOM, « Le contrat d'entreprise : examen de la jurisprudence récente et questions choisies » in *Actualités en droit des contrats spéciaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 98.
2. Pour une autre application voir par exemple : Bruxelles, 20 octobre 2015, *T.B.O.*, 2016, pp. 63-64 ; Civ. Namur (div. Dinant) (7^e chambre A), 4 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2020/2, pp. 81-83 ; Mons (16^{ème} ch.), 3 décembre 2020, *R.G.* 2019/767, inédit ; Mons (16^{ème} ch.), 10 octobre 2019, *R.G.* 2018/538, inédit.
3. Anvers, 29 avril 2013, *N.J.W.*, 2014, pp. 319-321.
4. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 108.
5. F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, n° 68-69, p. 39.

2160 État de la jurisprudence et de la doctrine avant la réforme en matière d'échanges d'e-mails

Les juridictions et les auteurs de doctrine concluent régulièrement qu'un e-mail peut constituer un commencement de preuve par écrit pour autant que les conditions énoncées par l'article 1347 du Code civil soient réunies¹.

Ainsi et par exemple, la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 20 octobre 2015, a décidé qu'un e-mail par lequel l'appelant reconnaissait avoir reçu une somme d'argent « gentiment avancée » par l'intimée constituait un commencement de preuve par écrit. L'appelant ne contestait pas être l'émetteur de cet email ni son contenu d'ailleurs. Dès lors, et vu l'absence de contestation, la cour décide que « cet écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée à savoir l'appelant, rend vraisemblable le fait allégué à savoir la remise d'argent par l'intimée à l'appelant avec obligation de remboursement. ». Il s'en suit que l'intimée est autorisée à apporter la preuve par toutes voies de droit².

En pratique, il est assez rare que les e-mails soient contestés. En effet, dans le cadre d'échanges, chacune des parties dispose d'une suite d'e-mails qui se répondent l'un à l'autre. Il existe donc des traces des e-mails expédiés et reçus, et nier l'échange intervenu ne paraît pas opportun sous peine de se faire reprocher sa « mauvaise foi »³. La production d'un e-mail est susceptible de rencontrer des difficultés uniquement lorsque son origine ou son contenu sont contestés ou si la réception de celui-ci est remise en cause. Il ne faut pas oublier que les documents produits en justice sont généralement des impressions papier (copies) des e-mails échangés entre parties. Si une difficulté apparaît et pour autant que les contestations portant sur le courrier électronique soient prouvées voire vraisemblables, le juge mettra en balance l'importance ou l'enjeu du litige d'une part, et l'opportunité d'une expertise informatique d'autre part, laquelle représentera un coût non négligeable⁴.

2170 Quelle valeur probante pour le SMS ou l'e-mail sous l'angle du nouveau Code civil ?

Les SMS, les e-mails et les messages échangés dans le cadre d'un service de messagerie instantanée (Messenger, WhatsApp, ...) ainsi que les publications sur des plateformes Internet et forums de discussion peuvent constituer un écrit au sens de l'article 8.1, 1^o, du Code civil, soit « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un papier ou tout autre 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 ».

1. Mons, 19 février 2017, R.G. n° 2005/226, www.juridat.be ; Liège, 20 octobre 2015, R.G. 2014/770, www.juridat.be ; Anvers, 19 octobre 2015, *N.J.W.*, 2016, pp. 442-445 ; Gand, 1^{er} octobre 2015, *T. not.*, 2016, note W. HERMANS, *R.A.B.G.*, 2017, p. 825 ; Civ. Flandre occidentale (div. Gand), 14 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 292 ; Anvers, 23 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 262 ; Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 22 mai 2015, *T.B.O.*, 2017, p. 264 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 108-109 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 201 ; F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, pp. 38 et s. ; E. MONTERO, « A propos de la valeur probante des e-mails », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 316-319.

2. Liège, 20 octobre 2015, R.G. 2014/770, www.juridat.be.

3. E. MONTERO, « A propos de la valeur probante des e-mails », *D.A.O.R.*, 2009, p. 316.

4. E. MONTERO, « A propos de la valeur probante des e-mails », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 318.

La première question à se poser est la suivante : le procédé utilisé permet-il de remplir les trois fonctions assignées à l'écrit (lisibilité, stabilité, intégrité) et notamment celle visant à préserver l'intégrité du contenu de l'écrit ? Concrètement, le SMS ou l'e-mail permettent-ils d'empêcher, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information par les parties ou par les tiers ou ces modifications sont-elles, à tout le moins, traçables¹ ?

S'ils ne sont pas signés, ces écrits pourront valoir à titre de présomptions de fait au sens de l'article 8.1, 9^o, ou de commencement de preuve par écrit au sens de l'article 8.1, 7^o, du Code civil². Il s'agit de la consécration de la jurisprudence et de la doctrine actuelles³.

A l'inverse, les SMS et e-mails signés pourraient se voir reconnaître le statut d'acte sous signature privée. Il faut cependant reconnaître que les SMS sont rarement signés au moyen d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3, 12^o, du Règlement eIDAS⁴. Il est d'usage de signer un e-mail ou un SMS via l'apposition de son nom et prénom, voire de l'initiale de son prénom couplée à son nom. Quelle valeur probante peut-être assignée à de tels écrits ?

Tout d'abord, ces procédés de signature bénéficient du principe de non-discrimination inscrit à l'article 25, § 1^{er}, du Règlement eIDAS⁵.

Ensuite, afin de pouvoir reconnaître la valeur probante assignée à une signature, le juge devra vérifier que le procédé utilisé permet à son émetteur de remplir les deux fonctions assignées à celle-ci : l'identification de son auteur et l'adhésion de celui-ci au contenu de l'acte. Si tel est le cas, le juge reconnaîtra à l'écrit signé la qualité d'acte sous signature privée au sens de l'article 8.1, 4^o, du Code civil et partant, la force probante qui y est réservée par l'article 8.18 du Code civil. Si le procédé utilisé ne peut être reconnu en tant que signature, l'écrit électronique que constitue le SMS vaudra à titre de présomption ou de commencement de preuve par écrit. En telle hypothèse, il conviendra à la partie qui a la charge de la preuve de compléter ce commencement de preuve par écrit, « qui constitue une preuve incomplète », au moyen de présomptions et témoignages.

Si la personne dont le nom ou les initiales ont été inscrits au bas de l'e-mail ou du SMS conteste en être l'auteur, il devra désavouer celle-ci, ce qui pourrait donner lieu à une procédure en vérification d'écriture visée désormais à l'article 8.19 du Code civil. Afin d'éviter la mise en place de cette procédure lourde et incertaine, en

1. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 126.

Voir projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 6. Selon les travaux préparatoires et comme déjà exposé, il n'est pas exigé que la modification soit visible à l'écran mais qu'elle doit être traçable dans le système utilisé ; un simple doute quant à l'intégrité d'un document ne suffit pas à considérer qu'il ne constitue pas un écrit.

2. L'article 8.1, 7^o, du Code civil dispose : « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable l'acte juridique allégué ».

3. Voir par exemple : H. JACQUEMIN, « Note d'observations. Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 65/2016, pp. 87 et s. ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 106 et s. ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 196-202.

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

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

particulier en matière électronique, la partie qui se prévaut de l'écrit électronique pourrait, si les circonstances le permettent¹, se limiter à invoquer celui-ci en tant qu'écrit non signé et ainsi faire valoir l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou une présomption².

Dans l'hypothèse de l'envoi d'un e-mail, l'adresse de courrier électronique, lorsqu'elle reprend l'identité de son titulaire (par exemple : jacques.dupont@hotmail.com), peut-elle constituer une signature électronique ? Si l'identification de l'auteur est potentiellement garantie, tel n'est pas le cas de l'adhésion de l'auteur au contenu de l'acte : l'apposition d'une signature implique une démarche volontaire qui doit extérioriser sa volonté³. L'adresse d'un courrier électronique est donc clairement insuffisante.

§ 3. La force probante d'une copie

2180 Introduction (voir *supra* n° 1540 et s.)

La copie est généralement présentée comme « le parent pauvre du droit de la preuve »⁴.

La question de la valeur probante d'une copie peut se révéler, en pratique, importante pour le praticien. En effet, lorsque les e-mails, SMS, messages instantanés ou autres formes d'écrits électroniques sont fournis en justice, ils le sont toujours sous forme de photocopie de l'écrit électronique original. Or, la copie a toujours été considérée comme un écrit non signé⁵. De plus, l'importance de la copie dématérialisée est accentuée par le phénomène de l'archivage électronique qui conduit de plus en plus d'entreprises à ne conserver que des versions d'écrits sur support électronique.

2190 L'article 8.25 du Code civil

Les copies se voient appliquer le régime visé à l'article 8.25, lequel est libellé comme suit :

« 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.

Hormis les cas où la loi en dispose autrement, dans tous les autres cas, la copie constitue une présomption de fait ou, le cas échéant, un commencement de

1. Il va de soi que ce commencement de preuve par écrit ne sera pas suffisant et devra être confirmé par des témoignages, des présomptions ou un aveu extrajudiciaire/judiciaire.
2. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 202. Les présomptions de fait ne bénéficient d'aucune force probante (art. 8.1, 15°, du C. civ.). Elles sont revêtues d'une valeur probante (art. 8.1, 14°, du C. civ.) dans la mesure appréciée par le juge (art. 8.29, al. 2, du C. civ.). Voir *supra*, Chapitre 4., Section 3.
3. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 202. Ces auteurs tirent parti, à juste titre, du terme « tracé » figurant à l'article 8.1, 2°, du Code civil.
4. D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010, *J.T.*, 2011/29, p. 602.
5. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 202.

preuve par écrit lorsque les conditions imposées par l'article 8.1, 7° sont réunies¹. Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée. »

L'article 8.25 du nouveau Livre 8 du Code civil reprend le texte de l'ancien article 1334 du Code civil², modifié par la loi du 21 juillet 2016³, qui fait référence aux systèmes d'archivage qualifié. Le texte du Livre 8 ajoute toutefois que l'original d'une copie produite par archivage qualifié ne doit pas être produit, ce qui va plus loin que le texte actuel⁴.

L'article 8.25 crée donc une distinction entre d'une part, les copies réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, du C.D.E. et d'autre part, les autres types de copies.

2200 La force probante des copies non réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié

Les copies qui ne sont pas réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié et dont la conformité à l'original est contestée constituent une simple présomption de fait ou un commencement de preuve par écrit si les conditions visées à l'article 8.1, 7°, sont réunies⁵. La présomption de fait⁶ ne dispose d'aucune force probante tandis que leur valeur probante est appréciée librement par le juge⁷.

En cas de contestation portant sur une copie d'e-mail ou de SMS, le juge pourra exiger la présentation de l'original. Pour ce faire, le magistrat n'aura d'autre choix que de désigner un expert en informatique afin que ce dernier puisse prendre connaissance de l'acte électronique original⁸. Cependant, le juge apprécie librement la valeur probante des copies qui lui sont présentées. Si elles proviennent d'un système d'archivage qui, sans être qualifié, lui paraît présenter des garanties suffisantes d'intégrité, de lisibilité,

1. Lorsque le contenu de la copie n'a pas été altéré et que son origine est certaine, la copie pourrait constituer un commencement de preuve par écrit pour autant que les trois conditions requises par l'article 8.1, 7°, du Code civil soient réunies.

Pour un cas jurisprudentiel, voir Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 468, note D. MOUGENOT.

Voir les développements intéressants sur le statut des copies et des photocopies de D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, *op cit.*, nos 189 et 192.

2. L'article 1334 de l'ancien Code civil dispose : « Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

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 conforme au livre XII, titre 2, fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance du Code de droit économique ».

3. 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 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^{er}, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

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

5. Art. 8.25, al. 2, C. civ.

6. Art. 8.1, 15^e, C. civ.

7. Art. 8.1, 14^e et 8.29, al. 2, C. civ. : « Leur valeur probante (des présomptions de fait) est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis. Lorsque la présomption s'appuie sur plusieurs indices, ceux-ci doivent être concordants ».

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

d'authenticité et de traçabilité, rien ne l'empêche de les considérer comme fidèles à l'original¹. Pour le surplus, l'alinéa 2 de l'article 8.25 mentionne la possibilité reconnue par la doctrine antérieure de considérer la copie comme un commencement de preuve par écrit. Il est également fait référence à des dispositions légales qui dans certains secteurs (institutions financières, sécurité sociale, ...) régissent le statut des copies de manière particulière².

Le régime de la copie peut paraître insatisfaisant mais d'une part, rien n'empêche un justiciable d'utiliser des copies en justice lorsqu'il n'y a pas de contestation tandis qu'il faut garder à l'esprit que les procédés modernes de copie permettent très aisément des modifications de l'original, de telle sorte que ces modes de preuve restent fragiles³.

2210 La force probante des copies réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié

Les copies issues de systèmes d'archivage qualifié conforme au livre XII, titre 2, du Code de droit économique sont présumées être une copie fidèle et durable de telle sorte qu'elles sont assimilées à l'original. Il s'agit d'une présomption réfragable⁴. Un service d'archivage électronique qualifié assure les gages d'intégrité, de lisibilité, d'authenticité et de traçabilité attachés à la copie produite en justice⁵. Comme énoncé ci-avant, l'original ne doit plus être nécessairement produit. La notion de service d'archivage électronique qualifié est définie à l'article 1.18 du Code de droit économique. L'archivage électronique constitue une technique « qui consiste à conserver des données électroniques, que ces données aient été directement produites sous forme électronique, ou bien qu'elles résultent de la numérisation de documents initialement sur support papier »⁶.

1. O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 244.
2. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 32.
3. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 32.
4. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 122.
5. Voir les exigences relatives au service d'archivage électronique qualifié fixées par l'article XII.N1 du C.D.E.
6. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », in (sous coord. C. DELFORGE), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 121 ; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017/11, p. 201.
Sur cette question voir notamment : M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », in *Let's go digital - Le juriste face au numérique/ De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 199 et s. ; O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », *op. cit.*, pp. 215 et s.

Enfin, notons que le statut des copies numériques des actes authentiques est désormais régi par l'article 8.26 du Code civil¹. L'article 8.26 du nouveau Livre 8 du Code civil reprend les règles figurant aux anciens articles 1335 et 1336 du Code civil.

§ 4. La procédure en vérification d'écritures

2220 Approche face à des documents électroniques

La question de la vérification d'écritures se pose lorsqu'une partie, sans contester la validité du procédé de signature², déclare ne pas être le signataire de l'écrit qui lui est opposé.

1. Art. 8.26 :

« § 1er. Les copies des actes authentiques sont soumises aux règles suivantes.

Lorsque l'acte original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

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

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

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

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

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

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

3^o lorsque les copies délivrées sur la minute de l'acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par les officiers publics ou ministériels qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit ;

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

§ 2. La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit ; et il faudra même pour cela :

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

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

Lorsque ces deux conditions sont remplies, la preuve du contenu de l'acte peut être rapportée par tous modes de preuve. Si la preuve par témoins est admise, il est nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils vivent encore, soient entendus. »

Voir également projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 3349/001, p. 33.

2. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 225.

La procédure en vérification d'écriture (voir *supra* n° 1430) est assez aisée à mettre en pratique dans l'environnement papier ; mais son application dans l'environnement numérique reste controversée¹. En effet, lorsque le document porte sur une signature digitale, le destinataire va la décrypter à l'aide de la clé publique de l'émetteur et vérifier, à l'aide d'un certificat émis par un tiers certificateur, que cette clé correspond bien à l'émetteur du message. Une demande de désaveu de signature pourrait se poser dans les deux cas suivants : soit de façon exceptionnelle, le signataire invoque l'usage d'une clé qui n'est pas la sienne², soit qu'un tiers a utilisé sa clé à son insu³.

2230 La procédure en vérification d'écriture au sein du nouveau Code civil

L'article 8.19 du Code civil dispose :

« 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 articles 883 et suivants du Code judiciaire »⁴.

Le législateur n'a manifestement pas choisi de modifier la procédure de vérification d'écriture visée à l'ancien article 1323 du Code civil, tout en se laissant la possibilité de revoir sa copie⁵. Selon les travaux préparatoires, « L'application de la vérification d'écritures aux actes sous seing privé électroniques est controversée, compte tenu du niveau de sécurité bien plus élevé offert par certaines formes de signature électronique (signature électronique qualifiée). Le texte ajoute 'Sauf si la loi en dispose autrement' pour faire référence aux possibilités limitées de contestation que ces formes de signature autorisent »⁶.

Le signataire d'un document électronique qui conteste sa signature peut-il se limiter à désavouer celle-ci ou doit-il supporter la preuve de la perte ou de la fraude ? Deux positions s'opposent.

À la lecture des travaux préparatoires et en l'absence d'une législation particulière, des règles identiques à celles applicables à la procédure en vérification d'écriture relative

1. Lors de l'avènement de la signature électronique, la doctrine s'est interrogée sur l'opportunité d'exclure la procédure de vérification d'écriture pour les écrits munis d'une signature électronique. Le législateur a cependant précisé, lors des travaux préparatoires que les articles 1323 et 1324 du Code civil étaient applicables à l'écrit signé électroniquement (*Doc. parl.*, Chambre, n° 2141/1-9899, p. 17). Voir D. MOUGENOT, « Le charme discret des 'petites mesures d'instruction' », *R.D.J.P.*, 2007, p. 251, n° 30 ; D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 225-228 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE et B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 204.
Voir également Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28.
2. Parce que le document est signé à l'aide d'une autre clé privée que celle du signataire et qu'il existe un faux certificat ou un certificat révoqué ou périmé. Voir sur les diverses hypothèses : D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 225-226.
3. Voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 226-228. L'auteur vise notamment la question de savoir si une procédure en vérification d'écriture est applicable si le titulaire de la clé permet, par négligence, à un tiers l'utilisation de sa clé privée.
4. Sur la procédure en vérification d'écriture, voir M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, pp. 50-60.
5. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 204.
6. Voir également projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 28.

à un support papier doivent prévaloir. Celui auquel l'acte écrit signé électroniquement est opposé peut se contenter d'une attitude passive et se limiter à désavouer sa signature ou son écriture.

Pour une certaine doctrine, par contre, il devra à tout le moins apporter des éléments rendant vraisemblables la perte ou la fraude¹.

Concrètement, en cas de désaveu d'écriture ou de signature électroniques, le juge devra désigner un expert en informatique pour procéder à la vérification d'écriture².

§ 5. La formalité des originaux multiples

2240 L'ancien article 1325 du Code civil et ses limites d'application aux NTIC

L'ancien article 1325 du Code civil disposait :

« Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. »

L'article 1325 du Code civil s'accommodait difficilement au contexte des échanges dématérialisés où l'acte écrit est produit en un seul exemplaire³. Nous pensons, par exemple, au contrat conclu directement sur un site web de commerce électronique. Le fait de compléter la page web par le client et de renvoyer un accusé de réception par le prestataire permettait-il de considérer que la formalité des originaux multiples était respectée ? Et devait-elle l'être ? N'était-il pas permis de considérer qu'il s'agissait d'une exception à l'article 1325 de l'ancien Code civil, en interprétant par analogie le cas du contrat conclu par un échange de lettres missives ?

2250 La formalité des originaux multiples adaptée aux NTIC

L'article 8.20 (voir *supra*, n° 1440 et s.) allège la formalité des originaux multiples en vue de tenir compte de la formation des contrats par voie électronique. Il dispose :

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

1. D. MOUGENOT précise que titulaire de la signature électronique ne gagnera pas toujours à ne pas reconnaître sa signature électronique car il pourrait être rendu responsable de l'usage frauduleux qui serait fait de sa signature, sauf s'il accomplit certains actes ou notifications, comme la révocation de son certificat (D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 255-256, n° 158).

2. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 205.

3. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 204. Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3349/001, p. 29.

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

L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'écrit est établi conformément à l'article 8.1, 1^o, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès.

Lorsqu'un acte sous signature privée est nul pour défaut de respect des règles prévues aux deux premiers alinéas du présent article, il peut valoir comme commencement de preuve par écrit, s'il remplit les conditions prévues à l'article 8, 1, 7^o du présent livre¹.

Les règles prévues aux deux premiers alinéas du présent article ne s'appliquent pas aux contrats formés par échange de courrier, que celui-ci soit adressé par voie postale ou électronique. »

L'exigence des originaux multiples ne s'applique pas aux contrats conclus par échange de courriers et aux contrats conclus par voie électronique.

1. Voir D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV., *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 140 et les références citées.

Annexe 1

Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019¹

Modifications substantielles	
Pouvoir du juge de renverser la charge de la preuve	Art. 8.4, al. 5
Changement de paradigme : principe de la preuve libre	Art. 8.8
Assouplissement de la preuve réglementée	
• Augmentation du plafond : 3500 EUR	Art. 8.9
• Acte juridique unilatéral soumis à la preuve libre	Art. 8.10
• Extension de la preuve libre aux entreprises (commerçants)	Art. 8.11
• Preuve libre par et contre les tiers	Art. 8.14
Critère de la valeur de l'acte juridique : règle spécifique pour les contrats à prestations successives	Art. 8.9
Prise en compte de l'environnement numérique	Art. 8.20, al. 3 et 5 ; 8.15, al. 2 ; 8.25
Théorie des équivalents fonctionnels consacrée dans le Code civil pour l'écrit et la signature	Art. 8.1, 1 ^o , 2 ^o , 3 ^o
Modifications ciblées	
Exception de la preuve « par vraisemblance » (degré de preuve requis)	Art. 8.6
Distinction entre présomption légale et présomption de fait	Art. 8.7 et 8.29
Suppression des règles relatives aux actes reconnaissifs et confirmatifs/des tailles, registres et papiers domestiques/du serment estimatoire	
Assouplissement de la formalité du « bon pour »	Art. 8.21
Élargissement des hypothèses de datation certaine (incapacité)	Art. 8.22
	Art. 8.32

1. Voir pour ce tableau, F. GEORGE, « Le droit de la preuve : de temps en temps et tant et plus », *Le pli juridique*, 2020, n° 51, p. 15. Voir pour un panorama de la réforme, S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 95-134 ; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, pp. 624-641 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 179-220 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, pp. 637-657 ; D. MOUGENOT (coord.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019 ; I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », in S. STIJNS, *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Bruges, La Chartre, 2019, p. 128.

Force probante de l'aveu judiciaire identique à celle de l'aveu extrajudiciaire	
Aveu soumis à l'ensemble des causes de nullité sauf erreur de droit	Art. 8.32
Appréciation de la sincérité de l'aveu par le juge	Art. 8.32
Suppression du maintien au civil des effets d'un faux serment	Art. 8.36
Codification de la jurisprudence	
Nature supplétive des règles	Art. 8.2
Délimitation de l'objet de la preuve	Art. 8.3
Principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve	Art. 8.4, al. 3
Réorganisation des exceptions à la règle de l'écrit	Art. 8.10 et s.
Clarification des règles relatives à la comptabilité et aux factures	Art. 8.11
Aveu en action	Art. 8.31, al. 2
Aveu non intentionnel	Art. 8.30