

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le livre 8

Vanstechelman, Emilie

Published in:
Le nouveau Code civil

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Vanstechelman, E 2023, Le livre 8: le droit de la preuve. dans *Le nouveau Code civil*. Conférence libre du jeune barreau de Liège, Anthemis, Limal.

General rights

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

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

Take down policy

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

Le livre 8 – Le droit de la preuve

Émilie VANSTECHELMAN

Juge au tribunal de première instance du Brabant wallon

Collaboratrice scientifique à l'UNamur

Introduction

Il est un fait que le droit de la preuve est au cœur de la grande majorité des procès. La preuve vise à établir la réalité, le fondement d'une prétention¹. Elle consiste « en la démonstration par une partie à un litige de l'exactitude ou de la fausseté d'une allégation »².

Le droit de la preuve a pour fonction de régler la manière dont la démonstration d'un fait juridique, d'un fait matériel ou d'un acte juridique peut être rapportée³ : il répartit la charge de la preuve, définit les procédés de preuve dont les parties peuvent faire usage dans le cadre d'une procédure judiciaire, régleme leur utilisation et opère le cas échéant une hiérarchie entre ceux-ci⁴.

Le nouveau droit de la preuve est consacré par une loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve »⁵.

Comme l'a si bien écrit Florence George, le livre 8 est devenu locomotive, la loi du 13 avril 2019 étant la première pierre posée à l'édifice du nouveau Code civil.

L'article 2 de la loi du 13 avril 2019 précise : « À compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé "ancien Code civil". »

¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, liv. III, Bruxelles, Bruylant, 1936, p. 625. Voy. également D. MOUGENOT, « Titre 6. Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. II, *Procédure civile*, vol. 1, *Principes directeurs du procès civil. Compétence-Action-Instance-Jugement*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 699.

² P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *Les obligations*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2316.
³ *Ibid.*, p. 2322.

⁴ J.-B. HUBIN, « La preuve par la blockchain », in A. COTIGA-RACCAH et al. (dir.), *Les blockchains et les smart contracts à l'épreuve du droit*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 186.

⁵ M.B., 14 mai 2019.

En vertu de l'article 75, l'entrée en vigueur de la loi a été prévue « le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge* », soit le 1^{er} novembre 2020, sauf exceptions. Nous reviendrons brièvement sur le droit transitoire dans le dernier chapitre et renvoyons, pour le surplus, aux articles spécifiques consacrés à cette question⁶.

L'ambition du législateur est clairement exprimée dans les travaux préparatoires de ce livre 8 consacré au droit de la preuve : après avoir constaté l'absence de définition de concepts cruciaux, la désuétude de certains modes de preuve, l'assouplissement nécessaire du formalisme probatoire dans certains cas et la clarification primordiale de questions importantes, « le nouveau livre 8 du Code civil entend remédier à ces lacunes et faire entrer le droit de la preuve dans le 21^e siècle »⁷.

Le nouveau droit de la preuve 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.

Depuis plus de deux ans, les praticiens jonglent entre les anciennes et nouvelles dispositions du Code civil. Dans le cadre de la présente contribution, il nous a semblé opportun de pointer, de façon non exhaustive :

- les modifications substantielles apportées par le livre 8 ;
- les modifications ciblées introduites par le livre 8 ;
- les consécutions ou clarifications jurisprudentielles apportées par le livre 8.

Et cela, tout en choisissant celles qui nous paraissent les plus « percutantes » pour le praticien, qu'il soit juge ou avocat. À une exception près : même si elle n'est pas reprise ou consacrée dans le Code civil, il nous a semblé que ne pouvait être passée sous silence la question de la régularité de la preuve et l'application de la jurisprudence dite *Antigone* aux procès civils.

⁶ Voy. notamment F. GEORGE, « Le droit de la preuve : de "temps en temps" et "tant et plus" », *Pli jur.*, 2020, n° 51, pp. 11-15 ; F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve : droit transitoire », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, pp. 255-291. Voy. également sur les principes de droit commun : C. STORCK, « Les principes de l'application de la loi dans le temps en matière civile », *Pli jur.*, 2020, n° 51, pp. 3-5.

⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 4.

Notre propos sera décliné en 10 points :

- Chapitre 1. Les définitions.
- Chapitre 2. Caractère supplétif du droit de la preuve.
- Chapitre 3. Recevabilité, force probante, valeur probante et régularité d'un mode de preuve.
- Chapitre 4. Objet de la preuve.
- Chapitre 5. Charge de la preuve : une reformulation, une consécration et une innovation.
- Chapitre 6. Le degré de la preuve.
- Chapitre 7. L'admissibilité des modes de preuve.
- Chapitre 8. L'aveu et plus spécifiquement l'aveu extrajudiciaire.
- Chapitre 9. Adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies.
- Chapitre 10. Le droit transitoire en bref.

Chapitre 1. Les définitions

Section 1. Présentation de l'article 8.1 du Code civil

Le souhait de clarification du législateur, tel qu'exprimé ci-avant, se marque au niveau des définitions formulées expressément dans le nouveau Code.

Ces définitions se retrouvent à l'article 8.1 du Code civil⁸. Elles ont le mérite de préciser différentes notions juridiques et de limiter, de ce fait, les controverses doctrinales et jurisprudentielles⁹.

Certains concepts cruciaux¹⁰ 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.

Ces quinze définitions, lesquelles seront reprises çà et là pour expliciter nos propos, portent sur les notions suivantes :

- 1° écrit ;
- 2° signature ;
- 3° signature électronique ;
- 4° acte sous signature privée ;
- 5° acte authentique ;
- 6° écrit signé ;
- 7° commencement de preuve par écrit ;
- 8° témoignage ;

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.

¹⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 4.

- 9° présomption de fait;
- 10° aveu;
- 11° aveu complexe;
- 12° serment;
- 13° admissibilité;
- 14° valeur probante;
- 15° force probante.

Nous y renvoyons le lecteur.

Section 2. Analyse critique

Ces définitions suscitent toutefois de nouvelles interrogations.

Tout d'abord, il est permis de 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? À ce sujet, et par exemple, la définition de signature électronique figurant à l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique¹¹ n'est pas totalement similaire à celle insérée au point 3° de l'article 8.1.

Ensuite, en insérant, outre la définition de la notion d'écrit, une définition propre à l'écrit signé à l'article 8.1, 6°, 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 ».

Ainsi, par exemple, comme le souligne Jean-Benoît Hubin, le concept d'écrit utilisé par les articles 64 et 249 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances n'a pas été adapté à la suite de la réforme. Il renvoie toujours à la notion d'« écrit » et non à celle d'« écrit signé ». Or, il paraît évident que le contrat d'assurance requiert un écrit signé et non toute forme d'écrit¹². Il aurait été opportun pour le législateur d'adapter les législations particulières au regard de la réforme.

¹¹ Ci-après CDE.

¹² 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.*, 2020/8, p. 15705² et les références citées en note de bas de page 19.

Chapitre 2. Caractère supplétif du droit de la preuve

Section 1. Principe et conséquences

Sauf exceptions, les règles relatives à la preuve ne sont ni impératives ni d'ordre public; elles sont supplétives¹³. Cette supplétivité a été confirmée à de nombreuses reprises par la Cour de cassation¹⁴.

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. »

Sauf exceptions, il résulte du caractère supplétif des règles en matière de preuve que:

- Les parties peuvent décider d'aménager ou de déroger aux règles civiles en matière de preuve¹⁵.
- 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 juge.
- Les parties ne peuvent invoquer, pour la première fois, devant la Cour de cassation, un moyen pris de la violation d'une disposition du livre 8, lequel serait déclaré irrecevable par la Cour de cassation¹⁶.

¹³ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. 2, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 10; D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Précis de la Faculté de droit de l'UCL, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 49; 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. 35; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2224, n° 1628; C. DELFORGE, « Les clauses abusives dans le bail d'immeuble conclu entre une entreprise et un consommateur », in *Le bail dans la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 29; J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile – Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Pli jur.*, 2019, n° 47, p. 4.

¹⁴ Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, 1948, 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.

¹⁵ D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – chronique de jurisprudence 2002-2010 », *op. cit.*, n° 2.

¹⁶ 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.

Section 2. Exceptions au caractère supplétif des règles de preuve

Il existe des exceptions au principe de la supplétivité des règles en matière de preuve :

- Les définitions reprises à l'article 8.1 du Code civil ne peuvent faire l'objet de dérogation conventionnelle, comme le précise expressément l'article 8.2.
- Certaines dispositions précises du livre 8 ont été complétées afin d'indiquer que les parties ne pouvaient y déroger par convention¹⁷. 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 sont précisées également au sein du Code de droit économique (voy. par exemple l'article VI.83, 21°, du CDE¹⁸ et l'article VI.91/5, 7°, du CDE¹⁹).

Chapitre 3. Recevabilité, force probante, valeur probante et régularité d'un mode de preuve

Introduction

L'article 8.1, 13° à 15°, du Code civil définit désormais clairement les trois concepts couramment utilisés en droit de la preuve – admissibilité, valeur probante et force probante²⁰.

La clarification de ces concepts de base, directement accessibles à tout praticien ouvrant son Code civil, est salutaire et permettra d'éviter une confusion fréquente en pratique entre la force probante et la valeur probante²¹.

¹⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 11.

¹⁸ L'article VI.83, 21°, du CDE dispose : « 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° 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 partie au contrat. Il convient de distinguer les clauses qui limitent de manière non autorisée les moyens de preuve du consommateur des clauses qui renversent la charge de la preuve. » Sur cette question, voy. 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. Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 360 et s.

¹⁹ 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 du CDE dispose : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : [...] 7° limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser. » Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2020 et est applicable à tous les contrats conclus, renouvelés ou modifiés à partir du 1^{er} décembre 2020. Voy. B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, p. 628.

²⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 10.

²¹ B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 634.

Section 1. La recevabilité d'un mode de preuve

Le Code civil, en son article 8.1, 13°, 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 ».

La question de la *recevabilité* traite de l'*admissibilité* d'un mode de preuve en justice²², 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 ? »²³

La recevabilité est « la prise en considération, par le juge, d'éléments probatoires déclarés admissibles par la loi eu égard à l'objet du litige »²⁴.

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 emporte nécessairement la conviction du magistrat qui reste libre d'en apprécier souverainement la valeur probante²⁵. C'est le « stade préliminaire de la réception des preuves »²⁶. Une preuve irrecevable est d'office rejetée par le juge sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée²⁷. Le concept d'admissibilité d'une preuve – telle qu'envisagée par le législateur – 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 preuve²⁸.

Section 2. La valeur probante d'un mode de preuve

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

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 juge²⁹, ce qui n'est pas forcément le cas de tout élément de preuve recevable.

²² D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 84-85, n° 14-2.

²³ V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve, op. cit.*, p. 102.

²⁴ 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, E. Story-Scientia, 1991, p. 55.

²⁵ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, p. 197.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 85-86, n° 14-2.

²⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 10.

²⁹ F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35; R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique, op. cit.*, p. 197; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 75, n° 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.

C'est donc son caractère convaincant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience³⁰.

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.

« En principe, la valeur probante d'une preuve est librement appréciée par le juge. Dans certains cas, elle peut toutefois être fixée par la loi et le juge perd son pouvoir d'appréciation. »³¹ On parle alors de force probante.

Section 3. La force probante d'un mode de preuve

L'article 8.1, 15°, 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. »

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 »³². 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 mode de preuve³³. On parle ainsi de force probante pour l'écrit signé, l'aveu, le serment, la comptabilité concordante ou la facture acceptée par une entreprise, pour autant que les conditions légales soient remplies.

Ainsi, si deux éléments sont admissibles comme modes de preuve, c'est celui auquel la loi attache une force probante qui sera pris en compte. Un écrit signé prime par exemple un témoignage ou une présomption de fait (lesquels ont uniquement une valeur probante).

Concilier la force probante et la valeur probante est possible. Sur ce point, les écrits éclairants de Dominique Mougenot 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'appré-

³⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 10 et F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *op. cit.*, n° 35.

³¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 10.

³² D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 75, n° 14-2.

³³ 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 », *op. cit.*, n° 40.

ciation et peut évaluer la valeur probante du mode de preuve. »³⁴ Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi³⁵.

Section 4. La régularité des preuves et le test Antigone en droit civil

Introduction

La question de la régularité et de la licéité des preuves – avec notamment l'application de la jurisprudence *Antigone* aux procès civils – n'est pas réglée par le livre 8 ; il s'agit d'un choix du législateur³⁶.

Sous-section 1. Position de la question

La régularité de la preuve se confond avec celle de son admissibilité ou de sa recevabilité en justice³⁷. La régularité des preuves constitue donc une autre « facette de la recevabilité des preuves »³⁸.

Lorsqu'une preuve est déclarée irrecevable, elle doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner la valeur ou la force probante³⁹.

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 privée⁴⁰, le droit à un procès équitable⁴¹, le secret des correspondances ou le secret professionnel⁴². La preuve proposée par une partie peut être conforme aux règles relatives au droit de la preuve (recevabilité au sens de l'article 8.1, 13°), mais il convient de vérifier si elle ne viole pas une règle ou un principe général étranger au droit de la preuve⁴³, ce qui en principe doit mener à une décision d'irrecevabilité et donc de rejet de ce moyen de preuve.

³⁴ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 76, n° 14-2.

³⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 11.

³⁶ *Ibid.*, p. 4. Voy. M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, « La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal », in F. GEORGE et N. COLETTE-BASECQZ, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. Regards pratiques*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 480-481.

³⁷ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *J.T.*, 2017, p. 69.

³⁸ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 128.

³⁹ *Ibid.*, p. 127.

⁴⁰ Tel que garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 22 de la Constitution.

⁴¹ Tel que garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴² D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 127.

⁴³ *Ibid.*, p. 128.

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

- 1) La preuve produite devant lui est-elle illégale ?
- 2) Si tel est le cas, doit-elle être automatiquement sanctionnée d'un écartement (le juge n'en tient pas compte) ?⁴⁴

Nous abordons en quelques mots la jurisprudence *Antigone* en matière civile, et ce, pour deux raisons. En « quelques mots », car cette problématique mériterait, à elle seule, des développements conséquents dépassant largement l'objet et le cadre de la présente contribution. Il nous était cependant difficile de taire l'arrêt récemment rendu par la Cour de cassation, ajustant quelque peu au droit civil et notamment au droit des contrats les critères dégagés de cette jurisprudence initialement pénale.

Sous-section 2. Preuves illégales et preuves déloyales

La doctrine et la jurisprudence classiques réservent un sort identique aux preuves illégales et aux preuves recueillies de façon légale mais déloyale⁴⁵.

Parmi les preuves illégales, il y a les preuves illicites *in se* ; l'illégalité trouve sa source dans l'existence même de l'instrument de preuve et les preuves recueillies de manière illicite, lesquelles sont licites en tant que telles mais qui ont été obtenues de manière illicite⁴⁶.

Les preuves déloyales sont celles obtenues conformément à la loi mais à l'insu de l'autre partie, de façon sournoise⁴⁷.

Sous-section 3. Naissance de la jurisprudence *Antigone* en droit pénal

De façon constante et durant de nombreuses années, la sanction de l'irrégularité et/ou de l'irrecevabilité de la preuve résidait dans l'écartement de la pièce : le juge ne pouvait pas la prendre en considération dans le cadre de la procédure qui lui était soumise⁴⁸.

⁴⁴ 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 », *op. cit.*, p. 69.

⁴⁵ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 132 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 69.

⁴⁶ M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, « La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 456. Une preuve illicite *in se* est, par exemple, un faux en écriture ou un document volé. Une preuve licite mais recueillie de manière illicite est, par exemple, une preuve obtenue en violation du secret professionnel. C'est le mode d'appropriation de la preuve qui est, dans cette hypothèse, illégal.

⁴⁷ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 69. Voy. N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, p. 1141, qui donne l'exemple d'un e-mail produit sans le consentement du destinataire, d'un e-mail que l'employeur copie sur l'ordinateur de son employé sans son consentement ou encore de l'enregistrement d'une communication téléphonique faite à l'insu de l'interlocuteur.

⁴⁸ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 133 ; M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, « La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 456.

Cette règle doit être revue à la lumière de la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation.

Cette jurisprudence *Antigone* provient de l'arrêt du même nom du 14 octobre 2003⁴⁹ rendu en matière pénale (du nom de l'opération policière ayant donné lieu à cet arrêt *Antigoon*), arrêt ayant inversé le principe : 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 magistrat, sous réserve des trois hypothèses visées par la Cour⁵⁰.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation, devenue constante⁵¹, a été consacrée dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale⁵² par une loi du 24 octobre 2013⁵³. Cette dernière y insère le chapitre VII, intitulé « Des nullités », et un nouvel article 32, 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. »

Sous-section 4. La jurisprudence *Antigone* en droit civil

§ 1. L'arrêt rendu le 10 mars 2008 par la Cour de cassation

L'application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile ressort d'un premier arrêt rendu sur cette question par la Cour de cassation le 10 mars 2008⁵⁴. Prononcé dans un cas de répression du travail en noir, cet arrêt transpose en

⁴⁹ Cass., 14 octobre 2003, R.G. n° 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. KUTY, *Rev. dr. pén.*, 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. Strafr.*, 2004, p. 129, note TRAEEST.

⁵⁰ M. BOURGEOIS et L. LOFFET, « Les modes de preuve en droit fiscal : cadre général », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, p. 113 ; C. GUILLAIN, L. KENNES, D. DE BECO, S. CUYKENS, M. GIACOMETTI, P. MONVILLE et D. VANDERMEERSCH, « Section 1. La jurisprudence "*Antigoon*" », in *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 7-25 ; N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, p. 1141.

⁵¹ Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N, *Arr. Cass.*, 2004, liv. 11, p. 1829, concl. DUINSLAEGER ; Cass., 8 novembre 2005, R.G. n° P.05.1106.N, *Arr. Cass.*, 2005, liv. 11, p. 2175 ; Cass., 4 décembre 2007, R.G. n° P.07.1302.N, *Arr. Cass.*, 2007, liv. 12, p. 2388 ; Cass., 10 mars 2008, R.G. n° S.07.0073.N, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER ; Cass., 2 septembre 2009, R.G. n° P.09.0960.F, *Arr. Cass.*, 2009, liv. 9, p. 1906.

⁵² Ci-après « TPCPP ».

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

droit civil la solution admise en matière pénale, la Cour faisant usage de 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 présent⁵⁵. 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 peut⁵⁶ 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. »

§ 2. Les critères d'appréciation

Les arrêts *Antigone* de la Cour de cassation proposent, de manière récurrente, deux types de critères : des critères généraux et des critères secondaires dont la juridiction de fond peut tenir compte lorsqu'elle forme sa conviction⁵⁷. Les critères généraux mentionnés dans l'arrêt du 10 mars 2008 étaient les suivants :

- le non-respect de formes prescrites à peine de nullité ;
- l'absence de fiabilité de la preuve ; et
- l'atteinte au principe du procès équitable⁵⁸.

⁵⁵ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *op. cit.*, p. 69.

⁵⁶ À noter l'évolution des termes utilisés. Dans l'arrêt du 4 décembre 2007 (R.G. n° P.07.1302.N), la Cour de cassation précise que « la preuve ne doit être écartée que lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable » (nous soulignons). Dans les arrêts ultérieurs, dont celui de 2008 prononcé en matière civile, il semble s'agir d'une « option » (peut).

⁵⁷ S. LACOMBE, « *Antigone* : évolution en droit social – À la source de *Manon* », in S. SCARNA (dir.), *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 76 et s. ; D. MOUGENOT, « Utilisation des preuves irrégulières en justice : *Antigone* se met en tenue civile », *J.T.*, 2021, p. 538.

⁵⁸ Pour une analyse de ces critères en matière civile, voy. D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, pp. 148-165.

Ces critères sont peu adaptés à l'administration de la preuve en matière civile⁵⁹. Premièrement, il existe, en procédure civile, très peu de formalités probatoires dont la violation est prescrite à peine de nullité⁶⁰. 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'invoque⁶¹. Ce premier critère est donc particulièrement inadéquat en procédure civile ; l'écartement de preuves pour ce motif est resté inexistant, en tout cas dans la jurisprudence publiée⁶².

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. »⁶³ Ce débat relatif à la valeur probante existe, en aval, en tout état de cause, que la preuve soit légale ou non⁶⁴⁻⁶⁵.

Enfin, le critère du respect du procès équitable semblait particulièrement flou⁶⁶ et il était difficile d'établir concrètement les cas dans lesquels la production d'une preuve recueillie illicitement porterait atteinte au procès équitable en droit civil⁶⁷.

⁵⁹ N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, p. 1143.

⁶⁰ Voy. notamment S. LACOMBE, « *Antigone* : évolution en droit social – À la source de *Manon* », *op. cit.*, pp. 76 et s.

⁶¹ Art. 861 C. jud.

⁶² D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n° 19 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *op. cit.*, n° 6.

⁶³ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *ibid.*, 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*, coll. CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36 ; P. TRAESE, « Onrechtmatig verkregen dochbruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137. Voy. également N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, 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.

⁶⁴ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 70 ; N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, p. 1143.

⁶⁵ 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 entretien 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.

⁶⁶ N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, p. 1143.

⁶⁷ *Ibid.* ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 70 ; D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 167.

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 10 mars 2008, précise que le juge civil doit apprécier l'« admissibilité à la lumière des critères ou circonstances » (nous soulignons). La Cour de cassation a énuméré les circonstances suivantes, dénommées critères secondaires d'appréciation⁶⁸ :

- le caractère purement formel de l'irrégularité⁶⁹ ;
- la conséquence de l'irrégularité 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'infraction⁷⁰.

§ 3. Controverses suscitées par l'arrêt du 10 mars 2008

L'arrêt du 10 mars 2008 rendu par la Cour de cassation a suscité de nombreuses questions quant à son champ d'application :

- Était-il uniquement applicable aux matières relevant de l'ordre public ?
- Était-il également applicable aux preuves illégales en soi (l'arrêt vise en effet des « preuves illicitement recueillies ») et aux preuves déloyales ?
- Comment appliquer les critères d'appréciation au droit civil ?

A. Uniquement les matières relevant de l'ordre public ?

Cet arrêt était-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 2008 qui traitait de

⁶⁸ Dominique Mougenot qualifie ces circonstances de « critères secondaires ». Voy. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 70 ; D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 167.

⁶⁹ Sur l'analyse critique de ce critère, voy. D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 155 ; M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, « La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 476.

⁷⁰ Il est à noter que cette même jurisprudence a été appliquée dans le contexte du droit fiscal tandis que dans ces affaires, il est renvoyé spécifiquement à des critères secondaires supplémentaires étant « les principes de bonne administration » et « l'autorité agissant selon le principe de bonne administration ». Voy. Cass., 22 mai 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 63 ; Cass., 4 novembre 2016, *Arr. Cass.*, 2016, p. 2213 ; Cass., 18 janvier 2018, *Arr. Cass.*, 2018, p. 129. Voy. également en matière fiscale : C.J.U.E., arrêt *WebMindLicences Kft*, 17 décembre 2016, C-419/14. G. VÆL et Y. L. ZHENG, « Nouvel arrêt de la Cour de cassation en matière d'utilisation de preuves obtenues de manière irrégulière : confirmation de la jurisprudence *Antigone* ou rendez-vous manqué ? », *Act. fisc.*, 2018, n° 18/22-01 ; P. RENIER et L. CASSIMON, « *Antigoon vs. beroepsgeheim: beschermt Cassatie onze grondrechten?* », *Act. fisc.*, 2018, n° 18/05-01.

l'application de la réglementation de fraudes en matière de chômage) et celles relevant de l'ordre privé⁷¹ ? La doctrine majoritaire estimait que les enseignements de cet arrêt étaient applicables en toutes matières⁷².

La plupart des juges du fond, confrontés à la question de la régularité d'une preuve présentée, ont fait application de la jurisprudence *Antigone*, sans faire de distinction entre les matières relevant de l'ordre public et celles liées à l'ordre privé⁷³, quoique des décisions plus récentes précisent clairement l'application de ces principes aux questions de droit privé⁷⁴.

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 les 7 février 2013⁷⁵ et 4 août 2016⁷⁶. Il en est de même de la cour du travail de Liège qui, dans des arrêts du 6 février 2015 et du 8 novembre 2017, exclut implicitement la jurisprudence *Antigone* des litiges d'ordre

⁷¹ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 143 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 69.

⁷² D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 143 ; N. DELWAIDE, « *Antigone* en matière civile : les incertitudes persistent », *op. cit.*, 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. THOLEN, « Over privacy, controle 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" », *op. cit.*, n° 22 ; J. VAN COMPENOLLE, « 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.

⁷³ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 69, qui cite Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, *T.G.R.-T.W.V.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 MOUGENOT, *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 ; C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390 ; C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298, Anvers (5^e ch. B), 17 janvier 2019, R.G. n° 2018/AR/15, *Limb. Rechtsl.*, 2019, liv. 4, p. 306, note S. DECLERCQ et M. SCHOUTEDEN. À noter tout de même qu'en matière fiscale, une certaine doctrine et jurisprudence se développe en défaveur de l'application de la jurisprudence *Antigone* en matière fiscale ; celle-ci serait contraire au principe de légalité de l'impôt inscrit à l'article 170 de la Constitution. Voy. Civ. Namur, div. Namur (11^e ch. A), 10 février 2021, R.G. nos 14/175/A, 14/2169/A, 14/2287/A, 14/2378/A et 15/1506/A, *R.G.C.F.*, 2022/1, pp. 25-30 ; M. MORIS, « La jurisprudence dite "*Antigone*" de la Cour de cassation, inapplicable en matière fiscale », *T.F.R.*, 2018, p. 322 et C. VERSCHURE, « *Antigone* en droit fiscal : coup d'épée dans l'eau au niveau européen et nouveau pavé dans la mare au niveau interne », *R.G.C.F.*, 2022/1, pp. 30-40.

⁷⁴ Voy. par exemple Civ. Bruxelles (87^e ch.), 11 janvier 2021, *J.T.*, 2021/18, pp. 333-338.

⁷⁵ C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Or.*, 2013, p. 131, *Chr. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT.

⁷⁶ C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390.

privé⁷⁷. Plus récemment, le tribunal du travail du Brabant wallon, saisi d'un litige purement contractuel, a décidé « qu'il ne conçoit pas [...] que l'application de la jurisprudence puisse également s'étendre aux relations contractuelles de pur droit privé »⁷⁸.

B. Application de la jurisprudence *Antigone* aux preuves civiles illicites *in se* et aux preuves licites mais obtenues illégalement ?

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 vise une « preuve illicitement recueillie » (nous soulignons). 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 doctrine⁷⁹ plaide pour une application large, sans distinction, de la jurisprudence *Antigone*. Tel est le cas de Dominique 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. »⁸⁰

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

⁷⁷ 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 : « À la différence du cas d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 concernant un chômeur ayant celé 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. » Dans le même sens, C. trav. Liège (3^e ch.), 8 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018/12, n° 1306, pp. 180-184.

⁷⁸ Trib. trav. Brabant wallon, 15 octobre 2020, jugement n° 17/1381/A, www.juportal.be.

⁷⁹ Pour une assimilation des preuves illégales et des preuves recueillies de façon illégale, voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 166.

⁸⁰ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 144 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 71.

illégalement⁸¹. 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 position est partagée par la cour du travail de Liège⁸².

C. Application des critères au droit civil

Les circonstances libellées par la Cour de cassation gardent une connotation pénale. Afin de faciliter l'application de celles-ci par le juge civil, Dominique Mougenot propose de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction »⁸³.

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 qu'on cherche à prouver)⁸⁴, 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 fondamentaux⁸⁵.

§ 4. L'arrêt du 14 juin 2021 de la Cour de cassation : consécration et précision de la jurisprudence *Antigone* en matière civile

A. Principe

Dans un arrêt du 14 juin 2021, la Cour de cassation, « consciente de ce que les critères de l'arrêt de 2008 s'appliquaient mal au droit civil »⁸⁶, adapte les critères *Antigone* à la matière civile. Cet arrêt concerne un contrat de vente, permettant de déduire que la jurisprudence s'applique *aux questions de droit privé*, et notamment au droit des contrats. Il s'agissait d'un enregistrement sonore obtenu illégalement (à l'insu du correspondant) au sujet d'un contrat de vente.

La Cour de cassation rejoint la position doctrinale dominante selon laquelle la jurisprudence *Antigone* s'applique en toutes matières, ce qui met fin à une controverse et à une jurisprudence discordante. Cet arrêt a été confirmé le 16 décembre 2021⁸⁷. Seule la question de savoir si la jurisprudence *Antigone* s'applique aux preuves illicites *in se* et aux preuves déloyales reste en suspens.

⁸¹ C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364 ; voy. également 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.

⁸² C. trav. Liège (3^e ch.), 8 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018/12, n° 1306, pp. 180-184.

⁸³ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en droit civil », *op. cit.*, p. 70.

⁸⁴ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 156.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 157.

⁸⁶ D. MOUGENOT, « Utilisation des preuves irrégulières en justice : *Antigone* se met en tenue civile », *op. cit.*, p. 538.

⁸⁷ Cass., 16 décembre 2021, R.G. n° C.18.0314.N qui concernait l'octroi d'une pension alimentaire après divorce : « Le moyen, qui repose sur le soutènement qu'il découle du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, tel qu'il est consacré, entre autres, à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits

La Cour énonce⁸⁸ :

«Sauf disposition contraire expressément prévue par la loi, l'utilisation de preuves recueillies irrégulièrement en matière civile ne peut être exclue que si leur obtention affecte la fiabilité de celles-ci ou si le droit à un procès équitable est compromis.

À cet égard, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, notamment la manière dont les preuves ont été obtenues, les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, la gravité de l'illégalité et la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de l'autre partie, le besoin de recueillir une preuve dans le chef de la partie qui a commis l'illégalité et l'attitude de la partie adverse.»

Le principe général reste donc inchangé : les preuves recueillies irrégulièrement sont généralement admissibles, sauf si la loi en décide autrement ou dans les cas visés par la Cour.

B. Les deux hypothèses visées

Désormais, l'exclusion des preuves illégales ne peut plus se produire que *dans deux cas* :

1. lorsque l'irrégularité affecte la fiabilité des preuves ; ou
2. en cas de violation du droit à un procès équitable.

Comme nous l'avons souligné ci-avant, la doctrine souligne généralement le fait que la fiabilité de l'élément de preuve relève plus de la valeur probante du mode de preuve que de son admissibilité. Cette première hypothèse implique pour le juge de tenir compte de la qualité de l'élément de preuve et de s'intéresser aux circonstances dans lesquelles il a été recueilli, lesquelles peuvent faire douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Entachent la fiabilité de l'élément de preuve des aveux obtenus sous la contrainte, des mentions d'un acte déclarées fausses, la preuve d'une faute volontairement provoquée par l'employeur⁸⁹. Lorsque la fiabilité du mode de preuve est douteuse, le juge doit écarter celui-ci.

Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut se demander si les droits de la défense de celui qui invoque le non-respect du droit à une procédure équitable ont été respectés. Il faut rechercher notamment s'il s'est vu offrir la possibilité de contester son utilisation (droits de la défense)⁹⁰. *La Cour de cassation ne réduit cependant pas le procès équitable à la seule existence d'un*

de l'homme et des libertés fondamentales, qu'une preuve obtenue illégalement dans des litiges dont la nature relève purement du droit privé doit toujours être écartée des débats, manque en droit.»

⁸⁸ Cass., 14 juin 2021, R.G. n° C.20.0418.N, www.juportal.be.

⁸⁹ Voy. M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, «La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal», *op. cit.*, p. 472 et les références en notes 85 à 88.

⁹⁰ D. MOUGENOT, «Utilisation des preuves irrégulières en justice: *Antigone* se met en tenue civile», *op. cit.*, p. 539; Cour eur. D.H., 8 juillet 2021, *Berlizev c. Ukraine*, §§ 51-52; Cour eur. D.H., 25 septembre 2021, *El Haski c. Belgique*, §§ 82-83.

*débat contradictoire*⁹¹. Elle impose de pouvoir contredire utilement des éléments douteux, c'est-à-dire de pouvoir les contester de manière efficace. Dominique Mougenot estime que, pour être conforme au droit à un procès équitable, la preuve devrait être renforcée par d'autres éléments du dossier, ce qui est rarement chose aisée, les parties présentant généralement l'élément de preuve irrégulier à défaut de tout autre élément dans leur dossier⁹².

C. Les autres critères et leur analyse obligatoire par le magistrat

La liste des critères dits secondaires est aussi revue :

«Il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment :

- de la manière dont la preuve a été obtenue,
- des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise,
- de la gravité de celle-ci et de la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de la partie adverse,
- du besoin de preuve de la partie qui a commis l'illégalité et
- de l'attitude de la partie adverse.» (nous soulignons)

Ne figurent plus dans la liste les critères du caractère formel de l'irrégularité et du caractère intentionnel ou non de l'irrégularité.

Le juge est invité à réaliser «*un véritable test de proportionnalité*»⁹³, auquel la preuve illicite est soumise : le juge doit vérifier si l'illégalité était nécessaire, à défaut d'autres moyens plus adaptés de se procurer une preuve, et a été limitée au strict nécessaire pour procurer une preuve à la partie en manque de preuve (*bewijsnood*).

Le juge qui souhaite faire application de la jurisprudence *Antigone* ne peut se contenter d'une analyse superficielle et d'affirmations stéréotypées. Il doit «cocher toutes les cases» et rencontrer de manière complète les critères secondaires évoqués par la Cour de cassation, lesquels sont déterminants⁹⁴. À défaut, la motivation de sa décision est insuffisante et partant, sanctionnable par la Cour de cassation.

Plus que jamais, les critères secondaires apparaissent déterminants dans l'examen du sort à réserver à la preuve irrégulière. C'est dans leur application que réside le cœur du test *Antigone*.

Contrairement à ce qui avait été avancé, les critères secondaires ne sont pas uniquement présents pour aider le juge à déterminer si les critères principaux sont rencontrés. Le juge devra, face à une preuve irrégulière, nécessairement analyser les critères secondaires⁹⁵.

⁹¹ Cass., 4 mars 2015, *J.T.*, 2015, p. 426.

⁹² D. MOUGENOT, «*Antigone* au milieu du gué», *op. cit.*, pp. 151 et 153.

⁹³ D. MOUGENOT, «Utilisation des preuves irrégulières en justice: *Antigone* se met en tenue civile», *op. cit.*, p. 539.

⁹⁴ M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, «La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal», *op. cit.*, p. 494.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 493.

Implicitement, il convient de considérer que les critères principaux constituent une sorte de porte d'entrée : si la preuve n'est pas fiable ou si le procès n'est pas équitable, il n'y a pas lieu d'aller plus loin. L'élément de preuve produit doit être écarté des débats.

Si l'élément de preuve passe ce premier examen, le juge doit analyser, dans un second temps et précisément, la manière dont la preuve a été recueillie et l'impact de l'irrégularité sur les droits de la partie adverse.

D. Synthèse de l'analyse faite par le magistrat

Des auteurs⁹⁶ ont repris, de façon très claire, la démarche du magistrat auquel est présentée une preuve irrégulière :

1. Dans un premier temps, le magistrat détermine l'existence ou non de l'irrégularité. Dans l'hypothèse où celle-ci n'est pas établie, la preuve peut être librement produite sans devoir s'interroger sur l'application ou non de la jurisprudence *Antigone*.
2. Une fois la première étape effectuée, dans l'hypothèse où le juge a déclaré l'irrégularité de la preuve établie, il doit se poser la question de l'utilisation ou de l'écartement de cette preuve⁹⁷.
Pour ce faire, il doit d'abord examiner (i) si la preuve est fiable et (ii) si le droit au procès équitable a été respecté.
Si tel est le cas, il aura ensuite (iii) la tâche d'examiner les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue et l'impact de l'irrégularité sur les droits fondamentaux de la partie adverse⁹⁸.

Cette articulation entre critères principaux et critères secondaires évite que l'examen des conséquences de l'irrégularité soit sommaire ou purement formel. Il ne suffit donc pas que la preuve soit fiable et ait pu faire l'objet d'un examen contradictoire. Le juge devra analyser, en outre, scrupuleusement la manière dont la preuve a été recueillie et la mesure dans laquelle le droit de la partie adverse a été violé⁹⁹.

E. Illustrations

Afin d'illustrer ce raisonnement, nous renvoyons le lecteur à un jugement rendu par le tribunal de la famille de Namur, division de Namur, du 14 février 2018¹⁰⁰ et à un jugement du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division de

⁹⁶ D. MOUGENOT, « Utilisation des preuves irrégulières en justice: *Antigone* se met en tenue civile », *op. cit.*, p. 540 et M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, « La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 494.

⁹⁷ D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, p. 134.

⁹⁸ D. MOUGENOT, « Utilisation des preuves irrégulières en justice: *Antigone* se met en tenue civile », *op. cit.*, p. 540.

⁹⁹ M. DALL'ARMELLINA et S. HARDY, « La régularité des preuves en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 494.

¹⁰⁰ Trib. fam. Namur, div. Namur, 14 février 2018, *J.T.*, 2018, pp. 376-378.

Mons, du 28 juin 2022¹⁰¹ dont il convient, vu son caractère éclairant et inédit, de reprendre la motivation.

Ce litige concerne le refus d'intervention d'une compagnie d'assurances ; l'assureur se fonde sur des déclarations de son assurée recueillies par ses inspecteurs et transcrites dans des formulaires de déclaration.

Devant le tribunal, l'assurée invoque le caractère irrégulier de ces formulaires, lesquels ne respectent pas les obligations imposées par l'article 37 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

Le tribunal va effectuer le test en plusieurs étapes et analyser les critères principaux et « secondaires » consacrés par l'arrêt du 14 juin 2021 de la Cour de cassation pour conclure à l'absence d'écartement des pièces litigieuses :

« Dans le cas présent, le tribunal constate que l'irrégularité résultant de la reproduction incomplète des mentions relatives au traitement des données à caractère personnel ne porte pas atteinte à la fiabilité de la preuve. Ces mentions sont tout à fait distinctes des déclarations de l'assurée recueillies par l'inspecteur. On n'aperçoit pas en quoi les déclarations de l'assurée auraient été différentes si ces mentions étaient plus complètes et davantage conformes au prescrit du RGPD. L'irrégularité ne crée donc pas de doute quant à la conformité du contenu de ces déclarations.

Par ailleurs, l'utilisation de ces documents a donné lieu à un débat contradictoire devant le tribunal. On ne peut pas réduire le droit au procès équitable au respect du principe du contradictoire mais le respect de ce principe est central dans l'appréciation du sort à réserver aux preuves irrégulières.

En ce qui concerne la manière dont la preuve a été obtenue, elle résulte d'un entretien entre l'assurée et un inspecteur de la compagnie, auquel l'assurée a accepté de participer. Elle a également accepté que ses déclarations soient reproduites dans le formulaire et les a signées. Le contexte dans lequel ces documents ont été établis n'est donc pas frauduleux ou déloyal et n'est pas, par principe, de nature à surprendre l'assurée ou lui créer un préjudice.

En ce qui concerne les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, le tribunal constate que l'illégalité ne résulte pas d'un fait isolé mais d'une mention stéréotypée sur tous les formulaires de déclaration utilisés par le bureau d'expertise. A cet égard, il aurait été aisé, pour ce bureau d'expertises, de reprendre une indication plus complète et plus claire du responsable du traitement et des données exigées par le RGPD.

En ce qui concerne la gravité de l'irrégularité, on peut considérer que cette illégalité, dans le cas présent, est à la fois grave et anecdotique. Grave dans la mesure où la protection des données à caractère personnel relève du droit à la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Anecdotique dans la mesure où le grand public ne fait

¹⁰¹ Trib. entr. Hainaut, div. Mons, 28 juin 2022, R.G. n° A/21/0088, inédit.

généralement pas attention à ces mentions, qui ne retiennent l'attention que des juristes. Toutefois, en cas de réel problème relatif au traitement des données à caractère personnel de la personne interrogée, le caractère incomplet de ces mentions pourrait compliquer les démarches qu'elle accomplirait pour faire respecter ses droits. Dans le cas présent, le tribunal constate que l'assurée ne s'est pas plainte d'une irrégularité de traitement de ses données à caractère personnel et que ses droits à ce sujet n'ont pas été compromis par le caractère incomplet des mentions.

En ce qui concerne la mesure dans laquelle l'illégalité a porté atteinte aux droits de la partie adverse, l'assurée n'indique pas qu'elle a été induite en erreur par ces mentions ou que ses déclarations auraient été différentes si ces mentions avaient été plus complètes. Le tribunal en déduit donc que l'irrégularité n'a pas réellement porté atteinte aux droits de l'assurée.

L'assureur ne pourrait pas raisonnablement invoquer le besoin de preuve. Il ne se trouvait pas dans une situation où la rédaction d'un document illégal n'avait pas d'alternative. Au contraire, il aurait été très facile de mentionner une déclaration plus complète relative au traitement des données à caractère personnel.

Enfin, on ne peut reprocher à l'assurée aucun comportement répréhensible qui serait à l'origine du caractère incomplet du formulaire de déclaration. La manière dont ces formulaires sont établis est intégralement imputable au bureau d'expertise de la compagnie.

En synthèse, il est irritant de voir qu'une entreprise qui pratique du traitement de données à caractère personnel à grande échelle ne soit pas plus attentive à la qualité de la rédaction de ses formulaires. Cela étant, dans le cas présent, il faut bien reconnaître que cette irrégularité n'a entraîné aucune conséquence sur les déclarations de l'assurée et qu'elle ne se plaint pas d'une atteinte concrète à ses droits résultant de ces mentions incomplètes.

Le tribunal n'écarte donc pas les formulaires de déclaration établis par les inspecteurs de la compagnie.»

Chapitre 4. Objet de la preuve

Section 1. La disposition légale

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

L'«objet de la preuve» vise à déterminer ce qui doit être prouvé par les parties dans le cadre d'un litige¹⁰².

Cet article dispose :

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

¹⁰² J. HUBIN, «Réforme du droit de la preuve: quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile?», *op. cit.*, p. 15705. Cela permet de répondre à la question suivante: que faut-il prouver? Voy. également V. DE WULF, «Les modes de preuve: entre tradition et modernité», *op. cit.*, p. 102.

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

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

Doivent être prouvés :

- les faits ou actes juridiques (section 2) ;
- lorsqu'ils sont allégués et lorsqu'ils sont contestés (section 3).

Ne doivent pas être prouvés les faits notoires, les règles d'expérience commune et les règles de droit étranger (section 4).

Section 2. Les faits ou actes juridiques doivent être prouvés

Il appartient donc à une partie de prouver les faits à l'appui de ses prétentions juridiques.

À la suite d'une remarque du Conseil d'État, il est précisé dans les travaux préparatoires que le terme «fait» recouvre trois notions :

1. le fait matériel qui, par lui-même, n'entraîne pas de conséquence juridique, mais qu'une partie peut avoir intérêt à prouver pour faire adjuger sa prétention (par exemple, l'heure du coucher du soleil ou le fait qu'une route était verglacée tel jour à telle heure) ;
2. le fait juridique qui produit des effets de droit sans l'intervention de la volonté d'une personne (par exemple, la majorité d'une personne ou son décès, un délit ou un quasi-délit) ;
3. les actes juridiques.

Interrogé à cet égard, le délégué du ministre a précisé que «[l]a notion de faits vise aussi bien les faits [matériels] que juridiques [...]. Cette distinction n'a toutefois pas beaucoup d'intérêt en droit de la preuve puisque les deux formes de faits peuvent être prouvées par tout mode de preuve»¹⁰³.

La partie ne doit toutefois pas démontrer la norme juridique. «La preuve ne porte donc que sur l'existence des faits qui conditionnent l'application de la règle de droit. C'est ce que traduisent les deux adages suivants: "Da mihi factum, dabo tibi ius" et "Iura novit curia"»¹⁰⁴.

¹⁰³ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 84.

¹⁰⁴ F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve. Approche théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer, 2020, p. 47, qui cite P. FORIERS, selon qui (P. FORIERS, «Introduction au droit de la preuve», in *La pensée juridique de Paul Forières*, Bruxelles, Bruylant, 1982, II, p. 855) «la preuve judiciaire ne concerne en effet, selon un mécanisme traditionnel, que la preuve du fait, le droit étant censé connu du Juge. Il doit le savoir, donc il le sait, il le sait en tout cas parce qu'il le dit».

Section 3. Les faits allégués et contestés doivent être prouvés

L'article 8.3, alinéa 1^{er}, du Code civil reprend la règle actuellement admise¹⁰⁵ selon laquelle seuls les faits contestés doivent être prouvés.

Il appartient donc à la partie sur qui repose la charge de la preuve de prouver les éléments contestés et allégués.

Dans un arrêt du 18 avril 2008, la Cour de cassation rappelle que lorsqu'une partie s'est bornée à dénier l'existence d'une faute dans son chef, *sans contester* ni l'existence ni l'étendue du préjudice en relation causale avec cette faute, ces éléments ne devaient pas être prouvés. La Cour décide que « [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 »¹⁰⁶.

La première tâche du magistrat est donc de déterminer si les éléments à prouver sont contestés ou déniés. Rappelons qu'une « simple dénégation de celui contre lequel une allégation est formulée suffit pour qu'elle soit considérée comme contestée »¹⁰⁷.

Une dénégation est une contestation ; un silence est une absence de contestation.

Lorsqu'une prétention n'est pas contestée, elle ne peut être, *a priori*, écartée par le juge au motif qu'elle n'est pas prouvée. Il reste donc prudent pour la partie qui s'en prévaut de veiller à informer le tribunal afin de lui permettre de trancher le litige qui lui est soumis¹⁰⁸.

En effet, l'office du juge, actif, reste de mise et la prudence s'impose également à lui. Le juge, lorsqu'une allégation de fait n'est pas expressément contestée, peut déduire des écrits et pièces du dossier une contestation implicite de cette allégation et rétablir la charge de la preuve sur la partie qui s'en prévaut. En ce sens, Jean-Benoît 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 »¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Voy. D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 101, n° 22. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 5.

¹⁰⁶ Voy. Cass., 18 avril 2008, R.G. n° C.07.0409.F; voy. également Cass., 15 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 226.

¹⁰⁷ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 101, n° 22.

¹⁰⁸ J.-B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile? », *op. cit.*, p. 15705³.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 15705², qui cite J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Une théorie (belge) du fait constant? », in X., *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 286.

Nous partageons la position défendue par Jean-Benoît Hubin selon laquelle l'absence de contestation d'une partie ne peut donc, en principe, pas être assimilée à une acceptation ou à une reconnaissance des allégations de la partie adverse¹¹⁰.

En 2018, Jean-François van Drooghenbroeck 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 »¹¹¹.

La seconde question est de savoir si le juge peut ou doit considérer que le fait non contesté est prouvé. L'article 8.3, alinéa 1^{er}, ne se prononce pas sur cette question.

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 »¹¹². Autrement dit, le silence d'une partie ne signifie pas que le fait est prouvé. 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 contestation¹¹³⁻¹¹⁴.

Section 4. Les exceptions visées à l'article 8.3, alinéas 2 et 3, du Code civil

L'article 8.3, alinéa 2, mentionne des exceptions à ce principe, admises de longue date¹¹⁵ : ne doivent pas être prouvés les faits notoires et les règles d'expérience commune.

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) »¹¹⁶. Les règles d'expérience com-

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 291.

¹¹² Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265; Cass., 27 février 1998, R.G. n° C.97.0038.F, *Pas.*, 1998, I, p. 267.

¹¹³ Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265.

¹¹⁴ Cela présente un intérêt certain lorsque la preuve est libre (par exemple entre entreprises, entre particuliers ou contre un particulier d'un acte dont la valeur juridique est inférieure à 3 500 euros, etc.). Dans cette hypothèse, si le fait n'est pas du tout contesté, on peut se poser la question de savoir s'il doit être prouvé.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 12; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in

mune sont « des faits que toute personne peut expérimenter dans la vie courante (l'eau gèle à 0 °C par exemple) »¹¹⁷.

Dès lors, il est interdit 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 viole les articles 8.1, 9° 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. »¹¹⁸⁻¹¹⁹ À l'inverse, la Cour de cassation décide que : « Bien que le juge ne puisse tenir compte d'éléments de fait que les parties n'ont pu contredire et dont il n'a acquis la connaissance qu'en dehors des débats, il peut asseoir sa conviction sur des éléments de fait notoires qui sont d'expérience commune et qu'il n'a dès lors pas dû apprendre en dehors des débats, puisque, précisément en raison de leur nature, ces éléments de fait notoires font partie intégrante des débats ; la Cour vérifie si le fait qualifié par le juge de fait notoire peut bien être considéré comme tel et s'il n'est pas un fait particulier dont le juge a pris nécessairement connaissance en dehors des débats. »¹²⁰

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 cassation¹²¹. Les règles de droit sont toute forme de règle juridique, quelle qu'en soit la source (traité, règlement, directive, loi, décret, arrêté royal, etc.), en

D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, op. cit., p. 18 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », op. cit., p. 640. Sur la notion de faits notoires : voy. B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard. Over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 14.

¹¹⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 12.

¹¹⁸ 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. Voy. également D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », op. cit., n° 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.

¹¹⁹ 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 mérule peut affecter la stabilité d'un immeuble et requiert des mesures curatives immédiates (Cass., 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2008/30, p. 130, *Pas.*, 2008, I, p. 1576). *Contra* : 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.

¹²⁰ Cass., 7 février 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 321.

¹²¹ 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° 12.366, note FALLON ; Cass., février 2005, *J.T.T.*, 2005/16, n° 920, p. 261.

ce compris la coutume¹²². Par contre, les usages conventionnels ne constituent pas une règle de droit et doivent être prouvés¹²³.

Le juge doit connaître non seulement la loi nationale, mais il doit aussi rechercher le contenu et l'interprétation 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 concerné¹²⁴. Ainsi, « il appartient au juge saisi d'une demande fondée sur une disposition de droit étranger de déterminer le sens et la portée de ce droit, le cas échéant, après avoir recueilli à ce sujet les informations nécessaires et en respectant les droits de la défense »¹²⁵.

Il ressort des travaux effectués en Commission que « cette règle protège en outre le justiciable. [...] Cette jurisprudence 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 Londres¹²⁶ permet à la justice de recueillir des renseignements de différentes manières, par exemple par la voie diplomatique, et ce système fonctionne »¹²⁷.

Cette règle doit être articulée avec l'article 15 du Code de droit international privé¹²⁸.

¹²² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 12.

¹²³ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « 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 », *Rép. not.*, op. cit., p. 104. Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 12.

¹²⁴ Cass., 18 juin 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.366, note M. FALLON. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », op. cit., p. 19.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger du 7 juin 1968.

¹²⁷ 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.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 10.

¹²⁸ Voy. J.-B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile ? », op. cit., p. 15705² ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », op. cit., p. 19. L'article 15 du Code de droit international privé dispose : « § 1. 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. »

Chapitre 5. Charge de la preuve : une reformulation, une consécration et une innovation

Section 1. Disposition légale

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. »

La charge de la preuve est, selon une conception traditionnelle, l'« obligation » qui pèse sur une partie au procès d'établir un certain fait. Elle permet de déterminer *qui* doit apporter la preuve d'un élément déterminé¹²⁹.

Section 2. Sur qui pèse la charge de la preuve ?

Sous-section 1. Le principe

Les principes de base en matière de charge de la preuve ne sont pas fondamentalement modifiés.

L'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil réaffirme les deux règles de base contenues à l'article 1315 de l'ancien Code civil, tout en les reformulant¹³⁰.

L'article 1315 de l'ancien Code civil énonçait : « 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 était habituellement appliquée avec l'article 870 du

¹²⁹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 108 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 2360 ; B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierecht-spraak — (deel 1) », *R.D.J.P.*, 2009, p. 16.

¹³⁰ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *op. cit.*, p. 640 ; J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », in R. JAFFERALI (dir.), *Entre tradition et pragmatisme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 216.

Code judiciaire, lequel stipule : « Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue. »¹³¹

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. » (nous soulignons)

La formulation a été revue par rapport à l'article 1315 de l'ancien Code civil et « élargie au-delà du strict domaine du droit des obligations »¹³². Le terme « libéré » est conservé afin de ne pas exclure certains cas d'application visés par la jurisprudence de la Cour de cassation¹³³.

Le principe déduit de l'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, est qu'il appartient à celui qui fait valoir une prétention en justice de prouver son fondement. Lorsque l'existence d'une obligation est établie à charge d'une partie, il appartient à cette dernière de démontrer, le cas échéant, qu'elle en est libérée.

Sous-section 2. La charge de la preuve devient un risque

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 lui (preuve qu'il est libéré)¹³⁴.

Comme le souligne justement la doctrine¹³⁵, la mise en œuvre de la répartition de la charge de la preuve est plus complexe. Théoriquement, le défendeur peut

¹³¹ Sur le champ d'application de l'article 870 du Code judiciaire, voy. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Bruges, la Chartre, 2009, p. 162. Voy. également Cass., 18 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 42, p. 201, selon laquelle « l'article 870 du Code judiciaire n'est que la généralisation de la règle consacrée par l'article 1315 précité ».

¹³² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 13.

¹³³ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 21. Il ressort des travaux préparatoires que la disposition est inspirée de l'auteur français M. ΜΕΚΚΙ (« Charge de la preuve et présomptions légales – l'art de clarifier sans innover », *Droit et patrimoine*, septembre 2015, pp. 36 et s.). Ce dernier propose de remplacer le terme général « libéré » par les termes plus précis « droit modifié, nul ou éteint ». Le problème est que la Cour de cassation a utilisé l'article 1315, alinéa 2, de l'ancien Code civil dans des hypothèses qui rentrent difficilement dans les catégories « droit modifié, nul ou éteint ». On peut songer notamment à la jurisprudence sur la charge de la preuve en matière d'assurance incendie, où la Cour de cassation fait peser la preuve d'un incendie intentionnel dans le chef de l'assuré sur la compagnie d'assurance, en application de l'article 1315, alinéa 2, de l'ancien Code civil. On peut toutefois difficilement considérer dans ce cas que la compagnie soutient que le droit de l'assuré est « modifié, nul ou éteint ». Le terme général « libéré » est donc maintenu, parce qu'il est plus susceptible d'interprétation extensive. Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 13.

¹³⁴ Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, pp. 37 et s.

¹³⁵ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 109, n° 27 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n° 16.

attendre que le demandeur rapporte la preuve du fondement factuel et juridique de son droit mais en pratique, le défendeur a tout intérêt à « empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps »¹³⁶ dans le chef du tribunal. Dans la pratique, chacun aligne donc ses preuves. Si en présence de ce faisceau, le juge estime en savoir suffisamment, il statue en se fondant sur les éléments qui lui paraissent probants et il importe peu de savoir sur qui pesait le fardeau de la preuve¹³⁷.

La philosophie qui anime l'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, n'est donc pas tellement d'instaurer une règle chronologique mais bien « un processus dialectique dans lequel les prétentions de chacune des parties apparaissent comme antinomiques et où le juge devra en assumer, en quelque sorte, la synthèse ; synthèse singulière il est vrai, car la mission du juge n'est pas, en principe, de faire coexister les allégations de chacun des protagonistes mais bien d'opérer le choix entre ces dernières par application des règles de droit, en ce comprises celles relatives à la charge de la preuve »¹³⁸.

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. Les règles relatives à la charge de la preuve jouent un rôle crucial dans la détermination de savoir qui doit « supporter le risque du procès »¹³⁹.

Sous-section 3. Illustration en droit des obligations

L'article 5.239 du Code civil, applicable à partir du 1^{er} janvier 2023¹⁴⁰, traite de l'exception d'inexécution et dispose : « La preuve que le débiteur a exécuté ou offert d'exécuter son obligation incombe au débiteur. Si le créancier considère que cette exécution ou offre d'exécution n'est pas conforme à ce qui était dû, la preuve lui en incombe. » (§ 1^{er}, al. 2)

Il faut donc considérer que le créancier est celui qui met en œuvre la sanction, soit l'exception d'inexécution et le débiteur est celui contre lequel ce mécanisme est appliqué.

Selon les travaux préparatoires du livre 5, cette disposition vise à résoudre les controverses relatives à la charge de la preuve dans le sens suggéré par une partie de la doctrine¹⁴¹.

¹³⁶ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 109, n° 27 ; J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 217.

¹³⁷ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 109, n° 27.

¹³⁸ J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 217.

¹³⁹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 109-110, n° 27 et les références citées ; D. MOUGENOT, « La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : mission impossible ? », *D.A.O.R.*, 2006, pp. 310-311.

¹⁴⁰ Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

¹⁴¹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 275 et renvoi à D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsa-

En effet, relativement à la question de la charge de la preuve en matière d'exception d'inexécution, la jurisprudence de la Cour de cassation semblait contradictoire. Ainsi, la Cour considérait :

- d'une part, qu'« en raison de l'interdépendance des obligations réciproques des parties dans un contrat synallagmatique, la partie à un tel contrat qui demande l'exécution des obligations incombant à l'autre partie à la suite de l'exécution de ses propres obligations, doit établir qu'elle a rempli, ou offert de remplir, celles-ci »¹⁴² ;
- d'autre part, qu'« une partie à un contrat synallagmatique peut suspendre l'exécution de ses obligations si elle prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter ses propres obligations contractuelles »¹⁴³.

Adoptant la solution proposée par la doctrine¹⁴⁴ qui lève cette contradiction en distinguant la charge de la preuve selon que l'obligation est totalement ou partiellement exécutée¹⁴⁵, l'article 5.239, § 1^{er}, alinéa 2, confirme que « la preuve que le débiteur a exécuté ou offert d'exécuter son obligation incombe au débiteur » tout en précisant que « si le créancier considère que cette exécution ou offre d'exécution n'est pas conforme à ce qui était dû, la preuve lui en incombe ».

Section 3. La collaboration des parties à l'administration de la preuve, une consécration légale

Sous-section 1. Le principe

Le troisième alinéa de l'article 8.4 selon lequel « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve » constitue une consécration¹⁴⁶ de cette obligation, vue par certains auteurs comme une innovation¹⁴⁷. Il vise à rappeler l'obligation de toutes les parties à collaborer à l'administration de la preuve et à conférer une valeur légale à ce principe reconnu par la Cour de cassation comme un principe général de droit¹⁴⁸ et repris par l'article 871 du Code judiciaire.

bilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », in *Le juge et le contrat*, Bruges, la Charte, 2014, pp. 409 et s.

¹⁴² Cass., 25 juin 2004, R.G. n° C.03.0326.F, www.juportal.be.

¹⁴³ Cass., 15 juin 2000, R.G. n° C.97.0118.N ; Cass., 13 mai 2004, R.G. n° C.02.0497.N, www.juportal.be ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, vol. 9, p. 1979.

¹⁴⁴ Proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 274.

¹⁴⁵ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », *op. cit.*, pp. 415-427 ; R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations ? Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019/35, n° 6789, p. 716, n° 7 et p. 721, n° 14.

¹⁴⁶ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 21 ; J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 217 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive ! », *op. cit.*, p. 640.

¹⁴⁷ F. GEORGE et G. GENICOT, « La rencontre du droit de la responsabilité (médicale) et du (nouveau) droit de la preuve », *J.L.M.B.*, 2022/24, p. 1070.

¹⁴⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 13. Cass., 25 septembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1424 ; Cass., 4 juin 2015, R.G. n° C.14.0479.F, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296, *Pas.*, 2015, p. 1442, concl. A. HENKES ; Cass., 7 juin 2019, R.G. n° C.18.0523.N, *R.C.J.B.*, 2021/2, pp. 249-251.

Il s'agit d'un véritable devoir de « coopération à la manifestation de la vérité » qui prend place avant que n'opère la charge de la preuve¹⁴⁹.

Ce troisième alinéa vise également à mettre fin aux controverses sur son champ d'application. Selon une partie de la doctrine, « cette obligation de collaboration des parties devait s'entendre *sensu stricto*, c'est-à-dire comme l'obligation pour les parties de collaborer à l'administration de la preuve à la demande de juge »¹⁵⁰. Pour d'autres auteurs, « il existait un devoir général de collaboration loyale des parties au procès, et ce, même en l'absence d'injonction du juge¹⁵¹, en application du principe général de bonne foi »¹⁵².

Les décisions des juges du fond¹⁵³ et les récents arrêts de la Cour de cassation¹⁵⁴ plaidaient clairement en faveur de cette seconde solution, laquelle est entérinée à l'article 8.4 du Code civil.

Le principal avantage du devoir particulier de collaboration des parties est de venir au secours de la partie qui est face à un déficit d'information (*bewijsnood*)¹⁵⁵.

¹⁴⁹ 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*, coll. CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 32-33. D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. II, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 476-478; 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.

¹⁵⁰ V. RONNEAU, « La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, spéc. p. 225. Voy. les références citées: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 214; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story Publishers, 2012, p. 135.

¹⁵¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, p. 470; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 31; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 2361, n° 1651.

¹⁵² V. RONNEAU, « La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, pp. 225-226. Voy. les références citées: P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s., spéc. p. 108, n° 15; F. MOURLOU BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 45. Certains auteurs fondent ce principe sur le devoir de loyauté procédurale (voy. D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », in X., *Droit judiciaire. Commentaires pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. VI.1-1 à VI.1-78; D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, nos 9-10, pp. 595-596; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 132b, pp. 187-188; J. VAN COMPENOLLE, « Principes directeurs du procès civil », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. II, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, n° 1.55, p. 62).

¹⁵³ Bruxelles (20^e ch.), 25 mars 2014, *T.B.O.*, 2016, p. 54; Bruxelles, 27 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 284; Civ. Malines (4^e ch.), 23 mai 2012, *R.W.*, 2014-2015, col. 393; Civ. Gand (14^e ch.), 14 septembre 2010, *R.D.J.P.*, 2011, p. 76; Pol. Bruxelles, 7 décembre 2001, *J.J.Pol.*, 2012, p. 41.

¹⁵⁴ Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2547, *R.W.*, 2015-2016 (somm.), col. 898; Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2216, *Arr. Cass.*, 2013, p. 2401; Cass., 18 janvier 2007, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 27; Cass., 10 décembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1998, *Pas.*, 2004, p. 1962. Pour un commentaire de ces arrêts, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013 », *op. cit.*, pp. 701-707.

¹⁵⁵ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 362.

Comme l'explique Wannes Vandebussche, cette solution connaît cependant certaines limites¹⁵⁶:

- Premièrement, l'usage de ce processus implique une asymétrie d'informations entre les parties. Le principe suppose que l'autre partie dispose de l'information pertinente ou puisse en disposer facilement.
- Deuxièmement, cette obligation spécifique de fournir des informations est « une garantie d'information, mais ne garantit pas que des preuves seront obtenues »¹⁵⁷. La collaboration active de l'autre partie pourra être vue comme suffisante par le juge, quand bien même elle ne fournirait que les éléments auxquels elle peut raisonnablement avoir accès.
- Enfin, le juge n'a pas de réelle possibilité de contrôle de l'exhaustivité des informations communiquées. Doit-il envisager de sanctionner la partie qui soutient ne pas ou ne plus disposer de la pièce ou de l'information alléguée par le demandeur?

Si le livre 8 a le mérite de marquer noir sur blanc ce devoir de coopération à la manifestation de la vérité, en pratique, un déséquilibre peut toujours persister dans l'accès et la disposition des informations contenues par chaque partie, sans que le juge ne puisse les contrôler.

Notons que, dans un arrêt du 7 juin 2019¹⁵⁸ relatif à un litige successoral, la Cour de cassation décide que « le principe général du droit suivant lequel les parties au procès sont tenues de collaborer loyalement à l'administration de la preuve a pour effet que, lorsque le demandeur [c'est-à-dire l'héritier] fournit des indices suffisants de l'absence de tout fondement juridique, il appartient au défendeur [c'est-à-dire l'aidant proche] à l'action de *in rem verso* de démontrer l'existence d'un fondement juridique ». Selon Wannes Vandebussche, la portée de cet arrêt est la suivante: « Il a le mérite d'établir sans équivoque, d'une part, qu'une partie qui ne supporte pas la charge de la preuve a l'obligation de contribuer à la clarification des faits allégués et contestés, même en l'absence d'une instruction du juge et, d'autre part, que cette obligation peut même, dans certains cas, consister à produire des éléments de preuve. Sur ce dernier point, la Cour de cassation fait un pas en avant par rapport à sa jurisprudence antérieure. » « C'est dans la recherche d'une compréhension plus approfondie de cette dimension, qui est maintenant ancrée dans l'article 8.4, alinéa 3 du Code civil, que l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2019 joue un rôle. »¹⁵⁹

¹⁵⁶ *Ibid.*, n° 364.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Cass., 7 juin 2019, R.G. n° C.18.0523.N.

¹⁵⁹ W. VANDENBUSSCHE, « L'obligation de collaborer à l'administration de la preuve: précisions sur la portée d'un principe particulier », *R.C.J.B.*, 2021/2, pp. 277 et 279.

Sous-section 2. Les sanctions 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*¹⁶⁰, 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 judiciaire¹⁶¹.

Comme l'indique Virginie 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 780*bis* du Code judiciaire), ou encore assortir d'astreinte la tenue d'une mesure d'expertise »¹⁶². Le juge pourrait également tirer parti de l'article 972*bis*¹⁶³ du Code judiciaire et tenir compte d'un refus de collaboration au titre de présomption pour fonder sa conviction¹⁶⁴.

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. En cette hypothèse, à manier avec la plus grande vigilance, le défaut de collaboration à la preuve ne relève plus uniquement de l'administration de la preuve, mais aura une incidence certaine sur la répartition de la charge de la preuve.

Section 4. Le risque de la preuve

L'alinéa 4 de l'article 8.4 introduit la théorie du risque de la preuve dans le nouveau Code civil, théorie déjà admise en jurisprudence et en doctrine¹⁶⁵. La

¹⁶⁰ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 23.

¹⁶¹ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 24.

¹⁶² V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 23 et la jurisprudence citée en note 48.

¹⁶³ Article 972*bis* : « § 1. Les parties sont tenues de collaborer à l'expertise. À 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, § 1^{er}, 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. »

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14. Voy. également F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *op. cit.*, 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 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, pp. 37 et s. ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 109-110, n° 27 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*,

théorie du risque de la preuve détermine, en cas de doute persistant, celui qui assume le risque de la preuve et succombe¹⁶⁶ : « L'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve. »¹⁶⁷

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 ».

Section 5. L'innovation : le renversement de la charge de la preuve

Sous-section 1. Considérations générales

L'article 8.4, alinéa 5, du Code civil constitue l'une des grandes nouveautés¹⁶⁸ introduites par la loi du 13 avril 2019 en ce qu'il introduit une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »¹⁶⁹.

Il dispose que « [l]e 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 »¹⁷⁰.

Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, les juges, confrontés à une répartition déséquilibrée de la charge preuve, y remédiaient de façon cachée¹⁷¹ ou indirecte, « en se fondant tantôt sur l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, tantôt sur le principe de collaboration à l'administration de la preuve »¹⁷². Le législa-

op. cit., n° 16 ; J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 217. Sur la théorie des risques, voy. également M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 815-849.

¹⁶⁶ 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 ! », *op. cit.*, p. 641 ; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶⁷ *Voy. supra*, sous-section 2 de la section 2 du présent chapitre. Cass., 17 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1119 ; Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 629. *Voy. également* Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. Cass.*, 1962, civ. IV, n° 105, cité par J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 219.

¹⁶⁸ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 35.

¹⁶⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14 ; Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 5.

¹⁷⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 36.

teur, en prévoyant expressément une faculté pour le juge de renverser la charge de la preuve et en soumettant cette faculté à des conditions strictes, vise à renforcer la sécurité juridique.

Sous-section 2. Conditions d'application cumulatives

Le législateur a pris soin de baliser cette faculté offerte au juge en prévoyant des conditions particulièrement strictes.

Trois critères doivent être cumulativement remplis¹⁷³ dont le juge doit constater la réunion par un jugement spécialement motivé :

1. Le juge doit d'abord « explorer toutes les possibilités de la collaboration des parties à l'administration de la preuve »¹⁷⁴. C'est un réel « *ultimum remedium* »¹⁷⁵. 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 cinquième alinéa¹⁷⁶.
2. Le juge ne peut faire usage de cette règle qu'en présence de « circonstances exceptionnelles ».
3. Cette faculté ne pourra être mise en œuvre que « lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable »¹⁷⁷.

Les termes « circonstances exceptionnelles » et « manifestement déraisonnable » devront inciter le juge à la prudence dans l'application très stricte de cette règle¹⁷⁸. Les travaux préparatoires ne précisent pas ce qu'il convient d'entendre par ces mots ; la seule précision trouvée au sein de l'exposé des motifs est que « la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve »¹⁷⁹.

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 »¹⁸⁰. L'application de cette faculté doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »¹⁸¹.

¹⁷³ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ 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.

Sous-section 3. Hypothèses visées par les travaux préparatoires

Les travaux préparatoires renseignent trois 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. »¹⁸²

§ 1. Disparition de l'élément de preuve

La première hypothèse visée est la disparition de l'élément de preuve.

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. »¹⁸³ 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 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

¹⁸² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, pp. 14-15 (nous soulignons).

¹⁸³ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 35.

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 »¹⁸⁴.

Nous partageons la position stricte défendue par une certaine doctrine¹⁸⁵ qui énonce que « pour peu qu'il faille considérer la disparition d'un élément probatoire comme un événement exceptionnel¹⁸⁶, l'application stricte de cette règle en cas de disparition non fautive de la preuve pourra aboutir à des conséquences tout aussi inéquitables que les circonstances qui ont présidé à son utilisation ». Autrement dit, faut-il sanctionner, en opérant un renversement de la charge de la preuve, celui qui a fait disparaître, de manière non fautive (par exemple le délai légal ou normalement requis d'archivage étant largement expiré), un élément probatoire dont il pouvait légitimement ignorer l'importance pour la solution d'un litige ?

Les travaux préparatoires paraissent aller à l'encontre du texte de loi¹⁸⁷ lorsqu'ils énoncent que « le juge pourra appliquer ce texte lorsque la collaboration à l'administration de la preuve est inopérante, parce que la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait, que la disparition de cette preuve soit ou non imputable à une faute de sa part. 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 » (nous soulignons).

Selon nous, les circonstances concrètes liées à la disparition de l'élément probatoire devront être scrupuleusement analysées par le juge ; tout en rappelant que la disparition de l'élément probatoire doit être exceptionnelle et que l'application classique des règles de preuve est « manifestement déraisonnable ». Il convient de ne pas aboutir à la solution inéquitable inverse.

Sophie Van Bree distingue les quatre cas suivants¹⁸⁸ :

1. la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, conformément à ses pratiques ou règles en matière d'archivage, sans réserver à la pièce un traitement différent ;
2. la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage ;

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 222 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *A.D.L.*, vol. 78, 2018, n° 3, p. 403.

¹⁸⁶ Voy. deuxième condition d'application de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil.

¹⁸⁷ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, n° 3, p. 404.

¹⁸⁸ S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 109-110.

3. la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses règles en matière d'archivage, sans réserver à la pièce un traitement différent, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige ;
4. la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses règles en matière d'archivage, en lui réservant un traitement différent, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige.

Cette soupape de sécurité pourrait, de manière exceptionnelle, présenter un intérêt dans les litiges en responsabilité médicale et en cas de perte du dossier médical du patient-plaignant d'un manquement au devoir d'information¹⁸⁹. Rappelons qu'il ressort des travaux préparatoires qu'il n'y a pas lieu de renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve pertinent se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal, parce que, dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution¹⁹⁰.

§ 2. Le défaut de collaboration à l'administration de la preuve

La deuxième hypothèse vise le défaut de collaboration à l'administration de la preuve par une partie. Le juge pourrait sanctionner, *les autres conditions étant réunies*, ce refus en opérant un renversement de la charge de la preuve¹⁹¹. Le droit belge s'inspire de la solution connue en droits allemand, suisse et autri-

¹⁸⁹ À ce sujet, voy. notamment l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 juin 2020, qui « présente tous les atours d'un arrêt de principe », au sein duquel celle-ci a décidé que, lorsqu'un patient prétend avoir subi un dommage parce que son médecin ne lui a pas fourni les informations prescrites par l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, qui lui auraient permis de consentir librement à l'intervention, il doit non seulement prouver que le médecin avait le devoir de lui fournir ces informations, mais aussi qu'il ne l'a pas fait. Selon Gilles Genicot, « il ressort de cet arrêt [...] que la charge de la preuve en matière d'obligation d'information du médecin repose bel et bien sur le patient. Son enseignement, dépourvu d'ambiguïté et qui s'applique à toute action en responsabilité, quelle qu'elle soit, fait désormais figure de principe [...] : la charge de la preuve du fait générateur, du dommage et du lien causal entre les deux repose en règle, sauf dérogation légale ou contractuelle, sur la partie préjudiciée, et il n'en va pas autrement lorsque celle-ci allègue avoir subi un dommage en raison de ce qu'un médecin s'est abstenu de lui transmettre les informations énumérées dans l'article 8 de la loi relative aux droits du patient ». Voy. Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0343.N, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1677, note G. GENICOT et D. PHILIPPE ; Cass., 31 mars 2022, R.G. n° C.20.0384.N, *N.j.W.*, 2022, n° 467, p. 642 et G. GENICOT, « La sanction d'une méconnaissance du droit du patient à l'information et au consentement éclairé », *Pli jur.*, 2022, n° 60, pp. 4-5.

¹⁹⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14 : « 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 » (*ibid.*, p. 15), il ne peut recourir à la faculté subsidiaire de renverser la charge de la preuve (F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *op. cit.*, p. 642, n° 18).

¹⁹¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 14 ; Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calonne et Mme Özlem Özen précité, p. 36.

chien en matière d'obstruction en matière de preuve (*Beweisvereitelung*); obstruction sanctionnée par un renversement de la charge de la preuve¹⁹².

Wannes Vandebussche donne des exemples tirés du droit allemand ou du droit belge :

- le défaut de communiquer les radiographies et les résultats d'un encéphalogramme ;
- le défaut de communiquer l'identité de l'unique témoin d'un accident ;
- la suppression de documents issus du dossier d'un patient¹⁹³.

Il apparaît qu'en tout état de cause, le juge, s'il fait usage de cette faculté, devra préalablement enjoindre à la partie détenant un élément probatoire décisif de déposer celui-ci en application de l'article 871 du Code judiciaire. Il nous semble que le renversement de la charge de la preuve ne peut être mobilisé, toutes autres conditions étant réunies, qu'en cas de refus *fautif* de collaboration d'une partie à l'administration de la preuve.

§ 3. Déséquilibre important dans l'aptitude de la preuve

La troisième hypothèse visée est celle d'« un déséquilibre important dans l'aptitude de la preuve, lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties »¹⁹⁴. Les travaux préparatoires visent à titre d'exemple le cas d'« un particulier contre une grande entreprise ».

¹⁹² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 15.

¹⁹³ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 263. Voy. également V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », op. cit., pp. 28-29. L'auteur reprend notamment un arrêt de la Cour fédérale de justice allemande, juridiction saisie par un patient qui reprochait au chirurgien l'ayant opéré de calculs biliaires d'avoir laissé une pierre résiduelle. Les radiographies postopératoires avaient disparu. La Cour énonce: « L'une des tâches organisationnelles de l'hôpital consiste à sécuriser les documents qui fournissent des informations sur le processus de traitement. S'il s'avère nécessaire de remettre les dossiers médicaux à un autre organisme, il incombe à l'hôpital de documenter quand il a transmis les documents à quel organisme et dans quel but. Si l'hôpital reçoit les documents en retour, il doit également le noter; s'il ne les reçoit pas dans un délai raisonnable, il est alors tenu de veiller à leur restitution; ces efforts et leur succès doivent également être documentés. Dans tous les cas, le prestataire hospitalier doit veiller à ce que les dossiers médicaux soient clairement localisés, ce que le défendeur n'a pas fait. » Eu égard à ces manquements, il s'ensuit que le patient « est exonéré de la preuve de son allégation que la pierre restante était reconnaissable sur les radiographies prises pendant l'opération [...]; [c]ela signifie qu'il appartient maintenant [à l'hôpital] de prouver que la pierre restante n'était pas reconnaissable par le chirurgien [...] lors de l'opération ». Il est à noter que la Cour de cassation française a « passé » un cap complémentaire en établissant, dans un arrêt du 26 septembre 2018, une présomption de faute du médecin liée à la disparition du dossier médical du patient (indemnisation de la perte d'une chance de prouver). La Cour admet que la perte ou la disparition du dossier médical a pour conséquence que la clinique est tenue d'indemniser la perte, dans le chef du patient, d'une chance de prouver qu'une faute médicale lors de sa prise en charge est à l'origine de son dommage corporel. Voy. Cass. fr. (1^{re} civ.), 26 septembre 2018, D., 2018, p. 2161 et G. GENICOT, « La sanction d'une méconnaissance du droit du patient à l'information et au consentement éclairé », op. cit., p. 7.

¹⁹⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 15.

Comme le rappelle Florence George, l'hypothèse visée par le législateur s'inscrit dans la ligne droite d'un arrêt du 18 décembre 2014 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹⁵ qui a estimé que les dispositions de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, doivent être interprétées en ce sens que :

- d'une part, elles s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle la charge de la preuve de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive 2008/48 repose sur le consommateur ; et
- d'autre part, elles s'opposent à ce que, en raison d'une clause type, le juge doive considérer que le consommateur a reconnu la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, cette clause entraînant ainsi un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations de nature à compromettre l'effectivité des droits reconnus par la directive 2008/48.

Une référence explicite à cette aptitude à la preuve figure dans quelques rares décisions publiées en matière bancaire¹⁹⁶.

Il convient, encore et toujours, de rappeler que les conditions d'application sont strictes et l'existence d'un déséquilibre économique entre les parties 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 la 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 8.6 du nouveau Code civil, lorsque la preuve certaine du fait à prouver ne peut raisonnablement être rapportée.

La théorie de la meilleure aptitude à la preuve doit être appliquée avec grande circonspection par le magistrat et outre l'établissement des conditions strictes reprises ci-avant, uniquement après avoir invité/rappelé aux parties qu'elles devaient collaborer à l'administration de la preuve¹⁹⁷ et en tenant compte du degré de preuve requis par l'article 8.6 du Code civil. « L'exercice est périlleux et le juge devra se garder de toute conclusion hâtive fondée sur une asymétrie de façade quant à l'existence d'un déséquilibre dans l'aptitude à la preuve. »¹⁹⁸

¹⁹⁵ C.J.U.E., 18 décembre 2014, C-449/13, C.A. *Consumer Finance c. Bakkaus*, pt 27.

¹⁹⁶ Voy. Anvers, 15 juin 2015, *Limb. Rechtsl.*, 2016, p. 30, note VANDENBUSSCHE et PEERAER et les références citées par J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », op. cit., p. 226, notes de bas de page 65 à 68.

¹⁹⁷ Effectivement, si la partie adverse, partie « forte », détient la pièce, le juge peut tout à fait l'enjoindre de la déposer (article 871 du Code judiciaire) et en cas de refus, toutes autres conditions étant réunies, faire usage de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil en ce qu'il peut sanctionner le refus (fautif) de collaboration d'une partie.

¹⁹⁸ J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », op. cit., p. 227.

Sous-section 4. Essai de synthèse

Avant de renverser la charge de la preuve, le raisonnement du magistrat devrait, à notre sens, être le suivant :

- inviter les parties à collaborer à l'administration de la preuve et tenir compte de leur collaboration ;
- enjoindre à la partie disposant d'éléments de preuve décisifs de les produire ;
- tenir compte du degré de preuve requis par les articles 8.5 et 8.6 du Code civil ;
- analyser strictement les deux autres conditions cumulatives de l'article 8.4, alinéa 5 (« circonstances exceptionnelles » et « caractère manifestement déraisonnable »), tout en gardant à l'esprit la règle du risque de la preuve.

Les travaux préparatoires soulèvent la crainte de certains auteurs concernant le risque d'arbitraire qui pourrait découler de la possibilité laissée au juge de renverser la charge de la preuve. La question s'est posée de savoir si une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, CEDH) était à craindre¹⁹⁹. Selon Benoît Allemeersch et Anne-Sophie Houtmeyers, la possibilité conférée au magistrat par l'article 8.4, alinéa 5, n'est pas contraire à l'article 6 de la CEDH²⁰⁰. Cette position est également défendue par Virginie Ronneau²⁰¹. En effet, l'article 6 de la CEDH laisse intact le pouvoir du législateur national de légiférer en droit de la preuve et il n'appartient pas à la Cour de se substituer aux juridictions nationales, sauf en cas d'arbitraire manifeste²⁰². Il revient en effet en premier lieu aux autorités nationales, dont les cours et tribunaux, à appliquer la loi nationale et à résoudre les problèmes d'interprétation qui en résulteraient. L'article 6 de la CEDH requiert uniquement le respect du droit à un procès équitable et, partant, l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil s'inscrit dans ce cadre en consacrant l'existence d'une « soupape de sécurité » en présence de circonstances exceptionnelles²⁰³ ; la motivation de la décision du juge étant en outre soumise à la censure de la Cour de cassation²⁰⁴.

¹⁹⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 15.

²⁰⁰ Cette disposition consacre le principe de l'égalité des armes qui vise « à maintenir un juste équilibre entre les parties au procès. Il implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». Voy. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 30 et la jurisprudence de la Cour eur. D.H. citée.

²⁰¹ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 30.

²⁰² *Ibid.*, p. 31. La décision arbitraire manifeste est retenue (exceptionnellement) lorsque les juridictions nationales ont appliqué le droit dans un cas particulier de manière manifestement erronée ou d'une façon qui amène à des conclusions arbitraires et/ou à un déni de justice. (Cour. eur. D.H., arrêt *Andelkovic c. Serbie*, 9 avril 2013, n° 1401/08, § 24).

²⁰³ B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 630.

²⁰⁴ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 32.

Il convient également de rappeler une limite procédurale importante pour le praticien. Le juge ne pourra faire usage de la disposition qu'après avoir entendu les parties. Si ces dernières n'ont pas sollicité l'application de l'article 8.4, alinéa 5, le juge devra d'abord ordonner une réouverture des débats en application de l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire. Les plaideurs auront donc intérêt à l'invoquer, dès le début du litige, même à titre subsidiaire, pour éviter une réouverture des débats qui interviendrait plusieurs années plus tard devant certaines juridictions²⁰⁵.

Sous-section 5. Illustrations

Nous pouvons notamment épingler trois décisions au sein desquelles les juridictions analysent la possibilité offerte au juge de renverser la charge de la preuve. Les deux premières décisions mettent en avant le caractère exceptionnel et subsidiaire du mécanisme de renversement de la charge de la preuve, d'une part, et les étapes préalables étant l'analyse du degré de preuve requis et du devoir de collaboration des parties, d'autre part.

Notons que sous l'angle de droit transitoire, et même si les décisions illustrant notre propos ne le précisent pas toutes *expressis verbis*, la faculté nouvelle octroyée au juge par l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil est à classer parmi les règles de procédure, lesquelles sont immédiatement applicables²⁰⁶.

§ 1. Arrêt du 17 janvier 2022 de la cour du travail de Bruxelles

Dans un arrêt du 17 janvier 2022²⁰⁷, la cour du travail de Bruxelles, à laquelle était soumise une demande d'un travailleur portant sur l'indemnisation d'heures supplémentaires, n'a pas renversé la charge de la preuve, en tenant compte du degré de preuve visé à l'article 8.5 du Code civil. La cour a néanmoins rappelé que « [p]our sanctionner le refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve, le juge peut, par une décision motivée, déterminer qui supportera la charge (et donc le risque) de l'administration de la preuve (article 8.4, alinéa 5, C. civ.). L'employeur qui ne collabore pas loyalement à l'administration de la preuve et, pire, fait obstruction à la manifestation de la vérité judiciaire, pourrait s'exposer à une décision de ce type. Cette mesure n'est cependant pas nécessaire lorsque le travailleur apporte la preuve du bien-fondé de sa prétention avec un degré raisonnable de certitude ». Cette décision doit être avalisée.

²⁰⁵ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *op. cit.*, p. 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*, *op. cit.*, p. 186.

²⁰⁶ Voy. *infra*, chapitre 10 au sein de la présente contribution et l'analyse de l'article 3 du Code judiciaire. Voy. également F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve : droit transitoire », *op. cit.*, p. 281 et Trib. entr. Liège, div. Liège (4^e ch.), 25 juin 2021, *J.L.M.B.*, 2021/32, pp. 1456-1465.

²⁰⁷ C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 17 janvier 2022, *J.T.T.*, 2022, liv. 1430, p. 274.

§ 2. Jugement du 18 janvier 2020 du tribunal de première instance de Liège

Dans un jugement du 18 janvier 2020²⁰⁸, le tribunal de première instance de Liège, auquel est soumis un litige en matière de responsabilité médicale²⁰⁹, pose clairement la question suivante : la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de charge de la preuve du devoir d'information peut-elle être remise en cause par les nouvelles dispositions légales en matière de preuve ? Le tribunal rappelle longuement les principes applicables repris aux articles 8.4, 8.5 et 8.6 du Code civil.

En l'espèce, la patiente soutenait que les informations qui lui avaient été données par le chirurgien orthopédique, à la suite du placement d'une prothèse au genou, manquaient de précisions (manquement à l'obligation d'information). L'absence d'information relative au type de prothèse et aux matériaux composant celle-ci, alors que la patiente présentait une allergie au nickel, était, d'après cette dernière, en lien causal avec le dommage subi. La demanderesse invoquait le nouvel article 8.4 du Code civil et, renversant la charge de la preuve, soutenait que le médecin était dans l'impossibilité de fournir la preuve que l'information lui avait été donnée.

Le tribunal déboute la demanderesse, en faisant application des balises contenues à l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil dont notamment le principe de *subsidiarité*. L'analyse obligatoire préalable du devoir de collaboration des parties et de la règle relative au degré de preuve requis (dont la preuve avec vraisemblance visée à l'article 8.6) est épinglée par le tribunal :

« La patiente semble considérer qu'il y aurait lieu à renversement de la charge de la preuve, de sorte qu'il incomberait au médecin de fournir la preuve de l'information qu'il lui a donnée.

Or, comme dit ci-avant, le renversement de la charge de la preuve tel que prévu par l'article 8.4, alinéa 5, ne peut se faire que si trois conditions cumulatives sont rencontrées, à savoir :

- si le juge 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 ;
- en cas de circonstances exceptionnelles ;
- si l'application des autres règles serait manifestement déraisonnable.

²⁰⁸ Civ. Liège, div. Liège, 18 janvier 2020, J.L.M.B., 2022, n° 177. Voy. F. GEORGE et G. GENICOT, « La rencontre du droit de la responsabilité (médicale) et du (nouveau) droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 1067-1077.

²⁰⁹ En matière de responsabilité médicale, voy. également Liège (3^e ch. C.), 13 octobre 2021, R.G. n° 020/RG/153, *For. Ass.*, 2022/3, pp. 53-56 : « Lorsqu'un patient soutient avoir subi un dommage parce que son médecin ne lui a pas fourni les informations qui lui auraient permis de consentir librement à l'intervention, il doit non seulement prouver que le médecin avait le devoir de lui fournir ces informations, mais aussi qu'il ne l'a pas fait. Même si la preuve d'un fait négatif est plus ardue, elle ne justifie pas de renverser la charge de la preuve. Toutefois, sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. »

La doctrine invoquée reconnaît que le recours à l'article 8.4, alinéa 5, en matière d'obligation d'information du médecin est délicat. *L'auteur rappelle que la faculté offerte au juge de renverser la charge de la preuve reste un remède subsidiaire et que par conséquent, avant d'arbitrer la charge de la preuve, le juge doit vérifier que les principes de collaboration à l'administration de la charge de la preuve sont inopérants.* L'auteur est d'avis « qu'il importe pour le juge de vérifier si le litige ne peut être appréhendé sous l'angle du degré de preuve. À notre estime, il est préférable de privilégier l'article 8.6 du nouveau Code civil. Ce dernier permet au juge de se contenter d'une preuve par vraisemblance et d'être plus souple dans l'appréciation de la preuve. Comme l'indique Virginie Ronneau, lorsque la preuve porte sur un fait négatif (par exemple, la preuve du défaut d'information par un professionnel de la santé), l'application des articles 8.5 et 8.6 doit primer. Le recours à l'article 8.4, alinéa 5, n'est toutefois pas à exclure de manière automatique. On pourrait, par exemple, l'envisager dans le cas du médecin qui aurait perdu le dossier médical de son patient ou lorsque les formulaires à compléter en ligne de l'hôpital ne seraient plus disponibles. À tout le moins, il conviendra de vérifier, au regard des circonstances du cas d'espèce, si les différents critères et balises instaurés par le législateur sont réunis, ce qui ne sera *a priori* guère fréquent ».

En l'espèce, la patiente ne justifie nullement que les conditions requises pour admettre un renversement de la charge de la preuve seraient rencontrées. L'on ne voit pas quelles circonstances exceptionnelles le justifieraient ni en quoi l'application des autres règles serait manifestement déraisonnable. *Le médecin a collaboré à l'administration de la preuve, en produisant notamment les différents courriers et rapports relatifs aux consultations et traitements de la patiente [...]. Les conditions requises pour le renversement de la charge de la preuve ne sont pas réunies, à défaut de circonstances exceptionnelles et de solution manifestement déraisonnable.* (nous soulignons)

§ 3. Jugement du 25 juin 2021 rendu par le tribunal de l'entreprise de Liège

Dans un jugement du 25 juin 2021²¹⁰ prononcé en matière d'assurances incendie, le tribunal de l'entreprise de Liège décide de renverser la charge de la preuve au détriment de la compagnie d'assurances après une analyse rigoureuse des circonstances concrètes de l'espèce :

« Lorsqu'il s'avère qu'aucune constatation n'est plus possible suite à la destruction du bingo à l'initiative de l'assureur et la décision de celui-ci de libérer les lieux et de ne plus effectuer aucune investigation sur place, sans toutefois informer l'exploitant du fait que le bingo a été détruit, il y a lieu d'inverser la charge de la preuve de sorte qu'il appartient à l'assureur de démontrer qu'un défaut du bingo n'est pas à l'origine de l'incendie, ce que celui-ci ne fait pas en l'espèce avec suffisamment de vraisemblance. [...]

En d'autres termes, alors que les parties avaient d'emblée à tout le moins sérieusement envisagé que le bingo puisse être la cause de l'incendie et que celui-ci a été emporté à la demande d'Axa, assureur de T., pour le soumettre à l'expertise de l'ISSEP, Axa a fait détruire le bingo (le 1^{er} avril 2016) avant même d'avoir

²¹⁰ Trib. entr. Liège, div. Liège (4^e ch.), 25 juin 2021, J.L.M.B., 2021/32, pp. 1456-1465.

obtenu les conclusions de l'ISSEP (fin mai 2016) et de les avoir transmises au conseil de l'exploitant du café, ceci alors que, en outre :

- le rapport de l'ISSEP conclut que l'incendie trouve son origine dans le bingo vu l'état de ce dernier et vu les composantes de ce type d'appareil, mais précise ne pas avoir procédé à un examen approfondi de ce dernier (pour un motif qui échappe à ce tribunal), et que
- il avait été proposé à Axa de soit libérer les lieux de l'incendie, soit avoir la possibilité de réaliser d'autres investigations sur place, ce à quoi Axa finira par répondre que les lieux peuvent être libérés, après avoir gardé le silence à ce sujet entre le 23 décembre 2016 et le 12 avril 2017, soit près de cinq mois, et que
- encore en février 2017, Axa prétendait ne pas pouvoir prendre position dans ce dossier, du fait d'investigations techniques en cours.

Le "rôle" exact du bingo dans l'incendie, au-delà des conclusions de l'ISSEP, ne peut plus être déterminé, ceci à la suite d'une instruction du conseiller technique mandaté par Axa, agissant manifestement dans le cadre de ce mandat (ce qui n'est pas contesté). Dans un tel contexte, il ne peut du reste être reproché à l'exploitant de ne pas avoir pris d'initiative, puisque l'initiative était déjà prise par Axa... le bingo étant examiné par l'ISSEP (!). Le conseil de l'exploitant était en contact régulier avec Axa. Il suffisait d'attendre le rapport de l'ISSEP et d'éventuellement solliciter des investigations complémentaires, s'il subsistait un doute. *C'est Axa qui a rendu impossible toute autre investigation.*

En l'espèce, tout le monde s'accorde sur le fait qu'il n'est plus possible de constater quoi que ce soit, le bingo ayant été détruit et Axa ayant accepté de libérer les lieux estimant ne plus devoir faire d'investigation sur place, tout en n'informant pas l'exploitant du fait que le bingo avait été détruit.

Aucune mesure d'instruction ne paraît de nature à permettre encore aujourd'hui de déterminer la cause de l'incendie avec un degré suffisant de certitude.

Par conséquent, vu les circonstances exceptionnelles ci-dessus, il y a bel et bien lieu de faire application de la nouvelle possibilité octroyée par l'article 8.4, alinéa 5, du (nouveau) Code civil et de considérer que, en l'espèce, il appartient à Axa de démontrer qu'un défaut du bingo n'est pas à l'origine de l'incendie, ce qu'Axa ne fait pas avec suffisamment de vraisemblance. La demande de l'exploitant est donc fondée dans son principe.» (nous soulignons)

Chapitre 6. Le degré de la preuve

Section 1. Principe : un degré raisonnable de certitude

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 » (nous soulignons).

Le niveau de preuve attendu ne doit pas conduire à une « certitude à 100 % »²¹¹, mais à « une conviction qui exclut tout doute raisonnable »²¹².

²¹¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 16.

²¹² *Ibid.*

Section 2. Tempérament : la preuve par vraisemblance

Sous-section 1. L'article 8.6 du Code civil

L'article 8.6 du Code civil dispose :

« Sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait.

La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine. »

Sous-section 2. Les faits négatifs

L'article 8.6 du Code civil introduit un tempérament à l'exigence d'une preuve certaine pour les faits négatifs et consacre la jurisprudence classique de la Cour de cassation²¹³ et de la Cour de justice de l'Union européenne²¹⁴ 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 ». 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 »*²¹⁵. Le nouveau Code civil est totalement en phase avec cet enseignement²¹⁶.

²¹³ 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 », *Rép. not., op. cit.*, pp. 101 et s., n° 23. Voy. 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.

²¹⁴ C.J.U.E., 21 juin 2017, *N.W. e.a. c. Sanofi Pasteur MSD SNC e.a.*, C-621/15: « 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)

²¹⁵ Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022.

²¹⁶ 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

La preuve avec vraisemblance d'un fait négatif pourrait trouver un terrain fertile en droit de la responsabilité, notamment en matière de responsabilité médicale où la victime doit non seulement prouver que la personne dont la responsabilité est recherchée aurait dû lui communiquer l'information attendue, mais également qu'elle ne l'a pas fait²¹⁷.

Sous-section 3. Les faits positifs

La preuve par vraisemblance est également étendue à *certaines faits positifs*, soit ceux 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 partie²¹⁸.

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 frauduleuse²¹⁹. 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 part²²⁰.

L'allusion à la collaboration des parties à l'administration de la preuve a pour but d'insister sur cette phase préalable dans laquelle la partie adverse sera invitée à produire les éléments de preuve dont elle dispose. La disposition est en lien avec l'article 8.4, alinéa 3, du Code civil qui consacre le principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve.

De même, et comme vu ci-avant, en vertu du principe de subsidiarité que l'on peut dégager de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil, le recours à la collaboration des parties à l'administration de la preuve et, dans un second temps, à la

égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires, alors que le professionnel prétend quant à lui avoir transmis l'information oralement» (Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 36).

²¹⁷ Notamment au vu des arrêts récents rendus par la Cour de cassation en matière de charge de la preuve du défaut d'information – voy. Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0343.N, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1677, note G. GENICOT et D. PHILIPPE; Cass., 31 mars 2022, R.G. n° C.20.0384.N, *N.J.W.*, 2022, n° 467, p. 642 et G. GENICOT, « La sanction d'une méconnaissance du droit du patient à l'information et au consentement éclairé », *op. cit.*, pp. 4-5; F. GEORGE et G. GENICOT, « La rencontre du droit de la responsabilité (médicale) et du (nouveau) droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 1067-1077. Pour une illustration, voy. Liège (3^e ch. C), 13 octobre 2021, R.G. n° 020/RG/153, *For. Ass.*, 2022/3, pp. 5-56 (preuve avec vraisemblance d'un fait négatif en matière de responsabilité médicale).

²¹⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 16.

²¹⁹ *Ibid.* 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. Voy. les exemples pris du droit suisse par cette auteure en pages 36 à 40.

²²⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 16.

preuve par vraisemblance constitue un préalable à vérifier avant toute application de la soupape de sécurité²²¹.

Sous-section 4. La notion de « vraisemblance »

Le concept de « preuve par vraisemblance » provient de la jurisprudence suisse²²².

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

En réponse à la remarque du Conseil d'État, le terme « vraisemblable » a été maintenu, parce qu'il n'est pas de nature à créer de la confusion. La loi distingue bien la preuve « certaine », même s'il ne s'agit pas d'une certitude absolue, et la « preuve par vraisemblance ». Celle-ci correspond au concept de droit suisse de « vraisemblance prépondérante », ce qui signifie qu'il existe des motifs sérieux qui confirment de manière objective l'exactitude des allégations de fait, sans que l'on doive parler d'une vraisemblance approchant de la certitude²²³.

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 »²²⁴.

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 législateur²²⁵.

Nous pensons cependant que les travaux préparatoires, lesquels font référence à des pourcentages, donnent peu d'indications au magistrat, lequel dispose, d'une certaine manière, d'un pouvoir d'appréciation important et déplace le débat du degré de la preuve vers celui de la valeur probante de celle-ci.

²²¹ Voy. également dans ce sens: « La faculté offerte au juge de renverser la charge de la preuve reste, en effet, un remède subsidiaire. [...] Partant, avant d'arbitrer la charge de la preuve, le juge doit vérifier que les principes de collaboration à l'administration de la preuve sont inopérants. Il nous semble également qu'il importe pour le juge de vérifier si le litige ne peut être appréhendé sous l'angle du degré de preuve. À notre estime, il nous paraît préférable de privilégier l'article 8.6 du nouveau Code civil. Ce dernier permet au juge de se contenter d'une preuve par vraisemblance et d'être plus souple dans l'appréciation de la preuve. » (F. GEORGE et G. GENICOT, « La rencontre du droit de la responsabilité (médicale) et du (nouveau) droit de la preuve », *op. cit.*, p. 1067)

²²² W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 621, n° 724 et B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 630; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, pp. 36-40.

²²³ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 621, n° 724.

²²⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 17.

²²⁵ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, p. 642.

Sous-section 5. Illustrations

L'article 8.6 du Code civil est déjà largement appliqué par les cours et les tribunaux.

Épinglons par exemple :

- Un jugement du tribunal de première instance du Brabant wallon du 17 octobre 2022 (R.G. n^{os} 13/1777 et 13/1178, inédit) en matière d'incendie qui énonce : « En règle, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 du Code civil).
En l'espèce cependant, le tribunal considère que, par la nature même du fait à prouver et des conséquences qui en résultent, il n'est pas possible ni raisonnable d'exiger une preuve certaine, les éléments de preuve ayant, par hypothèse, été détruits ou à tout le moins fortement dégradés par l'incendie.
Dans ces conditions, il y a lieu d'autoriser Messieurs X et Y à se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait (art. 8.6, alinéa 2 du Code civil). »
- Un jugement du tribunal de première instance du Brabant wallon du 6 mai 2022 (R.G. n^o 21/279/A, inédit) : « Compte tenu des difficultés de preuve de l'existence d'un vol – le bien ayant, par hypothèse, été frauduleusement soustrait par autrui, la plupart du temps sans trace ni témoin, ce qui rend la preuve difficile, voire, lorsque le bien n'est pas retrouvé, impossible – les parties demandresses seront autorisées à établir, par présomptions, la simple vraisemblance des vols qu'elles imputent à Madame X. »
- Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 16 septembre 2021²²⁶ : dans cette affaire, une femme enceinte, qui occupait le siège passager avant d'un véhicule, avait été victime d'un accident de la circulation avant d'être hospitalisée le surlendemain et d'accoucher d'un enfant prématuré. L'enfant avait par la suite présenté un grave handicap. La question du lien causal entre l'accident et l'accouchement prématuré demeurait sujette à discussion. La cour rappelle, dans un premier temps, qu'il incombe aux parties lésées de rapporter la preuve que l'accident litigieux, provoqué par des fautes concurrentes, est en lien causal avec l'accouchement prématuré et le handicap. L'existence de prédispositions dans le chef de la victime n'exclut pas, pour l'auteur d'une faute en lien causal avec le dommage, l'obligation de réparer l'intégralité de celui-ci. Compte tenu de la difficulté qu'il y a à identifier précisément le ou les éléments qui sont à l'origine de l'accouchement prématuré, il est impossible pour les appelants de prouver avec certitude le lien causal entre l'accident et la prématurité de sorte que, conformément à l'article 8.6 du Code civil, une preuve par vraisemblance est suffisante.

²²⁶ J.L.M.B., 2022/24, pp. 1058-1067.

Les considérations reprises par la cour d'appel ont été soumises à la censure de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi par un arrêt du 14 novembre 2022²²⁷.

L'article 8.6, qui édicte donc la preuve avec vraisemblance « pour les faits négatifs et pour les 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 partie », permettra aux juges de tenir compte des difficultés probatoires rencontrées par les parties.

Une question intéressante portera sur l'articulation de la preuve avec vraisemblance du lien causal entre une faute et un dommage avec la théorie de la perte d'une chance. Un auteur énonce que le raisonnement du juge devra se faire en deux étapes²²⁸ :

- Dans un premier temps, le juge devra directement se demander si la faute constitue, avec une vraisemblance prépondérante, la cause du dommage

²²⁷ Cass., 14 novembre 2022, R.G. n^o C.22.0092.F, www.juportal.be. Le moyen soumis à la Cour était le suivant : « Le lien causal dont la preuve doit être rapportée dans le cadre de l'application des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil n'est pas un fait positif dont, par la nature même de ce fait, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine. Il s'ensuit que la règle de la preuve certaine est applicable à la preuve de la relation causale. » La Cour ne valide pas cette position : « Il déduit de l'ensemble de ces considérations que peut être éternité "l'avis de l'expert selon lequel 'la relation entre l'accident survenu le 15 juin 1991 et la naissance prématurée [du premier défendeur] est hautement probable', les alternatives, bien que non complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables" et que "les [trois premiers défendeurs] rapportent à suffisance à tout le moins la preuve par vraisemblance, telle que requise par l'article 8.6 du Code civil, du lien causal querellé entre, d'une part, l'accident dont sont concurremment responsables [la sœur de la troisième défenderesse] et [le demandeur] et, d'autre part, l'accouchement prématuré et le handicap [du premier défendeur]". Par ces énonciations, dont il suit que l'arrêt attaqué considère que le fait que, sans le stress provoqué par l'accident, le premier défendeur ne serait pas né prématurément et handicapé est un fait dont, par sa nature même, il n'est pas possible d'exiger une preuve certaine, et que les trois premiers défendeurs établissent la vraisemblance de ce fait, l'arrêt, qui tient pour établie l'existence du lien de causalité entre l'accident, l'accouchement prématuré et le handicap du premier défendeur, justifie légalement sa décision de condamner les demandeurs à indemniser le préjudice subi par chacun des trois premiers défendeurs. » (nous soulignons) Les conclusions de l'avocat général, Hugo Mormont, rappelaient que « comme les travaux préparatoires de la loi l'illustrent, la causalité se prête particulièrement à la possibilité d'une preuve par vraisemblance, spécialement dans son volet de reconstitution contrefactuelle, c'est-à-dire consistant à déterminer ce qui se serait passé sans le fait générateur de responsabilité et à vérifier si le dommage se serait réalisé de manière identique en cette absence (alternative légitime) ». Voy. également Cass., 30 septembre 2022, R.G. n^o C.22.0050.N : « Il résulte de ces dispositions légales que le locataire d'un logement social qui allègue avoir signalé au bailleur une résidence secondaire permanente doit en apporter la preuve avec un degré raisonnable de certitude, conformément à l'article 8.5 du Code civil. Un signalement de la résidence secondaire ne constitue pas un fait positif pour lequel, en raison de la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou raisonnable d'exiger une preuve certaine, au sens de l'article 8.6 du Code civil. Le locataire ne peut donc pas se contenter de prouver sa probabilité. »

²²⁸ Nous reprenons les enseignements de C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », R.G.D.C., 2020/9, pp. 502-505, qui cite notamment W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad, op. cit.*, n^o 750. Voy. également pp. 504-505 où l'auteur analyse la combinaison du mécanisme de responsabilité proportionnelle visé à l'article 5.168 du Code civil et du mécanisme d'allègement du degré de preuve prévu à l'article 8.6 du Code civil.

de la victime. S'il existe des chances supérieures à 75 % que la faute ait causé le dommage de la victime, le juge doit constater l'existence d'un lien causal et permettre à la victime d'être entièrement indemnisée. Selon Wannas Vandebussche, le recours à la perte de chance doit désormais être exclu pour des situations où la probabilité du scénario contrefactuel permettant d'établir le lien de causalité est très élevée.

- Dans un second temps, si le juge n'est pas convaincu avec une vraisemblance prépondérante que la faute est la cause du dommage de la victime, il pourra alors recourir au mécanisme de la perte d'une chance. Cela signifie que les chances que la faute ait causé le dommage sont inférieures à 75 %. Une indemnisation intégrale de la victime est exclue. Le juge sera en droit, même si les parties ne le lui ont pas demandé dans leurs conclusions, d'examiner si la victime n'a pas, à tout le moins, perdu une chance d'éviter son dommage. Le dommage pour perte de chance ainsi que le lien causal entre la faute et la perte de chance devront cette fois être rapportés de manière certaine conformément à l'article 8.5. Cette perte de chance ne pourra être qu'inférieure à 75 %.

Chapitre 7. L'admissibilité des modes de preuve

Section 1. Considérations générales

L'article 8.8 traite de l'admissibilité des modes de preuve, ce qui renvoie à la question suivante : « comment » faut-il prouver ?

Il dispose : « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve. »

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.

Concédonns toutefois que la règle, en tant que telle, ne modifiera pas sensiblement la pratique jusqu'ici connue. Il s'agit plutôt d'une clarification d'une « grande importance symbolique »²²⁹.

Ce principe de la preuve libre est la règle pour les faits matériels et les faits juridiques²³⁰.

²²⁹ B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 631. Voy. aussi F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *op. cit.*, p. 643, qui parle d'un changement de paradigme.

²³⁰ Les faits juridiques peuvent être prouvés par toutes voies de droit ou modes de preuve : D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 131, n° 39 ; P. LECOCQ et E. JADOUL, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, p. 10 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve, op. cit.*, pp. 119 et s. ; C. BIQUET-

Pour les actes juridiques, la règle est cependant directement tempérée par l'article 8.9 qui requiert un écrit pour les actes juridiques qui portent sur un montant égal ou supérieur à 3 500 euros. L'exception à la preuve libre contenue à l'article 8.9 du Code civil est elle-même tempérée par quatre exceptions et trois nuances²³¹ (exceptions à l'exception – preuve libre).

Section 2. Le principe de la primauté de l'écrit signé pour les actes juridiques dont la valeur est égale ou est supérieure à 3 500 euros

Sous-section 1. Principe

L'article 8.9 du Code civil dispose :

« § 1^{er}. L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3 500,00 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. »

L'article 8.9 reprend l'article 1341 de l'ancien Code civil tout en procédant à des adaptations importantes.

Le premier paragraphe, en son troisième alinéa reprend « les deux grandes règles » de l'article 1341 de l'ancien Code civil selon lesquelles :

- un écrit signé est en principe requis pour prouver un acte juridique portant sur une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3 500 euros ; et
- un écrit signé est exigé pour prouver outre ou contre²³² un autre écrit signé, les témoignages et les présomptions étant exclus (art. 8.28 et 8.29)²³³.

MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve, op. cit.*, p. 49.

²³¹ Nous reprenons les termes proposés par C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, pp. 56-73.

²³² Voy. *ibid.*, p. 52 : « "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. »

²³³ *Ibid.*, pp. 49 et 52.

Le principe de la preuve légale réglementée est donc maintenu en droit civil²³⁴, mais «sa mise en œuvre concrète est adaptée aux besoins pratiques d'aujourd'hui» et elle est «immédiatement tempérée par de nombreuses exceptions, dont l'importance s'est accrue avec la réforme du droit de la preuve»²³⁵.

Sous-section 2. La valeur juridique de l'acte au moment de sa formation est égale ou est supérieure à 3 500 euros

Un montant de 3 500 euros en lieu et place de la somme de 375 euros figurant à l'article 1341 de l'ancien Code civil est introduit dans la loi.

L'article 8.9 du Code civil précise que l'acte juridique doit porter sur «une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3 500 euros». L'insertion de cette précision doit évidemment être saluée. L'article 1341 parle, en effet, uniquement de «toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 EUR» (nous soulignons), ce qui peut susciter des interrogations²³⁶.

Pour déterminer si le seuil de 3 500 euros est atteint, seul le critère de la *valeur de l'acte juridique* est retenu.

Relevons que le seuil proposé initialement par la commission était de 5 000 euros, mais il a été réduit à 3 500 euros en Conseil des ministres²³⁷ «sans justification aucune»²³⁸. Il a paru nécessaire au législateur de maintenir un système de preuve libre pour les actes juridiques «ne pouvant avoir qu'un impact patrimonial mineur». Le montant de 375 euros «ralentit le commerce juridique et complique l'administration de la preuve dans les affaires courantes. Il a dès lors été proposé de porter ce montant à 3 500 euros tout en habilitant le Roi à le modifier en fonction de l'évolution du coût de la vie ou des nécessités sociales»²³⁹. La modification du plafond de 3 500 euros par l'exécutif permettrait une évolution plus souple. Elle est appliquée en France et au Grand-Duché de Luxembourg et était suggérée par la doctrine depuis 1991²⁴⁰.

Pour donner suite à la remarque du Conseil d'État, les articles 1342 à 1346 de l'ancien Code civil n'ont pas été repris dans le présent projet. Ces articles indiquent «les règles à respecter pour éviter que les parties ne puissent contour-

²³⁴ À l'inverse du droit économique. Néanmoins, pour un rapprochement des systèmes de preuve en droit civil et en droit économique, voy. 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.

²³⁵ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, «Le formalisme probatoire», *op. cit.*, p. 49.

²³⁶ F. GEORGE, «Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive!», *op. cit.*, p. 643, note 94.

²³⁷ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 32.

²³⁸ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 190.

²³⁹ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, pp. 3-4.

²⁴⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 19. Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve, op. cit.*, n° 314.

ner la limite imposée par l'article 1341 de l'ancien Code civil». Ces dispositions se fondent «sur la valeur de la demande en justice et non sur la valeur de l'acte juridique». La référence à la valeur de l'acte juridique dans le nouveau texte et non à la valeur de la demande en justice vise à bloquer «la tentative d'une partie de contourner l'article 8.9 en divisant sa demande»²⁴¹. Comme le précise l'exposé des motifs, «peu importe qu'une partie réclame deux fois 2 500 euros, dès lors que l'acte juridique qui sert de fondement à sa demande porte sur une valeur de 5 000 euros. Un écrit signé sera donc réclamé dans les deux procédures. Le recours au critère de la valeur de la demande est dès lors inutile et de nature à créer des confusions»²⁴². L'article 8.9 prévoit désormais expressément en son paragraphe 2 qu'«[e]n cas de demande en justice, la valeur à prendre en considération est celle de l'acte juridique qui fonde la demande».

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 temps²⁴³.

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. Le libellé de ce troisième paragraphe vise à répondre à la remarque du Conseil d'État relative à la difficulté de déterminer la valeur d'un contrat à exécution successive. La disposition adoptée prend comme critère la valeur totale des prestations du contrat avec un maximum d'une année. Pour tous les contrats dont la valeur annuelle (par exemple les loyers ou redevances cumulés sur un an) dépasse 3 500 euros, la rédaction d'un écrit signé sera obligatoire²⁴⁴⁻²⁴⁵. L'augmentation du seuil à 3 500 euros visait également à éviter de faire «échapper des contrats à exécution successive à l'obligation de rédiger un écrit, alors que ces contrats sont souvent plus complexes que les contrats à exécution instantanée et que l'écrit est de nature à préciser les droits et obligations des parties». C'est pour cela que le législateur a prévu une obligation de droit matériel d'établissement d'un écrit pour certains contrats successifs (comme la franchise à l'article X.27 du CDE). 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»²⁴⁶.

²⁴¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 19.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, «Le formalisme probatoire», *op. cit.*, p. 67 et N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve, op. cit.*, p. 155.

²⁴⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 19.

²⁴⁵ Si la valeur annuelle dépasse 3 500 euros, soit plus de 291 euros 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 précité, p. 32).

²⁴⁶ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 20.

Sous-section 3. Un écrit signé

Comment prouver ? Le mode de preuve exigé par l'article 8.9 est l'écrit signé. L'écrit signé est défini comme « tout acte authentique ou sous signature privée » à l'article 8.1, 6°, du Code civil.

L'acte authentique est défini comme « un écrit reçu, avec les solennités requises, par un officier public ou ministériel ayant compétence et qualité pour instrumenter » (art. 8.1, 5°).

L'acte sous signature privée est défini comme « un écrit établi en vue de créer des conséquences juridiques, signé par la ou les parties, avec l'intention de s'en approprier le contenu, et qui n'est pas un acte authentique » (art. 8.1, 4°).

L'écrit est défini comme « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission » (art. 8.1, 1°)²⁴⁷.

Quant à la signature, elle se définit comme « 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 » (art. 8.1, 2°).

L'écrit signé n'est pas réservé à l'environnement papier puisqu'un écrit peut être constitué d'un support électronique à condition que les fonctions de l'écrit – lisibilité, durabilité et préservation de l'intégrité – soient présentes. De même, la signature peut être électronique à condition de respecter les exigences imposées par le Règlement européen n° 910/2014 (art. 8.1, 3°)²⁴⁸.

Notons aussi que l'écrit signé n'est pas nécessairement constitué d'un seul acte. Il peut ainsi résulter de plusieurs lettres missives ou courriers électroniques signés qui, combinés ensemble, permettent de constater l'existence d'un contrat.

Section 3. Les exceptions et nuances au principe de la prééminence de l'écrit signé pour les actes juridiques

Sous-section 1. Première exception : les actes juridiques dont la valeur est inférieure à 3 500 euros

Concrètement, la première exception à la preuve réglementée est la suivante : la preuve des actes juridiques ne dépassant pas le seuil de 3 500 euros reste libre ou, dit autrement, peut être rapportée par tous modes de preuve.

²⁴⁷ Voy. *infra*, chapitre 9 relatif à la preuve électronique.

²⁴⁸ *Ibid.*

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 »²⁴⁹. 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 »²⁵⁰. Concernant les conjoints mariés, rappelons qu'ils bénéficient du système de la preuve libre pour leurs créances réciproques même au-delà de 3 500 euros depuis la modification des articles 1399, alinéa 3, et 1467, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil par la loi du 22 juillet 2018²⁵¹. Ces principes sont désormais repris aux articles 2.3.20 et 2.3.62 du Code civil.

Cela va également contribuer à faciliter la preuve, via la production d'échanges de SMS ou d'e-mails, lesquels constitueraient des commencements de preuve par écrit²⁵² de transactions électroniques portant sur un montant inférieur à 3 500 euros. Comme l'a précisé le ministre de la Justice Koen Geens dans un communiqué de presse du 4 avril 2019 : « Un e-mail ou un SMS est une preuve suffisante pour des achats et des ventes allant jusqu'à 3 500 euros. »²⁵³

Il s'agit d'une exception à la première règle, selon laquelle la preuve d'un acte juridique d'une valeur supérieure ou égale à 3 500 euros doit être rapportée au moyen d'un écrit signé. Cette exception liée à la valeur de l'acte juridique ne concerne pas la seconde règle – soit celle contenue à l'article 8.9, § 1^{er}, alinéa 3 : il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit signé, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant de 3 500 euros, que par un autre écrit signé²⁵⁴.

L'article 8.9, § 4, du Code civil indique 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 3 500 euros »²⁵⁵.

« Cette notion d'impossibilité d'évaluer l'objet de l'acte juridique » constitue « une petite nouveauté et fera sans conteste l'objet de nombreux développe-

²⁴⁹ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 65.

²⁵⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 4.

²⁵¹ Voy. Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *États généraux du droit de la famille III*, Limal, Anthemis, 2018, p. 53.

²⁵² 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 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.

²⁵³ 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-moderne-adiou-les-remparts-et-les-pont-levis> (consulté le 22 décembre 2022).

²⁵⁴ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 65.

²⁵⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 20.

ments jurisprudentiels dans un avenir proche, dès lors qu'elle conduit à l'application d'un régime juridique plus favorable au demandeur»²⁵⁶.

Sous-section 2. Deuxième exception : la preuve des actes juridiques unilatéraux

§ 1. Disposition légale

L'article 8.10 du Code civil dispose :

« 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. »

§ 2. Principe

La deuxième exception à la preuve réglementée concerne la preuve des actes unilatéraux, dont la preuve libre a été généralisée²⁵⁷, quelle que soit la valeur de l'acte juridique. Tel est le cas du paiement.

Il existait une controverse relative à la question de savoir si la preuve des actes juridiques unilatéraux était libre ou réglementée²⁵⁸. La doctrine majoritaire penchait en faveur de la thèse selon laquelle la preuve des engagements par volonté unilatérale est gouvernée par le principe de la liberté de preuve. Cette solution s'imposait, selon Caroline Cauffman, dès lors que le bénéficiaire de la promesse est un tiers²⁵⁹. Le nouveau régime a le mérite de mettre fin à ces hésitations doctrinales.

L'exception s'applique sans distinction quant à la personne l'invoquant (l'auteur, le destinataire, un tiers) et quelle qu'en soit sa valeur²⁶⁰. 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

²⁵⁶ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 193. Voy. également R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in R. JAFFERALI *et al.* (dir.), *Entre tradition et pragmatisme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 434, qui précise que « "l'objet" du contrat est une notion polysémique qui peut renvoyer, tantôt à l'ensemble des effets juridiques du contrat, tantôt à la prestation caractéristique du contrat, tantôt encore à la chose sur laquelle porte cette prestation. Prévoir l'évaluation de "l'objet de l'acte juridique" laisse donc planer le doute sur le point de savoir s'il convient d'évaluer (l'objet de) la prestation en nature (de donner, de faire ou de ne pas faire), sa contre-prestation qui sera généralement monétaire, ou la somme des deux ».

²⁵⁷ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 32.

²⁵⁸ Voy., en faveur de la preuve légale, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. II, *Les sources des obligations extra-contractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 64.

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 20.

pour les tiers et soumise à l'obligation de preuve légale pour leur auteur»²⁶¹. 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 »²⁶². Dès lors, afin d'éviter d'introduire « des distinctions complexes et difficiles à mettre en œuvre »²⁶³, l'article 8.10 autorise, de manière générale, la preuve libre des actes unilatéraux.

Par conséquent, la preuve d'un paiement, analysé comme un acte juridique unilatéral par le législateur²⁶⁴, sera libre. L'avant-projet soumis au Conseil d'État contenait, à la fin de l'article 8.10²⁶⁵, un troisième alinéa rédigé comme suit : « La preuve d'un paiement peut être rapportée par tous mode de preuve. » Suivant la remarque du Conseil d'État, cet alinéa a été supprimé car considéré « comme superflu », dès lors que « l'article 5.268 du livre 5 du nouveau Code civil en projet prévoit expressément que le paiement est un acte juridique unilatéral »²⁶⁶. Finalement, c'est l'article 5.194 du Code civil²⁶⁷ qui définit le paiement comme « l'acte juridique unilatéral par lequel la prestation due est exécutée de manière volontaire ».

§ 3. Exception à la preuve libre

L'article 8.10, alinéa 1^{er}, vise les exceptions prévues par la loi, au rang desquelles figure, par exemple, l'article 2043 *quinquies* de l'ancien Code civil qui traite du contrat de cautionnement à titre gratuit²⁶⁸.

L'alinéa 2 de l'article 8.10 renvoie à l'article 8.22 qui régit l'exigence de date certaine de l'acte sous signature privée. Cette disposition tempère la liberté de prouver à l'égard des tiers²⁶⁹.

L'alinéa 3 de l'article 8.10 prévoit une exception importante à la liberté de la preuve des actes juridiques unilatéraux : celle-ci résulte de l'article 1326 de l'ancien Code civil, repris à l'article 8.21 du Code civil. Le régime mis en place à l'article 8.21 a été néanmoins assoupli²⁷⁰.

²⁶¹ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen précité, p. 32.

²⁶² *Ibid.* et Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 20.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ 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 5.194 du livre 5. En effet, cette disposition prévoit expressément que le paiement est un acte juridique unilatéral.

²⁶⁵ Numéroté 8.9 au sein de l'avant-projet.

²⁶⁶ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 21.

²⁶⁷ Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, M.B., 1^{er} juillet 2022 ; disposition entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

²⁶⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, pp. 20-21.

²⁶⁹ Voy. *infra*, commentaire de l'article 8.22.

²⁷⁰ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 194.

Cette disposition est désormais rédigée comme suit : « 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. »

En réponse à la remarque du Conseil d'État, les termes « reconnaissance unilatérale de dette » ont été remplacés par « engagement unilatéral de payer » afin d'éviter des confusions. La doctrine et la jurisprudence s'accordent en effet à dire que l'article 1326 de l'ancien Code civil vise tout engagement provenant d'un acte juridique unilatéral ou d'un contrat unilatéral²⁷¹. L'article 8.21 vise donc tous les engagements unilatéraux de payer.

Il ressort des articles 8.21 et 8.10, alinéa 3, du Code civil que l'engagement unilatéral de payer lorsqu'il s'analyse en un acte juridique unilatéral est soumis pour sa preuve à l'exigence de la signature et de la mention, écrite par le débiteur du montant en toutes lettres. Cela suppose indéniablement le recours à un écrit et donc à un *instrumentum*²⁷². Il ressort des travaux préparatoires que « [p]armi les exceptions prévues par la loi à la liberté de preuve des actes unilatéraux, l'une des plus importantes résulte de l'actuel article 1326 du Code civil, repris à l'article 8.21 du présent projet. Il est important de le rappeler »²⁷³ et qu'« on n'a pas choisi de rendre l'obligation unilatérale entièrement libre de toute forme. Le souhait de protéger les parties par un certain formalisme a pris le pas sur la liberté de preuve »²⁷⁴.

Sous-section 3. Troisième exception : la preuve entre et contre les entreprises

§ 1. Disposition légale

L'article 8.11 du Code civil dispose :

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

La règle énoncée à l'alinéa 1^{er} 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.

²⁷¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 21; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 241, n° 142; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, *op. cit.*, p. 284, n° 340. Cela vise notamment la reconnaissance unilatérale de dette ou le contrat de prêt.

²⁷² C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 72.

²⁷³ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 20.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 29.

La règle énoncée à l'alinéa 1^{er} 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.»

§ 2. Principe de la preuve libre entre et contre les entreprises

La preuve entre et contre les entreprises échappe également à l'exigence d'un écrit²⁷⁵ et constitue donc la troisième exception aux deux règles de l'article 8.9 du Code civil.

Cette disposition reprend, en l'adaptant, la règle de la preuve libre en matière commerciale²⁷⁶. L'extension du régime à toutes les entreprises résulte de l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises²⁷⁷. Les modifications reprises à l'article 8.11 étaient donc, pour la plupart, déjà présentes à l'article 1348*bis* de l'ancien Code civil tel que modifié par la loi du 15 avril 2018²⁷⁸.

²⁷⁵ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, p. 645; S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 116-117; G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 157.

²⁷⁶ Sur l'historique de cette question : G. FRUY et L. DEBROUX, *ibid.*, pp. 151-157.

²⁷⁷ 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 la qualité des parties.

²⁷⁸ D. GOL et N. THIRION, « La réforme du droit des entreprises : panorama général », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique : premières applications*, coll. CUP, vol. 190, Liège, Anthemis, 2019, p. 202;

Il ressort du premier paragraphe 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 particuliers²⁷⁹.

L'exposé des motifs précise que « [l]a preuve par témoins et présomptions vis-à-vis du contenu d'un acte est également autorisée²⁸⁰, 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 penser²⁸¹. Les travaux préparatoires énoncent que sont également visés « tous les modes de preuve actuels de la société numérique »²⁸²⁻²⁸³.

Il est donc renvoyé à la notion d'entreprise telle que visée à l'article I.1, 1^o, du CDE 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 ;
- (b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;
- (c) l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricomunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission com-

G. DE PIERPONT, « La réforme du droit des entreprises adoptée! Conséquences en matière de preuve », *Les Pages*, 2018, n° 27, p. 2 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, p. 645 ; G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 157 ; S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 116.

²⁷⁹ Voy. par exemple l'article XI.167, § 1^{er}, alinéa 2, du CDE qui précise qu'à l'égard de l'auteur, tous les contrats se prouvent par écrit. Voy. B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 639.

²⁸⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 21.

²⁸¹ G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 166.

²⁸² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 22.

²⁸³ 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. Voy. G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 169 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 57.

munautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale. »

Il est à noter que 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 entreprises²⁸⁴. Sont désormais considérés comme des entreprises les ASBL, les titulaires de professions libérales, les agriculteurs ou encore les sociétés à objet civil²⁸⁵.

§ 3. La preuve entre et contre les entreprises : exceptions

Le principe de la preuve libre contenu au premier paragraphe connaît deux exceptions reprises au sein du même paragraphe.

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 entreprise²⁸⁶. « L'application distributive des règles de preuve est ainsi conservée. »²⁸⁷ 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 est introduite.

Le Conseil d'État estimait que le second alinéa du premier paragraphe de l'article 8.11 était superflu. Le législateur a néanmoins décidé de le conserver : « Il est exact que la règle qu'il énonce est implicitement comprise dans la règle du premier alinéa. Mais il a paru utile de maintenir ce second alinéa pour bien insister sur les conséquences de la règle générale en matière de preuve mixte, entre personnes dont l'une est une entreprise et l'autre ne l'est pas. »²⁸⁸ 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 CDE, cette dernière pourra, selon l'article 8.11, § 1^{er}, 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 est égale ou supérieure à 3 500 euros) contre la « non-entreprise »²⁸⁹.

²⁸⁴ G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 154.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 155 ; J.-B. HUBIN, « Le projet de réforme du droit de la preuve civile », *Plj jur.*, 2019, n° 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.

²⁸⁶ 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 précité, p. 22).

²⁸⁷ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 209.

²⁸⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 22.

²⁸⁹ G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 161.

Deuxièmement, l'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 classique, lorsque la preuve doit être faite contre elles²⁹⁰. Ceci permet aux personnes physiques qui ont la qualité d'entreprise d'échapper à la preuve libre lorsqu'elles agissent dans un cadre privé à condition qu'elles démontrent que l'acte est 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 ». En outre, le terme « manifestement » a été ajouté pour garantir la concordance avec l'article 10 de la loi du 15 avril 2018, qui utilise la même terminologie pour définir la compétence du tribunal de l'entreprise²⁹¹. À la suite d'une remarque pertinente du Conseil d'État²⁹² s'est posée la question de la preuve des actes mixtes²⁹³, 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 »²⁹⁴. L'adage « *Accessorium sequitur principale* » devra être appliqué pour déterminer si un acte juridique est manifestement étranger à l'entreprise²⁹⁵.

Le législateur n'a pas souhaité intégrer *expressis verbis* ce point au sein du nouveau Code civil en raison de l'absence de précision identique au sein du Code de droit économique (et plus précisément au sein de la loi du 15 avril 2018). Il s'agissait d'« éviter que les règles du Code civil ne concordent pas avec celles du Code judiciaire déterminant la compétence du tribunal de l'entreprise. Ce point est donc uniquement précisé dans l'exposé des motifs »²⁹⁶.

²⁹⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 21.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 92. L'article 573, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose : « Le tribunal de l'entreprise connaît en premier ressort des contestations entre entreprises visées à l'article 1.1, 1^o, du Code de droit économique, qui ne relèvent pas de la compétence spéciale d'autres juridictions et qui, en ce qui concerne les personnes physiques, ont trait à un acte qui n'est manifestement pas étranger à l'entreprise. » Cependant, cette disposition ne vise pas l'hypothèse de l'acte accompli dans un but à la fois professionnel et privé.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ 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. Voy. *ibid.*, p. 22.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ 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 ! », *op. cit.*, p. 646; S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 117.

²⁹⁶ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 22.

§ 4. La comptabilité concordante comme mode de preuve

A. Article 8.11, § 2, du Code civil

L'article 20 du Code de commerce disposait que « la comptabilité régulièrement tenue peut être admise par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce ».

Cette disposition est remplacée par l'article 8.11, § 2, du Code civil, qui 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 preuve²⁹⁷. Le nouveau Code civil abandonne l'exigence d'une comptabilité « régulièrement » tenue puisqu'effectivement, « l'irrégularité de comptabilité n'a pas nécessairement d'incidence sur la question de preuve »²⁹⁸.

Il importe désormais que les mentions entre la comptabilité des deux parties soient concordantes. « En effet, si les comptes sont correctement tenus par les deux entreprises, les mentions des deux comptabilités doivent correspondre. »²⁹⁹ 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 non³⁰⁰. Cette force probante ne vaut qu'entre parties et non à l'égard des tiers, notamment de l'Administration fiscale³⁰¹.

La comptabilité d'une entreprise peut toujours être utilisée contre celle-ci comme une forme d'aveu³⁰². 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 marginales³⁰³. Cependant, l'inscription temporaire d'une facture pour un montant déterminé ne peut engendrer « des conséquences trop drastiques »³⁰⁴. 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 tenue³⁰⁵.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 23.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.* Voy. également B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 639.

³⁰² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 23.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 172.

B. Article 8.11, § 3, du Code civil : 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 »³⁰⁶. La production de documents n'est plus limitée aux hypothèses de l'ancien article 21 du Code de commerce. Désormais, le magistrat peut ordonner la production de tout ou partie de la comptabilité d'une entreprise au-delà des hypothèses de succession, communauté, partage de sociétés et faillite. Les travaux préparatoires précisent enfin qu'« il n'est pas non plus nécessaire de déterminer de quelle manière le juge doit préserver la confidentialité de la comptabilité présentée. Il dispose déjà pour ce faire de suffisamment d'instruments dans le droit commun »³⁰⁷.

§ 5. 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. Nous retrouvons le prescrit de l'ancien article 25, alinéa 2, du Code de commerce. Une facture acceptée a non seulement valeur de preuve pour un contrat d'achat-vente, comme précisé précédemment dans le Code de commerce, mais son champ d'application est étendu « à toutes sortes de contrats (transport, services divers) »³⁰⁸.

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 entreprises, 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 et 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 verbales³⁰⁹. Il est donc précisé que,

³⁰⁶ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, p. 646.

³⁰⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 23. Florence George précise que ces mêmes précisions se retrouvent dans les travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2018 (Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2828/001, pp. 45-46). Voy. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, p. 646, note 139.

³⁰⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 24. Auparavant, voy. Cass., 24 janvier 2008, R.G. n° 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. »

³⁰⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 24.

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 réfragable³¹⁰. 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. »³¹¹

À la suite de la remarque du Conseil d'État, il a été précisé que cette force probante particulière de la facture ne vaut qu'à l'égard des entreprises et non à l'égard de particuliers³¹².

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 »³¹³⁻³¹⁴. Et même dans ce contexte, cette acceptation ne vaut que comme présomption de fait, soumise à l'appréciation du juge³¹⁵. Il pourrait également valoir comme aveu en action, si toutes les conditions de l'aveu sont remplies.

Comme le souligne, à juste titre selon nous, Rafaël Jafferli, l'intention du législateur n'a pas été d'écarter l'application de l'article 8.9 dans l'hypothèse d'une facture non contestée de la part d'un particulier (d'une non-entreprise) : l'exigence d'un écrit pour prouver un acte juridique égal ou supérieur à 3 500 euros reste de mise même en présence d'une facture non contestée par une non-entreprise³¹⁶.

Enfin, il est clairement spécifié au sein de l'alinéa 2 du paragraphe 4 de l'article 8.11 que les règles relatives à la preuve par facture contre des personnes qui ne sont pas des entreprises sont impératives. Il ne peut y être dérogé via des clauses contraires insérées dans les conditions générales, lesquelles seraient

³¹⁰ *Ibid.*; G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, pp. 175-176. Notons le débat doctrinal sur la question de savoir si la présomption était réfragable ou irréfragable : voy. G. FRUY et L. DEBROUX, *ibid.*, pp. 174-175; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 640.

³¹¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 24.

³¹² *Ibid.*

³¹³ G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », *op. cit.*, p. 174.

³¹⁴ 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.

³¹⁵ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013 », *op. cit.*, p. 819, n° 269.

³¹⁶ R. JAFFERLI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », *op. cit.*, p. 442. Voy. dans le même sens : B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, n° 80, p. 640; W. VANDENBUSSCHE et M. VAN DE LOOVERBOSCH, « Het nieuwe ondernemingsbewijsrecht », D.A.O.R., 2020, n° 38, p. 28; B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Bruxelles, Intersentia, 2019, n° 35, p. 24.

nulles³¹⁷. Il s'agit d'une exception au principe du caractère supplétif des règles de preuve inscrit à l'article 8.2 du Code civil.

Sous-section 4. Quatrième exception : la preuve par et contre les tiers

§ 1. Principe

En vertu de l'article 8.14 du Code civil, « [l]es 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 ».

L'article 8.14 du Code civil déroge aux deux règles contenues à l'article 8.9 :

- L'article 8.14, alinéa 1^{er}, consacre la liberté pour les tiers de prouver par tous modes de preuve un acte juridique unilatéral³¹⁸ ou un contrat contre une partie à l'acte ou contre un autre tiers. Cette règle, précédemment admise³¹⁹, est « logique parce qu'ils n'ont pas participé à l'établissement de l'acte et ne disposent donc pas d'un original »³²⁰.
- Les tiers sont également admis à prouver par tous modes de preuve outre ou contre un écrit signé³²¹.

Ainsi, la preuve libre est admise lorsqu'il s'agit pour les tiers de prouver la simulation d'un acte³²² ou le consentement tacite dans le cadre de la cession d'un droit d'auteur³²³.

Il est à noter que le principe de la liberté de la preuve n'énervé en rien le principe de la relativité des effets internes³²⁴ des contrats consacré à l'article 5.103 du Code civil³²⁵. Le contrat a également des effets externes en ce sens que « celui-ci, du fait de son exécution et même simplement de sa conclusion ou de sa dissolution, produit sur le patrimoine des parties des conséquences sus-

³¹⁷ 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. Voy. S. VAN BREE, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 119.

³¹⁸ Sous réserve de l'engagement unilatéral de payer dont le tiers serait le bénéficiaire (article 8.10, alinéa 3).

³¹⁹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 140; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 22; C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 73.

³²⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 25.

³²¹ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 73.

³²² Cass., 21 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 193.

³²³ Cass., 9 janvier 2020, R.G. n° C.19.0233.N, R.W., 2020-2021 (somm.), p. 1505.

³²⁴ Les effets internes désignent les droits et obligations nés du contrat. En règle, seules les parties peuvent s'en prévaloir, c'est-à-dire plus précisément en demandant l'exécution à leur profit à charge d'une autre partie. Voy. R. JAFFERALI, *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 50; Cass., 23 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 169.

³²⁵ Article 1165 de l'ancien Code civil.

ceptibles d'affecter la situation des tiers »³²⁶. Les effets externes³²⁷ de la convention sont opposables aux tiers en ce sens que d'une part, les tiers peuvent « invoquer l'existence (externe) des effets (internes) que le contrat a produits sur le patrimoine des parties et d'autre part, les parties peuvent réciproquement invoquer ces mêmes effets externes envers les tiers, en se prévalant de la situation nouvelle dans laquelle elles se trouvent en raison des effets (internes) que le contrat a produits sur leur patrimoine »³²⁸.

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 modes des preuves. Cette consécration officielle de la liberté pour une partie de prouver l'existence d'un contrat par toutes voies de droit à l'égard d'un tiers met fin à une controverse doctrinale³²⁹. La solution inverse aurait présenté le risque de donner lieu à des difficultés dans les contrats multipartites, lorsqu'interviennent à la fois des entreprises et des parties qui ne sont pas entreprises. En effet, on aurait pu imaginer que les parties doivent prouver à l'égard des tiers en respectant les mêmes règles qu'à l'égard des autres parties, puisqu'elles disposent de l'original de l'acte³³⁰. Ainsi, entre particuliers, la preuve contre les tiers aurait dû être rapportée par un écrit signé. Par contre, entre entreprises, la preuve contre les tiers aurait pu être rapportée par tous modes de preuve. Dans les contrats multipartites, il aurait été malaisé de « déterminer la règle à appliquer à l'égard des tiers puisqu'une partie devrait prouver par écrit signé à l'égard de certaines parties et par tous modes de preuve à l'égard d'autres parties »³³¹.

Afin d'éviter des situations complexes, le législateur a jugé « préférable de permettre de prouver contre les tiers par tous modes de preuve »³³². Les travaux préparatoires précisent cependant que « cet allègement de la preuve ne pourra pas préjudicier aux tiers, dès lors que les contrats ne sont pas obligatoires à leur égard. Seule l'existence et le contenu de l'acte leur sont opposables mais ils ne sont pas tenus par les obligations découlant de l'acte »³³³.

³²⁶ R. JAFFERALI, *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, p. 50. Voy. également sur les nuances de cette distinction P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 863-878; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, pp. 657-683.

³²⁷ Voy. sur les effets externes S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 19; I. DEMORTIER, « Over relativiteit en tegenstelbaarheid van overeenkomsten », note sous Cass., 29 octobre 2004, R.G.D.C., 2006, p. 215; N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 41 et s.; R. JAFFERALI, « La distinction entre les effets internes et les effets externes du contrat », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 55.

³²⁸ R. JAFFERALI, *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, pp. 50-51. Voy. l'article 5.103 du Code civil.

³²⁹ Pour une présentation de cette controverse, voy. C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 74.

³³⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 25.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

³³³ *Ibid.*

§ 2. *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 du Code civil dispose :

« L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que :

- 1° du jour où il a été enregistré, ou
- 2° du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique, ou
- 3° du jour où au moins l'une des parties se trouve dans l'incapacité de modifier l'acte ou sa date, notamment suite au décès de l'une d'elles. »

L'article 8.22 protège les tiers à l'acte sous signature privée par l'exigence de date certaine et afin d'éviter que les parties antidatent l'*instrumentum* qui constate une opération juridique sans que le tiers ne puisse le prouver³³⁴. 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 tous modes de preuve la date de l'acte à l'égard des tiers.

En pratique, il est courant que les citoyens n'enregistrent pas leurs conventions ni ne les coulent dans un acte authentique. Cette règle nous paraît donc particulièrement stricte.

Sous-section 5. Les nuances au principe de la prééminence de l'écrit signé

Introduction

La prééminence de l'écrit signé pour prouver un acte juridique ou pour prouver outre ou contre un écrit signé est tempérée par trois nuances :

1. l'impossibilité de prouver au moyen d'un acte ;
2. le commencement de preuve par écrit, corroboré par un autre mode de preuve ;
3. l'aveu et le serment décisive³³⁵.

La formule applicable est généralement reprise comme telle au sein des décisions judiciaires :

« La preuve de l'existence d'un acte juridique portant sur un montant égal ou supérieur à 3 500 euros doit être rapportée par un acte sous signature privée ou un acte authentique (article 8.9, § 1, du Code civil). Aux termes de l'article 8.13 du nouveau Code civil, l'article 8.9 du Code civil reçoit exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, lequel doit être, en outre, corroboré par un autre mode de preuve (témoignages ou présomptions) ou en cas

³³⁴ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 93 ; V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », *op. cit.*, pp. 121-122.

³³⁵ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 56.

d'impossibilité matérielle ou morale de se préconstituer un écrit (article 8.12 du Code civil). Enfin, la preuve par aveu³³⁶ et par serment est toujours admise. »

§ 1. *Première nuance : l'impossibilité de prouver au moyen d'un acte*

L'article 8.12 du Code civil dispose :

« 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, en ses deux règles, lorsqu'il y a impossibilité 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 3 500 euros ou pour prouver outre ou contre un écrit signé³³⁷.

En son alinéa 1^{er}, l'article 8.12 distingue les trois formes d'impossibilité de faire rédiger un acte écrit (authentique ou sous signature privée) au moment de la formation de l'acte juridique (*negotium*)³³⁸. 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 »³³⁹. Cette première hypothèse vise donc trois formes d'impossibilité :

1. l'impossibilité matérielle³⁴⁰ ;
2. l'impossibilité morale³⁴¹⁻³⁴² ; ou

³³⁶ Pas l'aveu extrajudiciaire purement verbal.

³³⁷ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 62.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 25.

³⁴⁰ 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 de l'ancien Code civil est une manifestation libre et unilatérale de la volonté du créancier, le débiteur étant dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite. La cour d'appel autorise, en application de l'article 1348 de l'ancien Code civil, la preuve par présomptions de la ratification. Liège, 22 avril 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 344.

³⁴¹ 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 de l'ancien 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 (voy. par exemple Gand, 9 juin 2016, *T. Not.*, 2016, p. 682). Voy. 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.

³⁴² Il convient de rappeler qu'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}, de l'ancien Code civil qui autorisent désormais la preuve par

3. L'impossibilité résultant d'un usage³⁴³.

La seconde hypothèse consacrée par l'alinéa 2 de l'article 8.12 vise un cas d'impossibilité relative³⁴⁴ : 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 créancier³⁴⁵. Si la perte par force majeure est rapportée par la partie qui s'en prévaut, la preuve de l'acte juridique (*negotium*) peut être apportée par tous modes de preuve³⁴⁶.

§ 2. Le commencement de preuve par écrit, corroboré par des présomptions ou témoignages

Il peut être suppléé aux deux règles inscrites à l'article 8.9 et donc à l'exigence d'un écrit signé par un commencement de preuve par écrit, lequel doit être, en outre, corroboré par un autre mode de preuve.

Le commencement de preuve par écrit est 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, rend vraisemblable l'acte juridique allégué. »

L'article 8.1, 7°, du Code civil reprend la définition du commencement de preuve par écrit antérieurement retenue par les cours et tribunaux et par la doctrine. Dès lors, les enseignements jurisprudentiels et doctrinaux tirés de l'article 1347 de l'ancien Code civil restent valables.

Ainsi, quatre conditions doivent être réunies pour rencontrer les termes de la définition d'un commencement de preuve par écrit :

1° Il faut un écrit.

Peut constituer un commencement de preuve par écrit :

1. une copie non réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique non qualifié (article 8.24, alinéa 2, du Code civil) ;

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). Ces principes sont désormais repris aux articles 2.3.20 et 2.3.62 du Code civil.

³⁴³ 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. JADOU, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 33).

³⁴⁴ 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 ! », *op. cit.*, p. 674.

³⁴⁵ P. LECOCQ et E. JADOU, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 33.

³⁴⁶ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 64.

2. 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 de l'écrit, que la fonction de maintien de l'intégrité de l'acte soit acquise³⁴⁷. Il s'agit d'une solution conforme à la jurisprudence et la doctrine actuelle³⁴⁸ ;
3. les conclusions signées par l'avocat de la partie³⁴⁹ ;
4. 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°, du Code civil³⁵⁰.

2° Cet écrit 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 auteur³⁵¹. L'écrit ne doit pas nécessairement avoir été signé par la personne

³⁴⁷ Rappelons que la fonction d'intégrité est relative : la modification doit être traçable dans le système utilisé. *Concernant les SMS*, voy. 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 », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 107-108 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 127 ; B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *J.L.M.B.*, 2016/31, pp. 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 », *R.T.D.I.*, 2017/3, n°s 68-69, p. 38 ; J.-B. HUBIN, P. LIMBRÉE, C. BOURGUIGNON et E. VANSTECHELMAN, « Chronique de jurisprudence 2018-2020. Contrats de l'informatique et commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2021/1-2, pp. 31-33 et la jurisprudence inédite citée ; 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.

³⁴⁸ *Concernant les e-mails*, voy. par exemple Mons, 19 février 2017, R.G. n° 2005/226, *www.juportal.be* ; Liège, 20 octobre 2015, R.G. n° 2014/770, *www.juportal.be* ; Anvers, 19 octobre 2015, *Nj.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, « À propos de la valeur probante des e-mails », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 316-319.

Concernant un message émanant du réseau social Facebook, voy. J.P. Huy, 12 février 2014, *J.J.P.-T.Vred.*, 2015/5-6, pp. 221-224 : « La publication par le bailleur d'un message sur Facebook indiquant la remise en location d'un bien constitue un écrit au sens de l'article 1347 du Code civil » et J.P. Herzele, 20 juin 2019, *J.J.P.*, 2020, pp. 589-590. Sur le commentaire de cette décision, voy. J.-B. HUBIN, P. LIMBRÉE, C. BOURGUIGNON et E. VANSTECHELMAN, « Chronique de jurisprudence 2018-2020. Contrats de l'informatique et commerce électronique », *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁴⁹ Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 960 ; Mons, 5 novembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 708, *J.T.*, 2002, p. 438.

³⁵⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 6. Voy. également D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 238, n° 140 et les nombreuses références.

³⁵¹ 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. Voy. Liège, 23 mars 2015, *J.T.*, 2016, p. 67.

auquel 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 contenu*³⁵². Il peut aussi émaner de quelqu'un qui, légalement ou conventionnellement, représente cette personne ; ainsi un mandataire agissant dans les limites de son mandat³⁵³.

3° *Cet écrit 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 »³⁵⁴.

4° *Le commencement de preuve par écrit doit être corroboré par des présomptions ou des témoignages.*

Pour suppléer à l'article 8.9, l'article 8.13 précise que la seule existence d'un commencement de preuve par écrit n'est pas suffisante. Le commencement de preuve par écrit, « qui constitue une preuve incomplète » ou « un administricule de preuve », doit nécessairement être complété au moyen de présomptions et témoignages³⁵⁵.

Le témoignage est défini à l'article 8.1, 8°, du Code civil comme étant « une déclaration faite par un tiers dans les conditions des articles 915 et suivants et 961/1 et suivants du Code judiciaire ». Le Code civil fait donc 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 judiciaire³⁵⁶. Constituent 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 judiciaire³⁵⁷⁻³⁵⁸.

En application de l'article 8.28 du Code civil, rappelons que le témoignage n'est admis que si la loi admet la preuve par tous modes de preuve ou lorsqu'un

³⁵² D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 150, n° 62 ; C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 60.

³⁵³ Cass., 14 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 206. Voy. également D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 63 ; P. LECOCQ et E. JADOUL, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 28.

³⁵⁴ Cass., 2 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1763 ; Cass., 18 septembre 2015, *Pas.*, 2005, p. 2074.

³⁵⁵ P. LECOCQ et E. JADOUL, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 29 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 130, n° 61.

³⁵⁶ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, 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.

³⁵⁷ Quant à l'admissibilité, à la force probante et à la valeur probante des témoignages, voy. V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », *op. cit.*, pp. 133-134 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 312, n°s 225-226.

³⁵⁸ Voy. à cet égard Cass., 28 juin 2018, R.G. n° C.17.0319, *N.J.W.*, 2019, p. 289, note W. VANDENBUSSCHE qui considère 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 ».

écrit est exigé, uniquement en présence d'un commencement de preuve par écrit ou d'une impossibilité de prouver par écrit. En outre, la valeur probante du témoignage est, dans tous les cas, laissée à l'appréciation du juge.

Une présomption de fait, antérieurement appelée « présomption du fait de l'homme », s'entend, conformément à l'article 8.1, 9°, 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 ».

L'admissibilité et la valeur probante des présomptions de fait sont gouvernées par l'article 8.29.

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. La valeur probante de la présomption « 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 »³⁵⁹.

§ 3. *L'aveu et le serment*

Il peut être suppléé à l'écrit signé par l'aveu ou par le serment décisoire³⁶⁰, même si ce dernier n'est plus guère utilisé.

Une partie peut donc recourir à l'aveu et au serment décisoire pour rapporter la preuve d'un acte juridique de plus de 3 500 euros 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 en faux est nécessaire)³⁶¹.

Il existe une exception : en application de l'article 8.31 du Code civil, l'aveu extrajudiciaire purement verbal ne peut pas suppléer à l'exigence de l'écrit signé pour prouver un acte juridique égal ou plus de 3 500 euros ou pour prouver outre ou contre un acte sous signature privée³⁶².

Nous débattons plus largement, dans le chapitre suivant, de l'aveu.

³⁵⁹ Article 8.29, alinéa 2, du Code civil. Voy. également Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 34.

³⁶⁰ Une définition générale du serment figure à l'article 8.1, 12°. Il s'agit d'une « déclaration solennelle d'une partie devant un juge, par laquelle elle affirme la véracité de ses allégations ». L'article 8.34 du Code civil 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 litisdécisoire 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).

³⁶¹ C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN, M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 56.

³⁶² *Ibid.*, p. 57.

Chapitre 8. L'aveu

Introduction

Le chapitre 3 du livre 8 régit les différents modes de preuve suivants et la valeur ou force probante qu'il convient de réserver à chacun d'eux :

1. l'écrit signé (art. 8.15 à 8.27) ;
2. les témoins (art. 8.28) ;
3. la preuve par présomption de fait (art. 8.29) ;
4. l'aveu (art. 8.30 à 8.32) ;
5. le serment (art. 8.33 à 8.39).

Au sein de la présente contribution, nous avons fait le choix de nous centrer sur l'aveu.

Concernant la preuve par écrit signé, il est renvoyé au chapitre relatif à la preuve électronique.

Section 1. Définition de l'aveu

L'ancien Code civil ne contenait aucune définition de l'aveu.

L'article 8.1, 10°, du Code civil définit l'aveu comme étant « 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 aveu³⁶³.

L'aveu est admis en toute matière (art. 8.13).

Section 2. Objet de l'aveu

Comme le précise très justement la nouvelle disposition légale, l'aveu porte sur un fait entendu au sens large et non sur une règle de droit (laquelle ne doit pas être prouvée – voy. l'article 8.3 du Code civil). Le vocable « fait » « comporte les faits matériels, les faits juridiques et les actes juridiques »³⁶⁴.

³⁶³ Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265 ; Cass., 27 février 1998, R.G. n° C.97.0038.F, *Pas.*, 1998, I, p. 267. Sur les différences entre l'aveu et l'absence de contestation mais également sur leur rapprochement dans certaines circonstances, voy. D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 261.1.

³⁶⁴ D. MOUGENOT, *ibid.*, p. 359, n° 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. »

Section 3. Qui peut faire un aveu ?

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 »³⁶⁵.

Ainsi, l'aveu doit, en principe, émaner uniquement de la partie à laquelle on l'oppose. En outre, les ayants cause universels (héritiers) d'une personne peuvent se voir opposer l'aveu de cette dernière. 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 recevable³⁶⁶. Dans un arrêt du 4 septembre 2017, la Cour de cassation précise qu'« à défaut de contestation de la partie à laquelle l'aveu est opposé, le juge ne doit pas exiger la production du mandat spécial conféré à son avocat pour retenir l'existence d'un aveu »³⁶⁷. 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 »³⁶⁸.

Section 4. Quand l'aveu est-il formulé ? Incidence du critère chronologique sur la distinction avec l'acte sous signature privée irrégulier

Sous-section 1. Considérations générales

Un plaideur bien avisé serait tenté de contourner les règles relatives à l'exigence d'un écrit signé en faisant valoir qu'un écrit irrégulier ou non signé constitue en réalité un aveu extrajudiciaire. 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 légale ? Il est traditionnellement enseigné que, contrairement à une preuve écrite, un aveu constitue une déclaration qui est faite, en principe, *après* le fait matériel ou juridique avoué.

Dans un arrêt du 26 septembre 2016, la Cour de cassation a décidé qu'« un écrit qui est rédigé à titre de preuve d'une dette et qui ne répond pas à la prescription de l'article 1326 de l'ancien Code civil, ne peut valoir aveu judiciaire sous peine de porter atteinte aux règles de la preuve en matière civile »³⁶⁹.

Dans un arrêt du 22 janvier 2021, la Cour de cassation précise le moment auquel doit être faite une déclaration pour constituer un aveu extrajudi-

³⁶⁵ Cass., 21 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 573 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 351-352, n° 263.

³⁶⁶ D. MOUGENOT, *ibid.*, p. 363, n° 276.

³⁶⁷ Cass., 4 septembre 2017, *Pas.*, 2017, pp. 1544-1545 ; voy. également Cass., 18 septembre 1964, *Pas.*, 1965, p. 61.

³⁶⁸ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 356, n° 266.

³⁶⁹ Cass., 26 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1802.

ciaire³⁷⁰. Elle nuance cependant le critère chronologique énoncé dans sa jurisprudence antérieure.

En effet, dans cet arrêt, la Cour décide que :

« Il suit de cette définition que la convention de prêt de consommation a un caractère réel, dans la mesure où sa naissance dépend non seulement d'une expression de la volonté des parties mais aussi de la transmission de la chose prêtée.

5. Selon l'ancien article 1354 de l'ancien Code civil, l'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

En cas de prêt de consommation, aussi bien l'expression de la volonté concernant l'obligation de remboursement que la transmission de la chose prêtée peuvent faire l'objet d'un aveu extrajudiciaire.

Pour qu'une déclaration puisse entrer en considération comme aveu de la transmission d'une chose prêtée, il n'est pas exigé que la déclaration soit faite après la manifestation de l'expression de la volonté concernant l'obligation de remboursement.

6. Dès lors ne justifient pas légalement leur décision les juges d'appel qui considèrent que la reconnaissance de feu M.M. à l'article 1 de la convention de prêt ne peut être considérée comme un aveu extrajudiciaire dès lors qu'il n'apparaît pas que la déclaration a été faite après la naissance de l'acte juridique.

Le moyen est fondé. »

La Cour reproche au juge du fond d'avoir considéré que la déclaration constituant un aveu extrajudiciaire doit nécessairement être postérieure à l'émission de la volonté. En l'espèce, la postériorité doit s'apprécier par rapport à la remise des fonds et non par rapport à l'émission de la volonté.

Sous-section 2. La qualification comme aveu d'un acte sous signature privée irrégulier

De manière générale, la doctrine majoritaire exclut qu'un acte sous signature privée irrégulier puisse constituer un aveu extrajudiciaire³⁷¹.

Un acte sous signature privée irrégulier³⁷² doit être analysé comme un commencement de preuve par écrit ou comme une présomption de fait. Il ne peut être analysé comme un aveu extrajudiciaire.

Mais comment départir l'acte écrit irrégulier de l'aveu ?

³⁷⁰ Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.20.0129.N, www.juportal.be.

³⁷¹ D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants », in F. GEORGE et al. (dir.), *Liber Amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 75. *Contra* : B. SAMYN, « Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis », *R.D.J.P.*, 2011, pp. 34 et s.

³⁷² Par exemple, on ne peut pas considérer qu'un acte de vente établi en un seul exemplaire (violation de l'article 8.20 – ancien article 1325) fait quand même preuve de la vente parce qu'il contient l'aveu par le vendeur de son intention de vendre et par l'acheteur de son intention d'acheter. Voy. D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, p. 75.

La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 26 septembre 2016 vu ci-avant, qu'« [u]n 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 avec judiciaire sous peine de porter atteinte aux règles de la preuve en matière civile »³⁷³. La Cour de cassation indique clairement que « contrairement à une preuve écrite, un aveu constitue une déclaration qui est faite après le fait matériel ou juridique avoué ».

L'aveu extrajudiciaire écrit n'est pas un écrit au sens de l'article 8.9 et il échappe, dès lors, aux exigences de la preuve réglementée (article 8.13 du Code civil). Un aveu peut, en outre, être prouvé par tous modes de preuve, étant un acte juridique unilatéral (article 8.10 du Code civil).

Comme le précise très justement Rafaël Jafferali, « l'aveu écrit – s'il est admis largement – pourrait aboutir à remettre en cause tout le système de la preuve réglementée. Il suffirait en effet de soutenir qu'un écrit irrégulier (dès lors qu'il est non signé ou ne satisfait pas aux exigences des articles 8.20 ou 8.21) vaudrait à tout le moins comme aveu écrit de la convention »³⁷⁴ (et non comme commencement de preuve par écrit par exemple).

Un écrit irrégulier ne peut constituer un aveu extrajudiciaire sous peine de « contourner tout le formalisme imposé par le Code civil concernant les actes sous signature privée. Sauf à vouloir sciemment détricoter tout le régime de la preuve légale, il s'agit donc d'une voie dans laquelle il ne faut pas s'engager »³⁷⁵.

La doctrine et la jurisprudence ont dès lors dégagé cinq critères afin de pallier cette assimilation incorrecte.

1. Le critère de l'auteur de l'écrit :

L'écrit réglementé au sens de l'article 8.9 du Code civil émane nécessairement de l'une des parties au contrat. Si, au moment où l'écrit est rédigé, il émane d'un tiers au contrat, il ne peut s'agir d'un écrit réglementé mais tout au plus d'un aveu écrit³⁷⁶. Encore faut-il bien sûr, pour que cet aveu soit d'une quelconque utilité pour la partie qui s'en prévaut, qu'au moment où la contestation surgit, le tiers soit venu aux droits de l'une des parties au contrat (un héritier par exemple)³⁷⁷.

2. Le caractère unilatéral de l'écrit :

Dès lors que l'aveu est un acte juridique unilatéral, si l'écrit émane de plusieurs parties, il ne peut en principe s'agir d'un aveu.

3. Le critère chronologique :

Comme vu ci-avant, la Cour de cassation, dans son arrêt du 26 septembre 2016, décide que l'aveu est par définition postérieur au fait matériel ou juridique avoué.

³⁷³ Cass., 26 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1802.

³⁷⁴ R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 445-446.

³⁷⁵ D. MOUGENOT, « Quelques précisions concernant l'aveu extrajudiciaire », *J.T.*, 2021, p. 505.

³⁷⁶ R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 445-446.

³⁷⁷ Cass., 25 mars 1880, *Pas.*, 1880, I, p. 107, cité par R. JAFFERALI, *ibid.*, note 114.

Ce critère chronologique est repris mais nuancé par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 janvier 2021. La Cour de cassation relève que le prêt à consommation est un contrat réel qui suppose donc deux éléments : la remise effective de la chose prêtée et une manifestation de volonté des parties. Or, le juge du fond a considéré que la remise des fonds n'était pas établie par la déclaration de volonté parce que celle-ci n'était pas postérieure à la convention. La cour d'appel est donc bien consciente de la nécessité de postériorité pour qu'une déclaration puisse constituer un aveu, mais elle mélange les deux éléments constitutifs du contrat. En réalité, la déclaration de M.M. prouvait deux choses : d'une part, sa volonté d'emprunter une somme à son frère et, d'autre part, la réalité de la remise de cette somme. Si la manifestation de la volonté de M.M. était concomitante à la rédaction de la convention qui la contient, en revanche la remise des fonds a pu se faire avant. Donc, la déclaration de M.M. dans la convention était postérieure à ce transfert de fonds et pouvait effectivement constituer un aveu de ce transfert.

La Cour de cassation reproche donc au juge du fond d'avoir considéré que la déclaration constituant aveu extrajudiciaire devait nécessairement être postérieure à l'émission de la volonté. Dans le cas d'espèce, cette postériorité devait s'apprécier par rapport à la remise des fonds et non pas par rapport à l'émission de la volonté.

Ce critère de la postériorité n'est malheureusement pas non plus décisif. En effet, Rafaël Jafferali fait observer à juste titre que l'*instrumentum* peut être établi après l'opération qu'il est censé constater³⁷⁸. Dès lors, si l'écrit produit a été établi en même temps que la conclusion de l'opération à prouver, la qualification d'aveu écrit peut être écartée. En revanche, si l'écrit est postérieur à la conclusion du contrat, le critère chronologique ne suffit pas, à lui seul, à distinguer l'aveu écrit de l'écrit réglementé.

La Cour de cassation a refusé de faire de la postériorité un critère décisif³⁷⁹. Dans un arrêt du 15 novembre 2018³⁸⁰, elle décide que « [c]onstitue 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.

L'arrêt, qui constate que les défenderesses fondent leur demande en remboursement de sommes sur deux reconnaissances de dette signées par les demandeurs, n'a pu, sans violer l'article 1326 du Code civil, décider que cette disposition ne s'applique pas aux titres litigieux au motif qu'ils font "référence à un acte ou un engagement préexistant". La Cour de cassation refuse de reconnaître que ces reconnaissances de dettes, pourtant postérieures à la conclusion de l'opération, puissent constituer un aveu.

³⁷⁸ R. JAFFERALI, *ibid.*, p. 447.

³⁷⁹ D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, p. 77.

³⁸⁰ Cass., 15 novembre 2018, R.G. n° C.17.0440.F, www.juportal.be.

4. Le critère psychologique :
Il vise le but poursuivi par la rédaction d'un écrit. Un écrit réglementé au sens de l'article 8.9 est toujours établi par les parties en vue de servir de preuve de leur convention. En revanche, l'aveu n'est pas toujours intentionnel³⁸¹, ce que confirme le texte de l'article 8.30 du Code civil. Il ne doit pas nécessairement être fait dans l'intention de servir de preuve à la partie adverse, même s'il suppose l'intention ou l'apparence imputable d'intention de confirmer l'exactitude des faits allégués³⁸². Cette intention de fournir une preuve à la partie adverse n'est pas décisive, l'article 8.30 du Code civil reconnaissant tant l'aveu intentionnel que l'aveu « non » intentionnel³⁸³.
5. Le critère du début d'exécution de l'acte juridique :
Dominique Mougenot marque sa préférence pour le critère temporel proposé par Stefaan Declercq, à savoir le début de l'exécution de la convention, lequel « apparaît sans doute comme le plus opérationnel, pour distinguer acte irrégulier et aveu extrajudiciaire, même s'il n'est que suggéré et non imposé par la loi »³⁸⁴. La ligne de démarcation entre l'écrit réglementé et l'aveu est délicate, les critères énoncés n'étant pas décisifs même si le critère de l'enchaînement chronologique proposé par Stefaan Declercq apparaît, selon Dominique Mougenot, le plus approprié (sans être cependant décisif)³⁸⁵. Il conclut en ces termes : « La différence entre un acte sous signature privée irrégulier et un aveu réside dans le fait que l'aveu est (largement) postérieur à la conclusion de la convention. Le moment à partir duquel on peut considérer que l'on a affaire à un aveu et non plus à un acte sous signature privée irrégulier est délicat à fixer ; on pourrait toutefois raisonnablement admettre qu'une déclaration faite après le commencement d'exécution de la convention est un aveu. »³⁸⁶

³⁸¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 34. Voy. Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, 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). Voy. aussi, sur l'aveu intentionnel, D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 352 et s.

³⁸² Cass., 3 mai 2018, *Nj.W.*, 2018, p. 481, note W. VANDENBUSSCHE. Voy. sur cet arrêt I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », in S. STIJNS, *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Bruges, la Chartre, 2019, p. 142.

³⁸³ Et confirmant la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses arrêts : Cass., 23 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 63 ; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 339 ; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 652. Benoît Samyn tire parti de cette jurisprudence pour remettre en cause la distinction traditionnelle entre acte sous signature privée irrégulier et aveu extrajudiciaire. Voy. B. SAMYN, « Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis », *op. cit.*, pp. 34 et s.

³⁸⁴ D. MOUGENOT, « Quelques précisions concernant l'aveu extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 506, qui cite S. DECLERCQ, « Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen », *R.W.*, 2020-2021, n° 21, p. 12.

³⁸⁵ D. MOUGENOT, « Quelques précisions concernant l'aveu extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 506.

³⁸⁶ D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, p. 79.

Section 5. Caractéristiques de l'aveu

Sous-section 1. Principe

Comme l'indique l'article 8.30 du Code civil, « [l']aveu, qu'il soit intentionnel ou non, peut être judiciaire ou extrajudiciaire, exprès ou tacite ».

Sur le caractère non intentionnel de l'aveu, le législateur entérine la jurisprudence de la Cour de cassation³⁸⁷⁻³⁸⁸. L'aveu ne doit pas 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 »³⁸⁹. L'aveu se déduit « implicitement des déclarations ou du comportement d'une des parties qui ne peuvent faire l'objet d'une autre interprétation »³⁹⁰.

Il convient toutefois d'être prudent dans l'application de ces principes. Dominique 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. »³⁹¹

Bien que le texte n'en dise mot, l'aveu peut être oral ou écrit³⁹².

³⁸⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 34. Voy. Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, 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). Voy. aussi, sur l'aveu intentionnel, D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 352 et s.

³⁸⁸ Voy. toutefois les nuances apportées par Cass., 3 mai 2018, *Nj.W.*, 2018, p. 481, note W. VANDENBUSSCHE. 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. Voy. sur cet arrêt I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 142. Voy. les considérations reprises ci-avant sur la distinction entre l'acte écrit irrégulier et l'aveu, qui est postérieur, et les articles de Dominique Mougenot sur cette question : D. MOUGENOT, « Quelques précisions concernant l'aveu extrajudiciaire », *op. cit.*, pp. 501-506 et D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, pp. 63 et s.

³⁸⁹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 359.

³⁹⁰ L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in F. KUTY et D. MOUGENOT, *La preuve – questions spéciales*, coll. CUP, vol. 99, Liège, Anthemis, 2008, p. 168.

³⁹¹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 261.1. Voy. Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265; Cass., 27 février 1998, R.G. n° C.97.0038.F, *Pas.*, 1998, I, p. 267.

³⁹² 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 », *Rép. not., op. cit.*, p. 359).

Sous-section 2. Aveu extrajudiciaire et aveu judiciaire

§ 1. Définitions

Tant l'aveu judiciaire que l'aveu extrajudiciaire ne font pas l'objet de définition au sein de l'article 8.1 du Code civil.

Ces deux types d'aveux figuraient déjà à l'article 1354 de l'ancien Code civil et comme vu ci-avant, cette distinction est reprise à l'article 8.30 du Code civil qui énonce que « l'aveu [...] peut être judiciaire ou extrajudiciaire ».

L'aveu est judiciaire lorsqu'il est fait devant un tribunal (a) et dans un procès qui concerne le point litigieux au sujet duquel a trait l'aveu (b)³⁹³.

L'aveu extrajudiciaire est celui qui ne remplit « pas les conditions de l'aveu judiciaire ».

Ainsi ne constitue pas un aveu judiciaire la déclaration qui n'a pas été faite devant un juge (par exemple devant un expert) ou qui a été faite dans une cause autre que celle sur laquelle le juge est appelé à statuer³⁹⁴.

Le sort de l'aveu extrajudiciaire fait l'objet d'une disposition spécifique. L'article 8.31 prévoit que :

« L'aveu extrajudiciaire purement verbal n'est admis que dans les cas où la loi permet la preuve par tous modes de preuve.

L'aveu extrajudiciaire peut résulter du comportement d'une des parties, tel que l'exécution d'un contrat. Ce comportement peut être établi par tous modes de preuve.

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

L'exemple « emblématique » de l'aveu extrajudiciaire est l'aveu en action, soit l'aveu consistant dans l'exécution ou le commencement d'exécution d'une convention dont l'existence est discutée. Nous y reviendrons ultérieurement. Retenons d'ores et déjà que l'article 8.31, alinéa 2, consacre l'existence de ce type d'aveu et précise que la preuve de l'aveu en action peut être rapportée par tous modes de preuve.

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 écrit³⁹⁵.

³⁹³ Voy. D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, p. 66.

³⁹⁴ Cass., 28 juin 2018, R.G.D.C., 2019, p. 350, note I. SAMOY et S. DECLERCQ. En l'espèce, un aveu avait été fait par une partie dans une autre procédure. Voy. aussi Cass., 3 mai 2018, *Lar. Cass.*, 2019, pp. 183 et s.; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 637; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 1805.

³⁹⁵ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 367.

§ 2. Force probante de l'aveu judiciaire et de l'aveu extrajudiciaire

L'article 8.31 du Code civil met l'aveu extrajudiciaire et l'aveu judiciaire « sur un même pied » au niveau de leur force probante.

Avant l'insertion du livre 8 dans le Code civil, les auteurs considéraient majoritairement que l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire devaient recevoir la même force probante, pour autant que la sincérité de l'aveu extrajudiciaire ait été vérifiée par le juge³⁹⁶. Était donc assimilée la force probante de l'aveu extrajudiciaire à celle de l'aveu judiciaire, à cette restriction près que la sincérité de l'aveu extrajudiciaire pouvait être contrôlée par le juge³⁹⁷. Cette différence de traitement entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire se justifiait par le contexte dans lequel l'aveu judiciaire est recueilli: le fait qu'une partie fasse devant le juge une déclaration qui lui est défavorable permettait de considérer que la sincérité d'un tel acte ne pouvait pas être remise en cause³⁹⁸. Toutefois, dans un arrêt du 3 décembre 2007³⁹⁹, la Cour de cassation a relevé que le juge dispose d'un pouvoir de libre appréciation de l'aveu extrajudiciaire. « Cet arrêt semait le doute quant à la force probante de l'aveu extrajudiciaire »⁴⁰⁰ et la Cour de cassation semblait distinguer la force probante de l'aveu judiciaire de la valeur probante de l'aveu extrajudiciaire, élément soumis à la libre appréciation du magistrat.

L'article 8.31, alinéa 3, du Code civil clarifie les principes en indiquant que l'aveu extrajudiciaire a la même *force probante* que l'aveu judiciaire. Les hésitations nées en doctrine à la suite de l'arrêt rendu le 3 septembre 2007 par la Cour de cassation n'ont donc plus lieu d'être.

En outre, l'article 8.32 du Code civil précise que « l'aveu fait foi contre ses auteurs sauf s'il n'est pas sincère ». Le « législateur maintient donc le pouvoir du juge de vérifier la sincérité de l'aveu et étend ce pouvoir à toutes les formes d'aveu et donc également à l'aveu judiciaire. [...] La présomption irréfragable de l'aveu judiciaire a donc été supprimée »⁴⁰¹.

³⁹⁶ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk procesrecht – 2000-2013 », *T.P.R.*, 2015/2, n° 372, p. 898; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, n° 62, p. 637; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, *op. cit.*, n° 360, p. 195; V. DEWULF, « Les modes de preuve: entre tradition et modernité », *op. cit.*, n° 90, p. 142; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, p. 171; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 369, n° 288; I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, n° 50 et s., pp. 143 et s.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, *op. cit.*, n° 575, p. 416.

³⁹⁷ D. MOUGENOT, « Quelques précisions concernant l'aveu extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 504.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2195.

⁴⁰⁰ D. MOUGENOT, « Quelques précisions concernant l'aveu extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 503.

⁴⁰¹ D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire: mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, p. 70.

§ 3. La vérification de la sincérité de l'aveu

Il paraît pertinent de revenir sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 janvier 2021⁴⁰², lequel précise, outre le moment auquel une déclaration doit être effectuée pour valoir à titre d'aveu extrajudiciaire, la portée du contrôle du juge sur la sincérité de l'aveu extrajudiciaire.

La Cour de cassation décide que :

« Conformément à l'article 1354 de l'ancien Code civil, l'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

L'aveu extrajudiciaire suppose, dans le chef de la partie qui fait une déclaration, l'intention ou l'apparence imputable d'intention de confirmer l'exactitude des faits allégués.

Le juge apprécie souverainement en fait s'il existe une intention ou une apparence imputable d'intention de confirmer l'exactitude des faits allégués et il contrôle pour ce faire les circonstances dans lesquelles l'aveu est réalisé. Pour cela, il ne peut tenir aucun compte de la crédibilité intrinsèque de la déclaration.

2. Ainsi ne justifient pas légalement leur décision les juges d'appel qui considèrent que la reconnaissance de feu M.M. à l'article 1 de la convention de prêt ne peut être considérée comme aveu extrajudiciaire, dès lors qu'il n'est pas démontré que, au moment de la conclusion de l'accord, ou au moins dans une période proche, une remise a été faite de la somme prêtée à concurrence de 8 000 000 BEF à feu M.M. ou à son mandataire et que sa déclaration à l'article 1 de la convention de prêt n'est donc pas crédible.

Le moyen est fondé.»

Comme vu ci-avant, l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire sont soumis à un contrôle de sincérité⁴⁰³. Comme le précise Dominique Mougenot, ce contrôle doit être marginal et limité sous peine de méconnaître la force probante reconvenue à l'aveu par l'article 8.32 du Code civil⁴⁰⁴.

Selon les conclusions du premier avocat général Ria Mortier, cette vérification de la sincérité de l'aveu ne peut se fonder sur « la crédibilité intrinsèque » (*inhoudelijke geloofwaardigheid*) de la déclaration⁴⁰⁵. Le juge peut, tout au plus, se fonder sur les circonstances dans lesquelles la déclaration a été accomplie: « Le

⁴⁰² Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.20.0129.N, www.juportal.be.

⁴⁰³ Article 8.32, alinéa 2, du Code civil.

⁴⁰⁴ D. MOUGENOT, « Aveu extrajudiciaire: mécanisme important aux contours parfois fuyants », *op. cit.*, p. 70. Voy. également concl. premier av. gén. R. MORTIER sous Cass., 22 janvier 2021, www.juportal.be: « Uit wat voorafgaat volgt dat de rechter de buitengerechtigde bekentenis niet op haar inhoudelijke geloofwaardigheid mag toetsen, aangezien de buitengerechtigde bekentenis anders elke betekenis wordt ontnomen en haar bewijswaarde wordt herleid tot de bewijswaarde van een louter vermoeden. Bij de beoordeling van de vraag of er van een buitengerechtigde bekentenis sprake is, mag derhalve geen rekening gehouden worden met de inhoudelijke geloofwaardigheid van de bekentenis. »

⁴⁰⁵ Concl. premier av. gén. R. MORTIER sous Cass., 22 janvier 2021, www.juportal.be.

juge apprécie souverainement en fait si l'aveu extrajudiciaire est admis et contrôlé, à cet effet, les circonstances dans lesquelles il a été fait.»⁴⁰⁶

Comme le précise l'avocat général, dont les enseignements sont repris par la Cour de cassation :

«Daarmee wordt bedoeld dat de rechter op basis van de omstandigheden waarin de verklaring werd afgelegd, moet nagaan of het geloofwaardig is dat de verklarende partij daadwerkelijk een feit heeft willen erkennen met andere woorden of het geloofwaardig is dat in hoofde van de verklarende partij de geldige, oprechte en ernstige wil voorlag om een feit te erkennen. Maar zodra de kwalificatie als buitengerechtigke bekenenis wordt weerhouden, dringt de inhoud ervan zich aan de rechter op, net zoals het geval is bij een gerechtelijke bekenenis, en mag de rechter de bekenenis niet op haar inhoudelijke geloofwaardigheid toetsen.»⁴⁰⁷

§ 4. Synthèse

Une des différences persistantes entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire a trait à leur preuve⁴⁰⁸. L'aveu judiciaire est effectué devant le juge et peut être trouvé dans les écrits de procédure (conclusions, procès-verbal d'audience, etc.). L'aveu extrajudiciaire écrit (art. 8.31, al. 1^{er}, *a contrario*) et l'aveu en action (art. 8.31, al. 2) peuvent être prouvés par tous modes de preuve. L'aveu extrajudiciaire verbal ne peut être prouvé par tous modes de preuve que si ces moyens de preuve sont admis par la loi.

L'article 8.31 précise clairement que l'aveu en action dont la preuve se rapporte par toutes voies de droit est par ailleurs admis⁴⁰⁹. Il s'agit d'un élément important pour une partie qui, ne disposant ni d'un écrit signé ni d'un commencement de preuve par écrit, pourra rapporter la preuve de l'acte juridique allégué – dont la valeur excède 3 500 euros – lorsqu'elle peut se prévaloir, par exemple, d'un commencement d'exécution remplissant les conditions d'un aveu au sens de l'article 8.1, 10°, du Code civil.

Section 6. Force probante de l'aveu

L'article 8.32 du Code civil, déjà quelque peu analysé, traite de la force probante de l'aveu.

⁴⁰⁶ Cass., 3 mai 2018, *Nj.W.*, 2018, p. 481, note W. VANDENBUSSCHE, *R.W.*, 2018-2019 (somm.), p. 1150, note, *R.D.J.P.*, 2018, p. 148, note D. MOUGENOT. Ainsi le juge peut ne pas retenir comme aveu des éléments de preuve illicitement recueillis (Cass., 18 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 421, *Pas.*, 1985, I, p. 1008).

⁴⁰⁷ Traduction libre: Il faut entendre par là que le juge doit vérifier, sur la base des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite, s'il est crédible que le déclarant avait effectivement l'intention de reconnaître un fait; en d'autres termes, s'il est crédible que dans le chef du déclarant la volonté valable, sincère et sérieuse de reconnaître un fait était présente. Mais dès lors que la qualification d'aveu extrajudiciaire est retenue, le contenu de cet aveu s'impose au tribunal, comme c'est le cas pour un aveu judiciaire, et le tribunal ne peut pas vérifier la crédibilité intrinsèque de l'aveu.

⁴⁰⁸ D. MOUGENOT, «Aveu extrajudiciaire: mécanisme important aux contours parfois fuyants», *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 35.

Il dispose :

«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.»

Comme vu ci-avant, l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire bénéficient de la même force probante. Le législateur comble les lacunes du régime antérieur⁴¹⁰.

L'aveu est désormais soumis à l'ensemble des causes de nullité et non plus uniquement à l'erreur de fait⁴¹¹. 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 conséquences juridiques de son aveu»⁴¹². «Cette exclusion se justifie d'autant plus qu'il n'est plus exigé qu'un aveu soit intentionnel.»⁴¹³ 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'aveu⁴¹⁴.

L'aveu fait foi sauf s'il n'est pas sincère. Le juge est admis à apprécier, dans le cadre d'un contrôle marginal, la sincérité de l'aveu⁴¹⁵.

Enfin, la règle de l'indivisibilité de l'aveu complexe⁴¹⁶ et ses exceptions figurent à l'article 8.32.

L'aveu complexe constitue, selon l'article 8.1, 11°, du Code civil, un «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, dont l'une limite («réduit») ou anéantit («neutralise») l'autre⁴¹⁷. 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

⁴¹⁰ F. GEORGE, «Le nouveau droit de la preuve: quand le huitième wagon devient locomotive!», *op. cit.*, p. 655; voy aussi Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 35.

⁴¹¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 36.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ V. DE WULF, «Les modes de preuve: entre tradition et modernité», *op. cit.*, p. 143.

⁴¹⁵ Voy. *supra* et notamment D. MOUGENOT, «Aveu extrajudiciaire: mécanisme important aux contours parfois fuyants», *op. cit.*, p. 70; Cass., 22 janvier 2021 et concl. premier av. gén. R. MORTIER sous Cass., 22 janvier 2021, www.juportal.be.

⁴¹⁶ L'aveu complexe est défini à l'article 8.1, 11°, comme «un aveu assorti de précisions ou réserves qui en neutralisent ou réduisent les conséquences juridiques».

⁴¹⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil précité, p. 10.

en neutralisent ou réduisent sa portée⁴¹⁸. 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 montant⁴¹⁹.

L'indivisibilité de l'aveu complexe signifie que la partie qui invoque l'aveu complexe ne peut séparer les deux branches et retenir uniquement celle qui l'arrange. 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 débiteur⁴²⁰. En outre, l'indivisibilité de l'aveu interdit de qualifier une des branches de l'aveu de commencement de preuve par écrit autorisant l'admission de témoignages et de présomptions⁴²¹.

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 »⁴²². Dans cette hypothèse, « la partie qui invoque l'aveu à son bénéfice peut invoquer l'une des branches seulement »⁴²³. Cette exception d'origine doctrinale⁴²⁴ figure désormais dans la loi.

Chapitre 9. Les nouvelles définitions de l'écrit et de la signature en vue d'adapter le droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et du commerce électronique⁴²⁵

Introduction

L'une des principales préoccupations du législateur était de moderniser le droit de la preuve, en ouvrant ses dispositions aux nouvelles technologies de l'information et du commerce électronique.

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

⁴¹⁸ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 361-362, n° 273 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, n° 1808 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 711.

⁴¹⁹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 361-362, n° 273.

⁴²⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 36.

⁴²¹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 293 ; Cass., 2 juin 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 418 ; Cass., 5 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 161 et R.C.J.B., 1969, p. 38.

⁴²² « 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 précité, p. 36).

⁴²³ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 36.

⁴²⁴ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 294.

⁴²⁵ Ce chapitre est notamment inspiré de notre article dans le volume 193 de la CUP : E. VANSTECHELMAN, « La preuve électronique : enjeux et perspectives au regard du nouveau livre 8 du Code civil », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, *op. cit.*, pp. 186-253.

du droit de la preuve au sein du Code civil, dans un souci de codification, de simplification et de cohérence pour le praticien.

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 articles 1347 ou 1348 de l'ancien Code civil⁴²⁶.

Rappelons qu'en matière de preuve électronique, des modifications sont intervenues préalablement à l'élaboration d'un nouveau Code civil. Ainsi, la signature électronique a été introduite dans notre droit par les lois des 20 octobre 2000⁴²⁷ (laquelle a inséré un alinéa 2 au sein de l'article 1322 de l'ancien Code civil) et 9 juillet 2001⁴²⁸, lesquelles assuraient la transposition de la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques⁴²⁹. L'écrit électronique a été inséré par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁴³⁰. Ces dispositions, issues de directives, ont fait l'objet de transpositions maladroites⁴³¹. Ainsi, la doctrine déplorait notamment la rédaction peu heureuse de l'article 1322 de l'ancien 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 »⁴³², 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 la preuve est l'un des axes ayant guidé cette réforme.

⁴²⁶ Voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La Preuve*, coll. CUP, vol. 54, Liège, Formation permanente, 2002, pp. 39 et s.

⁴²⁷ 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.

⁴²⁸ 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 ».

⁴²⁹ 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.

⁴³⁰ Article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 qui assure la transposition de l'article 9 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

⁴³¹ D. MOUGENOT, « Le contexte et l'objectif de la réforme », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 10.

⁴³² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 4.

Section 1. La théorie des équivalents fonctionnels

Sous-section 1. Présentation de la théorie

La théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée au niveau international par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), au sein de sa loi type sur le commerce électronique (1996)⁴³³.

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 remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit ou la signature) »⁴³⁴.

Cette méthode permet de ne pas figer l'écrit ou la signature dans une définition stricte, mais de s'attacher plutôt à identifier les fonctions essentielles de l'écrit et de la signature. 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.

Sous-section 2. 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'information⁴³⁵, la théorie des équivalents fonctionnels est désormais reprise au sein de l'article XII.15 du Code de droit économique⁴³⁶. Cette disposition assure la transposition de l'article 9 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁴³⁷.

⁴³³ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, New York, *Publ. Des Nations unies*, 1999, p. 21. Voy. sur cette question : J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, 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.*, 2017/11, p. 203 ; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

⁴³⁴ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 341 (nous soulignons).

⁴³⁵ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 17 mars 2003. Voy. D. MOUGENOT, « Preuve et nouvelles technologies en Belgique », in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 522.

⁴³⁶ Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du livre XII, « Droit de l'économie électronique », dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au livre XII dans les livres I et XV du Code de droit économique, M.B., 14 janvier 2014.

⁴³⁷ 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.

L'article XII.15 du CDE 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})⁴³⁸.

L'article XII.15 du CDE s'applique à tout type de formalisme, en ce compris le formalisme probatoire. À défaut de précision dans le Code civil, il faut s'y référer chaque fois que l'on cherche à rapprocher un procédé électronique d'une formalité imposée à titre probatoire, en prenant soin de déterminer les fonctions qui doivent être remplies par la formalité.

Les définitions de l'écrit et de la signature figurant à l'article 8.1, 1^o, et 8.1, 2^o, sont également fonctionnelles.

Section 2. L'acte sous signature privée électronique

Introduction

L'acte sous signature privée est composé de deux éléments : un écrit et une signature⁴³⁹. Il s'agit d'analyser ces deux composantes dans un environnement numérique.

Sous-section 1. La notion d'écrit électronique

Introduction. 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 » et « instrumentum »⁴⁴⁰.

Dans le cadre d'une approche fonctionnelle, il convient donc de déterminer, dans un premier temps, les fonctions de l'écrit.

§ 1. 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 de moyens de télécommunication et de la signature électro-

⁴³⁸ F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *op. cit.*, p. 37 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 196.

⁴³⁹ 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.*, 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.

⁴⁴⁰ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 130 et les très nombreuses références doctrinales.

nique dans la procédure judiciaire mettent en évidence les trois fonctions de l'écrit⁴⁴¹ :

- *La lisibilité* : les informations contenues doivent pouvoir être accessibles à la compréhension humaine grâce à un procédé approprié. Selon l'exposé des motifs, cette lisibilité peut être directe ou indirecte⁴⁴². 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)⁴⁴³. 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 stabilité⁴⁴⁴ ou l'exigence de pérennité suppose que « l'information puisse être lue ultérieurement, dans un certain délai, après avoir été fixée sur un support »⁴⁴⁵. La fonction est relative en ce qu'elle dépend du support choisi et du procédé utilisé pour fixer les signes sur celui-ci⁴⁴⁶. S'il est vrai que le phénomène d'obsolescence des

⁴⁴¹ Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 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.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2141/1, pp. 7-8. Voy. également J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 94 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, 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 », in *Le droit des affaires en évolution — Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1996, p. 54.

⁴⁴² Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, 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.

⁴⁴³ M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, pp. 6-8 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 123 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 53.

⁴⁴⁴ 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.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 38/008, p. 26. Voy. 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 », *op. cit.*, 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, 2001, p. 72 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 141. Hervé 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*, *op. cit.*, p. 128, n° 81).

⁴⁴⁵ H. JACQUEMIN, *ibid.*, p. 124.

⁴⁴⁶ *Ibid.* et la note de bas de page 376 et p. 125. Voy., 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

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 attend⁴⁴⁷.

- *L'intégrité de l'information* : cette fonction d'intégrité ou d'inaltérabilité de l'information⁴⁴⁸ 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 modifiée⁴⁴⁹. Cette fonction est relative : « Suivant ses caractéristiques, le procédé utilisé permet de garantir, plus ou moins, l'intégrité de l'information. »⁴⁵⁰ 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°, du Code civil.

dizaines d'années, il doit à tout le moins rester lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses fonctions.»

⁴⁴⁷ Pour un commentaire plus fouillé, voy. D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », *Ubiquité*, 2000, n° 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.

⁴⁴⁸ 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 (précité, p. 26.) vise le caractère inaltérable de l'information. Hervé 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 : voy. D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 144-145 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, pp. 124-125.

⁴⁴⁹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, p. 127 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 144-145.

⁴⁵⁰ *Ibid.* Hervé 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. »

§ 2. Définition de l'écrit électronique au sein du Code de droit économique

Sans revenir sur les rétroactes législatifs en la matière⁴⁵¹, la définition fonctionnelle de l'écrit est contenue à l'article XII.15, § 2, du CDE qui dispose que «l'exigence d'un écrit est satisfaite par un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission»⁴⁵². L'article XII.15, § 2, reprend 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 en 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

L'écrit est défini à l'article 8.1, 1°, du Code civil comme «un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles 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 CDE vue ci-avant, et ce, depuis sa modification par la loi du 20 septembre 2018.

Les fonctions de stabilité, de lisibilité et d'intégrité, habituellement assignées à l'écrit, sont mises en évidence par l'article 8.1, 1°, 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»⁴⁵³, de sorte qu'elle vise tant l'écrit papier que l'écrit électronique et peut s'adapter aux évolutions technologiques futures.

⁴⁵¹ Voy. notamment 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; loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 17 mars 2003 et loi du 15 décembre 2013 portant insertion du livre XII, «Droit de l'économie électronique», dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au livre XII dans les livres I et XV du Code de droit économique, M.B., 14 janvier 2014.

⁴⁵² Art. 8 de la 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.

⁴⁵³ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 199. Les auteurs précisent que le principe de neutralité technologique vise à «concourir à l'adoption de dispositions normatives neutres,

Le mécanisme utilisé pour créer l'écrit doit en outre 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, 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 utilisé⁴⁵⁴.

Enfin, relevons que le texte vise tout support, lequel doit conférer à l'écrit ses fonctions de stabilité, de lisibilité et d'intégrité.

L'article 8.1, 1°, du nouveau livre n'utilise pas la notion de «support durable» qui a été introduite par l'article 3, 1°, de la 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 électronique⁴⁵⁵ au sein de l'article I.1, 15°, du Code de droit économique.

Les fonctions du support durable sont identiques à celles de l'écrit⁴⁵⁶. L'écrit et le support durable doivent ainsi être considérés comme des termes génériques, fonctionnellement équivalents, susceptibles de viser des procédés utilisés dans l'environnement traditionnel (le support papier) ou dans l'environnement numérique (un e-mail)⁴⁵⁷.

Sous-section 2. La signature électronique

Introduction. 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»⁴⁵⁸.

qui s'abstiennent de désigner une technologie déterminée» (voy. 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», in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 6681, p. 203).

⁴⁵⁴ Exposé des motifs précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 6.

⁴⁵⁵ 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. Voy. 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.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3153/001, p. 12.

⁴⁵⁶ Voy. 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, Larcier, 2012, pp. 194-210.

⁴⁵⁷ 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 précité, p. 17.

⁴⁵⁸ Cass., 28 juin 1982, arrêt n° F-19820628-10 (20201).

Une telle définition de la signature s'accommodait mal de l'évolution des nouvelles technologies.

§ 1. Les fonctions de la signature

Les auteurs s'accordent pour assigner deux fonctions à la signature⁴⁵⁹ :

1. 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 souscripteur⁴⁶⁰ ;
2. elle manifeste l'adhésion du signataire au contenu de l'acte⁴⁶¹ ; en signant, normalement à la fin de l'acte, l'auteur de la signature manifeste sa volonté de s'en approprier le contenu⁴⁶².

§ 2. La signature électronique au sein du droit européen : le Règlement eIDAS

A. Introduction

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 électroniques⁴⁶³. 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'ori-

ginal ou d'acte sous seing privé⁴⁶⁴. La directive visait, d'une part, à harmoniser les législations relatives à la reconnaissance juridique de la signature électronique et, d'autre part, à mettre en place un cadre juridique européen cohérent pour l'activité des prestataires de service de certification⁴⁶⁵.

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 intérieur⁴⁶⁶. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Le règlement définit un cadre légal pour différents types de procédés électroniques utilisés à des fins probatoires, dont la signature électronique⁴⁶⁷⁻⁴⁶⁸.

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

⁴⁵⁹ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, 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 », *op. cit.*, p. 555 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, n° 21 ; *Cass.*, 25 mars 1993, *Larcier Cass.*, 1993, p. 99.

⁴⁶⁰ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 161.

⁴⁶¹ M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, p. 10 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WÉRY, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil, op. cit.*, 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 (voy. 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) (voy. *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*, vol. 67, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 22).

⁴⁶² D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 161 ; *Cass.*, 30 avril 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 103, cité par D. MOUGENOT.

⁴⁶³ 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.

⁴⁶⁴ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS, op. cit.*, p. 141.

⁴⁶⁵ Considérant n° 28 de la directive européenne sur la signature électronique ; R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique, op. cit.*, pp. 201-202 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 122 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 115 ; T. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, 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 », *op. cit.*, p. 192 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 86.

⁴⁶⁶ 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.

⁴⁶⁷ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, 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.

⁴⁶⁸ Voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, 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 » (article 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. Voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 197 et spéc. note de bas de page 68.

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 économique⁴⁶⁹.

B. Le principe d'assimilation

L'article 25, § 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.

En droit belge, l'acte sur lequel est apposée la signature électronique qualifiée doit être considéré comme un acte sous signature privée faisant pleine foi de son contenu⁴⁷⁰.

C. Le principe de non-discrimination

L'article 25, § 1^{er}, du règlement européen 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. »⁴⁷¹

Il est important de préciser deux points :

Premièrement, contrairement au principe d'assimilation, la clause de non-discrimination s'applique à tout type de signature électronique⁴⁷².

⁴⁶⁹ 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.

⁴⁷⁰ Article 8.18 du Code civil.

⁴⁷¹ Voy. 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. »

⁴⁷² B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 158.

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) »⁴⁷³.

D. 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.

a. La signature électronique ordinaire (art. 3.10)

Constituent 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 signer⁴⁷⁴.

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 électroniques ne puissent être disjointes ou dissociées de l'acte auquel elles se rapportent. »⁴⁷⁵ 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 acte⁴⁷⁶.

Le signataire doit en outre avoir la volonté, en apposant les données électroniques, de signer⁴⁷⁷. Le règlement européen reste cependant muet sur la portée du terme « signer ». Selon Bénédicte 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 »⁴⁷⁸. Comme nous avons pu le voir, le droit belge appréhende la notion de signature via une démarche fonctionnelle⁴⁷⁹. Envisagée sous cet angle et au vu des deux fon-

⁴⁷³ *Ibid.* Voy. également H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », in *Pas de droit sans technologie*, coll. CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 61.

⁴⁷⁴ Article 3.10 du Règlement eIDAS.

⁴⁷⁵ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷⁶ 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 ». Voy. *ibid.*, p. 160 et D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 217.

⁴⁷⁷ Voy. 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 », *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷⁸ B. LOSDYCK, *ibid.*, p. 161.

⁴⁷⁹ M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, pp. 587-593 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, pp. 188-189.

tions 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 signature⁴⁸⁰.

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°, afin de convaincre le juge de lui donner des effets juridiques sur le plan probatoire⁴⁸¹ et de considérer le procédé qui lui est présenté comme une signature⁴⁸². Le magistrat devra procéder à une analyse des moyens techniques utilisés et vu la technicité des questions posées, mandatera au besoin un expert informatique.

b. 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 détectable⁴⁸³.

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°, et 8.1, 3°, 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 fiable⁴⁸⁴. Il incombe à la partie qui s'en prévaut

⁴⁸⁰ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 161.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 162. Voy. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 104.

⁴⁸² J.-B. HUBIN, *ibid.*, p. 105 et D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 166.

⁴⁸³ Articles 3.11 et 26 du Règlement eIDAS.

⁴⁸⁴ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 164 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 99.

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°, et 8.1, 3°, du Code civil⁴⁸⁵.

c. La signature électronique qualifiée (art. 3.12 et annexe II)

La signature électronique qualifiée doit répondre aux exigences de la signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifiée, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique⁴⁸⁶.

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, la vérification et la validation de signatures électroniques⁴⁸⁷. 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 »⁴⁸⁸. 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 suivantes⁴⁸⁹ :

- 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.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ Article 3.12 du Règlement eIDAS.

⁴⁸⁷ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, pp. 99-100.

⁴⁸⁸ D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, p. 220.

⁴⁸⁹ Voy. l'article 3.12 du Règlement eIDAS et l'annexe II du Règlement eIDAS.

- 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 premier paragraphe, point d), un prestataire de service 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 service⁴⁹⁰.

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 »⁴⁹¹ et qui est « délivrée par un prestataire de services de confiance qualifié et répondant aux exigences énumérées à l'annexe I du Règlement »⁴⁹². Concrètement, l'utilisateur d'une signature électronique qualifiée dispose d'un certificat qualifié émis par un prestataire de service de confiance qualifié et qui établit un lien irréfutable entre une clé de chiffrement et son propriétaire⁴⁹³.

En pratique également, seule la signature électronique basée sur la cryptographie asymétrique répond aux exigences imposées par le règlement européen⁴⁹⁴. 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(le)s sur une plateforme électronique sécurisée et un certificat de signature électronique qualifiée qui permet de signer des actes par voie électronique⁴⁹⁵.

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

⁴⁹⁰ Annexe II du Règlement eIDAS – Exigences applicables aux dispositifs de création de signature électronique qualifiés.

⁴⁹¹ Article 3.14 du Règlement eIDAS.

⁴⁹² Article 3.15 du Règlement eIDAS.

⁴⁹³ Article 3.14 du Règlement eIDAS. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 100.

⁴⁹⁴ Voy. B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 166.

⁴⁹⁵ 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*, *op. cit.*, pp. 361-380.

d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la recevabilité de celle-ci⁴⁹⁶. 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°, du Code civil⁴⁹⁷.

§ 3. Définition de la signature électronique au sein du Code de droit économique

Sans revenir sur les rétroactes législatifs y relatifs⁴⁹⁸, retenons que l'article XII.15, § 2, du CDE, tel que modifié par la loi du 20 septembre 2018⁴⁹⁹, dispose :

« § 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer : [...]

- que l'exigence, 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. »

§ 4. Définition de la signature électronique au sein du livre 8

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 eIDAS⁵⁰⁰. Les auteurs avaient 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, de l'ancien Code civil (en lieu et place de l'écrit).

La définition reprise à l'article 1322, alinéa 2, de l'ancien 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 ».

⁴⁹⁶ M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, *op. cit.*, p. 277 ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 100 ;

B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, p. 166.

⁴⁹⁷ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 104.

⁴⁹⁸ Voy. notamment la 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 (dite « Digital Act »).

⁴⁹⁹ Art. 8 de la 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.

⁵⁰⁰ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, pp. 170-172 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 198.

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 »⁵⁰¹.

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.

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 eIDAS*.

Si l'unicité des concepts peut paraître salutaire, il nous paraît néanmoins opportun de relever le scepticisme de certains auteurs quant à la technique de renvoi usitée par le législateur, ce qui n'est pas gage de clarté. Ainsi, Rafaël Jafferali écrit : « La définition de la signature électronique opérée à l'article 8.1 du Code civil par renvoi au règlement eIDAS est un procédé qui peut laisser sceptique. Certes, le législateur belge est lié par le règlement européen et n'aurait pu ni s'écarter des définitions édictées au niveau européen ni même reproduire celles-ci. Cela étant, on aurait pu songer, par souci pédagogique, à définir séparément les trois formes de signature électronique en renvoyant à chaque fois à la disposition pertinente du règlement eIDAS. Cette technique aurait permis au lecteur de saisir plus aisément l'existence de trois types de signature électronique soumis à des régimes différents. » L'auteur soulève un point beaucoup plus fondamental en ce qu'il pose la question de savoir si le système mis en place par le législateur belge est bien conforme au principe dit de « non-discrimination » consacré à l'article 25, § 1^{er}, du règlement européen et reproduit à l'article XII.15 du CDE entre signature manuscrite et signature électronique ainsi que, plus largement, au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution⁵⁰². Afin de se prévaloir d'une signature électronique, la partie devra apporter la preuve que celle-ci remplit les deux fonctions habituellement assignées à toute signature. À l'inverse, la signature manuscrite produit désormais ses effets de plein droit en application de l'article 8.18, sauf désaveu par celui auquel on l'oppose. Alors que la signature manuscrite « produit ses effets de plein droit (sauf désaveu), la signature électronique pour se voir reconnaître le statut de signature, suppose en amont que soient remplies les deux conditions de l'article 8.1, 2^o, à savoir qu'il soit établi qu'elle identifie son auteur et qu'elle vise à manifester sa volonté. Une telle différence de traitement est-elle bien proportionnée ? »⁵⁰³

⁵⁰¹ Article 8.1, 2^o, du Code civil (nous soulignons).

⁵⁰² R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 426-428.

⁵⁰³ *Ibid.*, pp. 427-428.

§ 5. 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 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 privée⁵⁰⁴.

En vertu du principe de non-discrimination consacré à l'article XII.15 du CDE et à l'article 25, § 1^{er}, du Règlement eIDAS, les autres signatures numériques ne peuvent 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 national⁵⁰⁵. 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).

Sous-section 3. L'acte sous signature privée électronique

Comme l'exposent très justement Florence George et Jean-Benoît Hubin, « 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 »⁵⁰⁶.

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

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

⁵⁰⁴ Article 8.18 du Code civil.

⁵⁰⁵ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », *op. cit.*, 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.

⁵⁰⁶ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 200. Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 8.

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.

L'article 8.18 du Code civil 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. » 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'article 1322, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil⁵⁰⁷.

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. 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. À 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. « Ceci 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. »⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 28 ; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *op. cit.*, p. 635. Sur la reconnaissance préalable des actes sous seing privé sous l'empire de l'article 1322 de l'ancien Code civil, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, n° 1757.

⁵⁰⁸ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, pp. 200-201.

Section 3. La force probante d'une copie

Introduction

La copie est généralement présentée comme « le parent pauvre du droit de la preuve »⁵⁰⁹.

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 signé⁵¹⁰. 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.

Sous-section 1. L'article 8.25 du Code civil

§ 1. Considérations générales

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 preuve par écrit lorsque les conditions imposées par l'article 8.1, 7^o sont réunies⁵¹¹. Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée. »

L'article 8.25 du Code civil reprend le texte de l'article 1334 de l'ancien Code civil⁵¹², modifié par la loi du 21 juillet 2016⁵¹³, qui fait référence aux systèmes

⁵⁰⁹ D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *op. cit.*, p. 602.

⁵¹⁰ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 202.

⁵¹¹ 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^o, du Code civil soient réunies. Pour un cas jurisprudentiel, voy. Mons, 27 février 2007, R.G.D.C., 2007, p. 468, note D. MOUGENOT. Voy. les développements intéressants sur le statut des copies et des photocopies de D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 189 et 192.

⁵¹² 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. »

⁵¹³ 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

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 actuel⁵¹⁴.

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 CDE et, d'autre part, les autres types de copies.

§ 2. La valeur probante des copies non réalisées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié

Les copies constituent une simple présomption de fait ou un commencement de preuve par écrit si les conditions visées à l'article 8.1, 7°, sont réunies⁵¹⁵. La présomption de fait⁵¹⁶ ne dispose d'aucune force probante tandis que leur valeur probante est appréciée librement par le juge⁵¹⁷.

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 original⁵¹⁸. 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, d'authenticité et de traçabilité, rien ne l'empêche de les considérer comme fidèles à l'original⁵¹⁹. 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 particulière⁵²⁰.

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 contes-

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.

⁵¹⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 32.

⁵¹⁵ Article 8.25, alinéa 2, du Code civil.

⁵¹⁶ Article 8.1, 15°, du Code civil.

⁵¹⁷ Articles 8.1, 14°, et 8.29, alinéa 2, du Code civil: « 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. »

⁵¹⁸ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », *op. cit.*, p. 202.

⁵¹⁹ 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*, *op. cit.*, p. 244.

⁵²⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 32.

tation 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 fragiles⁵²¹.

§ 3. 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 des copies fidèles et durables de telle sorte qu'elles sont assimilées à l'original. Il s'agit d'une présomption réfragable⁵²². Un service d'archivage électronique qualifié assure les gages d'intégrité, de lisibilité, d'authenticité et de traçabilité attachés à la copie produite en justice⁵²³. 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 I.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 »⁵²⁴.

Enfin, notons que le statut des copies numériques des actes authentiques est désormais régi par l'article 8.26 du Code civil⁵²⁵, lequel reprend les règles figurant aux articles 1335 et 1336 de l'ancien Code civil.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² J.-B. HUBIN, « La preuve électronique: développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 122.

⁵²³ Voy. les exigences relatives au service d'archivage électronique qualifié fixées par l'article XII.N1 du CDE.

⁵²⁴ J.-B. HUBIN, « La preuve électronique: développements récents et perspectives futures », *op. cit.*, p. 121; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 201. Sur cette question, voy. 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.

⁵²⁵ Article 8.26:
« § 1. 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° les grosses ou premières expéditions ont la même force probante que l'original.

Il en est de même des copies dématérialisées des actes notariés qui sont réalisés conformément à l'article 13, alinéa 1°, 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° les copies qui, sans intervention d'un juge ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, 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

Section 4. La procédure en vérification d'écriture

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. »⁵²⁶

Le législateur n'a manifestement pas choisi de revoir la procédure de vérification d'écriture visée à l'article 1323 de l'ancien Code civil, tout en se laissant la possibilité de revoir sa copie⁵²⁷. 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 »⁵²⁸.

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 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. À défaut se pose indubitablement la question d'un traitement discriminatoire entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques⁵²⁹.

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. » Voy. également Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 33.

⁵²⁶ Sur la procédure en vérification d'écriture, voy. M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », in S. BOUFFLETTE (coord.), *La preuve et le faux*, op. cit., pp. 50-60.

⁵²⁷ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., p. 204.

⁵²⁸ Voy. également Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 28.

⁵²⁹ R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », op. cit., pp. 426-428.

Pour une certaine doctrine, par contre, il devra à tout le moins apporter des éléments rendant vraisemblables la perte ou la fraude⁵³⁰.

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'écriture⁵³¹.

Section 5. La formalité des originaux multiples

L'article 1325 de l'ancien Code civil s'accommodait difficilement au contexte des échanges dématérialisés où l'acte écrit est produit en un seul exemplaire⁵³². 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 ?

L'article 8.20 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.

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°, 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°, du présent livre⁵³³.

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. »

⁵³⁰ Dominique 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 », *Rép. not., op. cit.*, pp. 255-256, n° 158).

⁵³¹ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., p. 205.

⁵³² *Ibid.*, p. 204. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, p. 29.

⁵³³ Voy. D. MOUGENOT, « Les obligations », *Rép. not., op. cit.*, n° 140 et les références citées.

L'exigence des originaux multiples ne s'applique pas aux contrats conclus par échange de courriers et aux contrats conclus par voie électronique.

Chapitre 10. Le droit transitoire en bref

Introduction

L'article 75 de la loi du 13 avril 2019 traite, sommairement, de l'entrée en vigueur du livre 8 et dispose 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 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. »

L'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 2019 était fixée au 1^{er} novembre 2020.

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. Il est prévu que cet article n'entrera 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. L'article précité mentionne « une date à fixer par le Roi ». Notons que l'arrêté royal du 18 mars 2020 entré en vigueur le 24 mars 2020 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^o, alinéa 2, du même livre qui s'intéresse à certaines copies d'actes authentiques. Il est précisé que cet article n'entre en vigueur qu'à la date prévue à l'article 26, alinéa 1^{er}, 3^o, de ladite loi, à savoir à « une date à fixer par le Roi et au plus tard le 1^{er} janvier 2020 ».

Enfin, l'incapacité d'une des parties de modifier l'acte ou sa date ne sera régie par l'article 8.22, 3^o, du Code civil 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'État⁵³⁴, qui s'inquiétait de l'absence de régime transitoire.

⁵³⁴ 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>, p. 5/42.

Or, même si l'alinéa 3 de l'article 75 résout certaines difficultés, il n'apporte pas de vue d'ensemble sur la problématique.

Les travaux préparatoires apportent un premier éclairage. Ils 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. »⁵³⁵ Cela signifie aussi que la loi ancienne reste d'application aux modes de preuve préconstitués⁵³⁶. À l'égard des parties, la loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux contrats futurs⁵³⁷. À l'égard des tiers ou en ce qui concerne la preuve des faits, elle est d'application immédiate⁵³⁸.

En l'absence de dérogation expresse aux principes généraux de droit transitoire, ce sont les principes de droit commun qui sont applicables. Dès lors, deux règles sont primordiales dans la résolution de ces conflits :

1. l'article 1.2 du Code civil qui régit toutes les matières (notamment les règles de preuve qui sont liées au fond du droit) : principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle, principe d'application immédiate de la loi nouvelle et la règle de l'effet différé⁵³⁹ ;
2. l'article 3 du Code judiciaire qui s'intéresse aux règles de procédure : principe d'application immédiate de la loi nouvelle sauf pour les preuves préconstituées et les présomptions légales.

Section 1. Article 1^{er} de l'ancien Code civil et article 1.2 du Code civil

Conformément à l'article 1^{er} (ancien article 2 renuméroté⁵⁴⁰) de l'ancien Code civil, « [l]a 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 vigueur⁵⁴¹, 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

⁵³⁵ Cass., 16 septembre 2013, R.G. n° C.12 0032.F, *Pas.*, 2013, p. 1678.

⁵³⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 205-206 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Story-Scientia, 1999, pp. 74-75.

⁵³⁷ Dans la version soumise au Conseil d'État, il était indiqué : « À l'égard des parties, la loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux contrats futurs ou à l'occasion du renouvellement des contrats en cours. À 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.

⁵³⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, pp. 38-39.

⁵³⁹ Proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, pp. 8-9.

⁵⁴⁰ Voy. l'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.

⁵⁴¹ Voy., sur le principe d'application immédiate, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 123 et s.

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 fixés⁵⁴².

Une exception d'une importance non négligeable est toutefois d'application en matière contractuelle⁵⁴³. Le contrat demeure gouverné par la règle de la survie de la loi ancienne⁵⁴⁴.

Une exception à l'exception complexifie encore le régime⁵⁴⁵. 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 cours⁵⁴⁶⁻⁵⁴⁷.

Ces différents principes sont désormais explicitement consacrés à l'article 1.2 du Code civil relatif à l'application de la loi dans le temps et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Selon cette disposition :

«La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle n'a pas d'effet rétroactif à moins que cela ne soit indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général.

Sauf disposition contraire, la loi nouvelle est applicable non seulement aux situations nées après son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne qui se produisent ou perdurent sous la loi nouvelle, pour autant qu'il ne soit pas ainsi porté atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés.

Par dérogation à l'alinéa 2, la loi ancienne reste applicable aux contrats conclus sous l'empire de cette loi, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public ou impérative ou si elle prescrit son application aux contrats en cours. Néanmoins, la validité du contrat demeure régie par la loi applicable au moment de sa conclusion.»⁵⁴⁸

⁵⁴² Cass., 2 janvier 2017, R.G. n° S.15.0018.F, *Pas.*, 2017, p. 18; Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 1115.

⁵⁴³ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 62 et s.

⁵⁴⁴ Voy. 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.

⁵⁴⁵ Voy. T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, *op. cit.*, pp. 62 et s. Voy. aussi E. BEGUIN et A. CAPRASSE, «Le droit transitoire», in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 481.

⁵⁴⁶ Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 1115. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, *op. cit.*, pp. 129 et s.; voy. 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.

⁵⁴⁷ 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 à E. WYMEERSCH, «Intertemporaal recht in verband met de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet», *R.W.*, 1992-1993, pp. 1009-1016). Voy., sur les autres critères proposés en doctrine, T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, *op. cit.*, pp. 67-75. L'auteur propose, par ailleurs, plusieurs méthodes alternatives. *Ibid.*, pp. 75 et s.

⁵⁴⁸ Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} «Dispositions générales» du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022. L'article 4 de cette loi abroge l'article 1^{er} de l'ancien Code civil, tel que renuméroté par la loi du 18 juin 2018.

En application de ces principes, il peut être déduit 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 indépendants⁵⁴⁹ ;
- vu leur caractère impératif, les règles relatives aux effets probatoires attachés à la facture⁵⁵⁰, aux actes authentiques⁵⁵¹ et à la preuve de l'engagement unilatéral de payer⁵⁵² seront d'application immédiate.

Section 2. Article 3 du Code judiciaire

Sous-section 1. Principe

L'article 3 du Code judiciaire dispose que « [l]es lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours sans dessaisissement cependant de la juridiction qui, à son degré, en avait été valablement saisie et sauf les exceptions prévues par la loi ».

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 leur admissibilité que de leur déroulement, ainsi que les voies d'exécution »⁵⁵³.

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 »⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Voy. F. GEORGE, «La réforme du droit de la preuve: droit transitoire», *op. cit.*, p. 289.

⁵⁵⁰ Article 8.11, § 4, du Code civil; voy. F. GEORGE, *ibid.*, p. 287.

⁵⁵¹ Article 8.17 du Code civil.

⁵⁵² Article 8.21 du Code civil; voy. F. GEORGE, «La réforme du droit de la preuve: droit transitoire», *op. cit.*, p. 289.

⁵⁵³ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaires des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, *op. cit.*, p. 153, reproduit par C. DE BOE, «Le droit transitoire», in *Le code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 360. Voy. également G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. I, *Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 118.

⁵⁵⁴ C. DE BOE, «Le droit transitoire», *op. cit.*, p. 361.

En application de ces principes, il peut être affirmé que relèvent de cette catégorie des lois de procédure :

1. le principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve⁵⁵⁵ ;
2. la faculté nouvelle octroyée au juge par l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil⁵⁵⁶ ;
3. la règle de l'article 877 du Code judiciaire⁵⁵⁷ ;
4. les règles relatives au degré de preuve visées par les articles 8.5 et 8.6 du Code civil⁵⁵⁸ ;
5. les règles relatives au serment⁵⁵⁹ ;
6. la faculté pour le juge d'ordonner la production partielle de la comptabilité d'une entreprise⁵⁶⁰.

Par conséquent, les dispositions y relatives s'appliquent aux « procès en cours même si ceux-ci se rapportent à des faits antérieurs »⁵⁶¹, mais ne pourront porter atteinte aux actes faits au temps de la loi précédente (remise en cause de la régularité d'une mesure d'instruction)⁵⁶² sous peine de rétroactivité.

Sous-section 2. Exceptions à l'article 3 du Code judiciaire

Plusieurs exceptions au principe d'application immédiate qui figure à l'article 3 du Code judiciaire sont cependant reconnues en doctrine. Elles visent les preuves préconstituées⁵⁶³ et les présomptions légales⁵⁶⁴.

⁵⁵⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., pp. 206-207.

⁵⁵⁶ F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve: droit transitoire », op. cit., p. 281. Voy. sur des applications de ce principe notamment Anvers, 22 novembre 2021, R.G. n° 2020/AR/826, T.Gez., 2021-2022/5, pp. 416-418 ; Trib. entr. Liège, div. Liège (4^e ch.), 25 juin 2021, J.L.M.B., 2021/32, pp. 1456-1465 : « En règle, et sauf disposition d'ordre public ou impérative, le droit de la preuve issu de l'ancien Code civil régit encore les relations contractuelles ou les obligations extracontractuelles nées avant l'entrée en vigueur du nouveau livre VIII du Code civil. Les présomptions admises par la loi nouvelle ne pourront être tirées de faits antérieurs à son entrée en vigueur. Pour autant, la loi nouvelle s'applique immédiatement lorsqu'il s'agit de prouver un acte juridique, comme un paiement, effectué sous l'empire de la loi nouvelle, ceci même si cet acte a trait à un contrat né sous l'empire de la loi ancienne. Les pouvoirs du juge sont distincts de ceux des parties et sont régis immédiatement par la loi nouvelle même pour les contrats nés sous l'empire de la loi ancienne. Partant, la nouvelle possibilité pour le juge d'inverser la charge de la preuve issue du nouveau livre VII du Code civil peut être mobilisée, y compris concernant des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. » (nous soulignons)

⁵⁵⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 208.

⁵⁵⁸ F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve: droit transitoire », op. cit., p. 286.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 290. Voy. la distinction entre le serment et l'aveu faite par l'auteur. Le serment ressort effectivement de l'activité du juge, à l'inverse de l'aveu – à tout le moins extrajudiciaire. Sur la question du droit transitoire des dispositions relatives à l'aveu en action, voy. Civ. Brabant wallon, 23 décembre 2021, R.G. n° 21/746/A, inédit.

⁵⁶⁰ Voy. F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve: droit transitoire », op. cit., p. 290.

⁵⁶¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 208.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 210.

⁵⁶³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}, Principes généraux, 3^e éd., Paris, Librairie Cotillon, 1904, p. 97.

⁵⁶⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., pp. 205-206.

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 »⁵⁶⁵. 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'article 1341 de l'ancien Code civil remplacé par l'article 8.9 du Code civil. On enseigne que « la preuve qui doit être établie avant tout procès, doit l'être au moment où se produit le fait ou l'acte qu'il s'agit de prouver »⁵⁶⁶.

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 1^{er} 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 juridique⁵⁶⁷. Seuls les faits survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pourront être pris en compte.

⁵⁶⁵ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz, 2008, n° 53, p. 234.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil précité, pp. 38-39.