

## Réforme du droit de la preuve et pratique notariale

Matthieu Van Molle

*Notaire*

*Chargé de cours à l'ULiège*

*Maître de conférences à l'ULB*

### Section 1. Cadre général de la réforme

1. La loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve »<sup>1</sup> contient un objet double : d'une part, elle crée le *nouveau* Code civil, appelé à remplacer lors de son entrée en vigueur l'actuel Code (qui deviendra alors l'*ancien* Code civil) ; d'autre part, elle réforme le droit de la preuve et rassemble les dispositions qui lui sont applicables dans un nouveau livre 8 dans le *nouveau* Code civil. En vertu de son article 75, cette loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2020.

Le régime de la preuve privée en droit belge ne s'en trouve pas révolutionné. La loi codifie celui-ci à droit constant, modernise certaines dispositions, intègre certaines solutions jurisprudentielles et insère certaines nouveautés.

2. L'ambition du législateur est de « faire entrer le droit de la preuve dans le 21<sup>e</sup> siècle »<sup>2</sup>. Le régime actuel de la preuve légale est maintenu dans ses grandes lignes et il se voit assoupli à certains égards<sup>3</sup> :

1° le plafond de 375 € au-delà duquel la preuve écrite est exigée est considérablement augmenté puisqu'il est porté à 3.500 € (*futur art. 8.9*) de sorte qu'il sera possible de recourir à la preuve libre pour un plus grand nombre d'opérations juridiques ;

2° la preuve libre est généralisée pour tous les actes unilatéraux (*futur art. 8.10*) et est étendu à toutes les entreprises et non plus uniquement aux seuls commerçants (*futur art. 8.11*), afin de se conformer avec l'évolution du droit économique ;

3° la preuve libre est généralisée à l'égard des tiers, tant lorsque ces derniers doivent prouver l'existence d'un acte juridique que lorsque les parties doivent prouver contre les tiers, à l'exception de la date (*futur art. 8.14*).

Au rang des modifications par rapport au droit actuel, l'exposé des motifs épingle encore l'introduction d'un pouvoir accordé au juge de répartir la charge de la preuve dans certains cas exceptionnels (*futur art. 8.4*) et l'assouplissement de la preuve des faits positifs impossibles à prouver de manière certaine (*futur art. 8.5*).

3. La réforme intègre enfin un certain nombre de définitions dans le futur article 8.1 du Code civil.

---

<sup>1</sup> M.B., 14 mai 2019, p. 46.353.

<sup>2</sup> Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/1, p. 4.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

Le 1° de cette disposition offre une définition ouverte de l'*écrit*, inspirée de la règle figurant à l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique : l'*écrit* est « 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 ». Cette définition s'affranchit du support « papier » traditionnel pour s'ouvrir à tout type de support. Elle est fonctionnelle ; trois fonctions sont attendues du support : intelligibilité, durabilité et intégrité de l'information y contenue<sup>4</sup>.

La *signature* est entendue 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°). Elle doit répondre à deux fonctions traditionnelles : imputer la signature à une personne déterminée et manifester une volonté à l'égard de l'acte signé. Par rapport à la définition traditionnelle de la Cour de cassation, cette définition n'insiste plus sur le caractère habituel de la marque apposée par le signataire ; nul doute cependant que cet élément sera encore déterminant à l'avenir dans l'appréciation effectuée par le juge de fond quant au critère de volonté. La signature électronique, quant à elle, est définie par renvoi au 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 (art. 8.1, 3°) ; nous y reviendrons.

L'acte sous signature privée est « 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'acte authentique est « un écrit reçu, avec les solennités requises, par un officier public ou ministériel ayant compétence et qualité pour instrumenter » (art. 8.1, 5°). Cette disposition correspond à l'ancien article 1317 du Code civil, dont le texte est légèrement remanié sur la forme. On y retrouve néanmoins les trois caractéristiques traditionnelles, demeurées inchangées : l'intervention d'un officier public ayant qualité, c'est-à-dire investi de la fonction d'authentifier, qui instrumente dans le champ de ses compétences – personnelles, territoriales et matérielles – et avec les solennités – conditions de forme – requises par la loi.

## **Section 2. Régime de la force probante des actes authentiques**

### **§ 1. Portée de la force probante**

#### **4. Les actes notariés font foi en justice (art. 19 L. org.).**

La force probante des actes authentiques est plus généralement exposée dans le futur article 8.17, qui ne s'éloigne guère, en substance, de l'article 1319 du Code civil qui le précède. Elle s'oppose ainsi à la force probante de l'acte sous seing privé, qui nécessite la reconnaissance par la partie à laquelle on l'oppose – avec la possibilité de négation (art. 1323 C. civ. ; futur art. 8.19).

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 6.

L'acte authentique fait donc foi de son *origine*, c'est-à-dire de l'attribution de la signature à la partie comparante, jusqu'à inscription de faux.

En outre, les prescriptions relatives au nombre d'exemplaires, au « bon pour » et à la date certaine ne sont pas applicables aux actes authentiques (comp. art. 1325, 1326 et 1328 C. civ., appl. uniquement aux actes sous seing privé ; *futurs* art. 8.20, 8.21 et 8.22).

**5.** La force probante propre à l'authenticité de l'acte ne s'attache toutefois qu'à *ce que le notaire a mission ou pouvoir de constater*<sup>5</sup>. Le notaire est chargé de constater la présence et l'identité des parties comparant devant lui, la date de l'acte<sup>6</sup>, ainsi que la *réalité* des déclarations ou confirmations des parties et de l'apposition de leur signature. Les constats et mentions du notaire relatifs à ces éléments, qui forment le *contenu* de l'acte, sont couverts par l'authenticité et doivent par conséquent être reconnus pour véridiques, jusqu'à inscription de faux.

Le texte du futur article 8.17 conforte cette analyse traditionnelle : « L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public ou ministériel a personnellement accompli ou constaté, sans possibilité pour les parties d'y déroger. Est nulle toute convention qui déroge à cette règle. »

On distingue l'inscription de faux civil (seul l'acte est visé – art. 895 et 896 C. jud.) et l'inscription de faux pénal (l'auteur de l'acte est visé – art. 448 à 464 C. pén.) et, dans le premier cas, le faux principal (objet premier de la procédure) et le faux incident (soulevé incidemment dans le cadre d'une action principale). Tant qu'aucune inscription de faux n'a lieu, l'acte authentique conserve toute sa force probante. La possibilité de surseoir à statuer n'est offerte au juge saisi de l'action fondée sur l'acte authentique litigieux que moyennant cette inscription de faux (art. 1319, al. 2, C. civ.)<sup>7</sup>.

Ce que le notaire n'a pas pour mission ou pouvoir de constater n'est pas couvert par la force probante de l'acte et ne vaut dès lors que jusqu'à preuve contraire. Ainsi en est-il de la confirmation par le notaire de la santé d'esprit du testateur (art. 901 C. civ.) ; la preuve contraire peut être rapportée sans devoir inscrire l'acte en faux. Ou encore de la vente à un prix réduit, constitutive d'une donation indirecte de la différence entre le prix déclaré et la valeur réelle de l'immeuble : le notaire n'a pas le pouvoir de sonder l'esprit des parties comparantes afin de juger de leur sincérité ou déceler leur intention cachée ; la donation peut dès lors être prouvée par toutes voies de droit<sup>8</sup>.

**6.** Le notaire authentifie la *réalité* des déclarations des parties mais celles-ci peuvent être mensongères. La force probante ne s'étend pas à la *sincérité* des déclarations ; les

---

<sup>5</sup> M. DECLAIRFAYT, « La force probante des actes notariés », *Rép. not.*, T. XI, L. VI-1, Bruxelles, Larcier, 1983, n° 27 ; H. DE PAGE par P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, T. II, *Les obligations*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1752. Bruxelles, 5 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 42, *Rev. not. b.*, 2014, p. 584 (simulation, acte apparent reçu en la forme authentique).

<sup>6</sup> Et non l'heure.

<sup>7</sup> Voy. par exemple Civ. Nivelles, 23 juillet 2009, *J.T.*, 2009, p. 675.

<sup>8</sup> Liège, 23 avril 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 612.

parties restent en droit d'élever ultérieurement une contestation contre cette sincérité, qui ne met pas en cause l'authenticité de l'acte.

Il n'est donc pas nécessaire de requérir l'inscription en faux de l'acte authentique pour rapporter la preuve de la simulation des parties, à condition de respecter la hiérarchie des preuves voulue par le Code civil.

## **§ 2. Sanction de l'acte authentique irrégulier**

7. L'acte authentique irrégulier est actuellement sanctionné par l'article 1318 du Code civil ; cette disposition est *reprise*, en substance, par le futur article 8.16.

L'acte n'est pas authentique en cas d'incompétence ou d'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme. Sous le terme 'capacité' sont visées les capacités légales – nomination, prestation de serment, etc. – et naturelles – aptitudes à exercer – et sous le terme 'compétence' sont visées les compétences personnelle, territoriale et matérielle. Cette règle, déjà admise précédemment, ne change pas.

Remarquons que cet acte irrégulier ne perd pas son authenticité, par l'effet d'un quelconque mécanisme de nullité ; il n'est pas authentique, dit le texte de loi, car il n'a jamais pu l'être à défaut de qualité ou de compétence dans le chef de son auteur.

8. L'acte qui n'est pas authentique pour les raisons précitées vaut néanmoins toujours comme écrit sous signature privée, s'il a été signé par la ou les parties. La réforme maintient cette règle traditionnelle.

9. En cas d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte (*futur art. 8.17, al. 2*). La suspension ne sera désormais plus automatique, même en cas de faux principal, de sorte que cette situation est alignée sur la règle applicable auparavant au faux incident. Il s'agit ici d'un souci de cohérence et d'éviter les procédures abusives.

## **§ 3. Force probante des copies**

10. Le Code civil organise, dans ses articles 1334 et suivant, le régime de la force probante des copies.

De manière générale, la loi nouvelle reprend ce régime mais innove sur le principe. En effet, l'article 8.25, qui remplace l'article 1334 du Code civil, débute par ces termes : « 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. »

La copie électronique qualifiée<sup>9</sup> est donc présumée être identique à l'original et, par conséquent, a une valeur probante identique à celui-ci. L'original ne doit pas être produit

---

<sup>9</sup> L'article XII.28 du CDE désigne le service d'archivage électronique qualifié comme celui tenu par « un prestataire de service d'archivage électronique qualifié et un organisme du secteur public ou une personne

par le demandeur avec sa demande – ceci est nouveau<sup>10</sup> – mais le défendeur peut renverser la présomption, auquel cas on imagine qu’il exigera la production de l’original afin de collationner la copie avec celui-ci<sup>11</sup>.

Dans les autres cas, « le juge apprécie librement la valeur probante des copies qui lui sont présentées »<sup>12</sup>. La copie constitue alors une présomption de fait ou, le cas échéant, un commencement de preuve par écrit si les conditions en sont réunies (*futur* art. 8.25, al. 2).

**11.** S’agissant des actes authentiques en particulier, et lorsque le titre original ne peut plus être présenté (par exemple, une minute perdue), les copies font foi selon des degrés distincts. L’article 8.26 *futur* reproduit les articles 1335 et 1336 du Code civil, tout en ajoutant une référence supplémentaire à la Banque des Actes Notariés (NABAN) :

- les grosses ou premières expéditions ont la même force probante que l’original ;
- il en est de même des copies dématérialisées des actes notariés, réalisées conformément à l’article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi organique du notariat et conservées dans la Banque des Actes Notariés conformément à l’article 18 de la même loi ;
- les copies tirées « par »<sup>13</sup> un magistrat, conformément à la procédure instituée par les articles 1372 et suivants du Code judiciaire, en présence des parties ou celles-ci dûment appelées, ainsi que les copies tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque, font pareillement pleine foi ;
- les autres copies font foi lorsqu’elles sont anciennes, c’est-à-dire quand elles ont plus de trente ans, et pour autant qu’elles aient été délivrées par le notaire instrumentant ou par son successeur, c’est-à-dire qu’elles ont été tirées de l’original conservé par ce dernier ;
- les autres copies – celles qui ne sont pas anciennes ou celles qui n’ont pas été délivrées par le notaire qui en a la détention – ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit ;
- les copies de copies peuvent, selon les circonstances, être considérées comme de simples renseignements.

La transcription d’un acte sur les registres de la conservation des hypothèques ne peut servir que de commencement de preuve par écrit, à condition que la perte de la minute soit démontrée, par présomptions notamment, et qu’il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l’acte a été fait à la même date. La preuve du contenu de l’acte peut alors

---

physique ou morale qui exploite pour son propre compte un service d’archivage électronique qualifié [qui] satisfont aux dispositions du règlement 910/2014 applicables au prestataire de services de confiance qualifié et aux exigences visées » par le CDE lui-même et son annexe I.

<sup>10</sup> Exp. motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/1, p. 32.

<sup>11</sup> Voy. la procédure organisée par l’art. 1382 C. jud.

<sup>12</sup> Exp. motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/1, p. 32.

<sup>13</sup> Le texte précédent indiquait « par l’autorité » d’un magistrat, c’est-à-dire sur son ordonnance, ce qui nous paraît plus exact ; en effet, c’est toujours le notaire qui délivre les copies et non le juge ou son greffier.

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

### **Section 3. Acte sous signature privée et preuve de la vente d'immeuble**

#### **§ 1. Régime de l'acte sous signature privée**

**12.** La loi nouvelle modernise légèrement les appellations : l'acte sous seing privé devient l'acte sous signature privée.

Il est toujours soumis à deux exigences formelles :

- le *futur* article 8.20 reprend l'article 1325 du Code civil et impose que l'acte sous signature privée soit établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et mentionne le nombre des originaux qui en ont été faits. Deux exceptions sont introduites : d'une part, l'exigence de pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats établis de manière électronique lorsque le support utilisé répond aux exigences fonctionnelles assignées à la notion d'écrit (voy. *supra*, n° 3) et que le procédé utilisé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès. D'autre part, cette règle ne s'applique pas aux contrats formés par échange de courrier, que celui-ci soit adressé par voie postale ou électronique ;
- le *futur* article 8.21 reprend l'article 1326 du Code civil et impose que l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles comporte la signature de celui qui s'engage ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Le formalisme s'assouplit légèrement puisqu'il n'est plus requis que le billet soit entièrement rédigé de la main de celui qui s'engage, ni les mentions « bon pour » ou « approuvé ». Cet assouplissement ne touche toutefois pas aux exigences posées par l'article 2043*quinquies*, § 3, du Code civil, qui perdure, en matière de cautionnement à titre gratuit.

**13.** Quant à la date certaine de l'acte sous signature privée à l'égard des tiers, elle sera à l'avenir régie par le *futur* article 8.22 qui reprend l'article 1328 du Code civil avec une touche d'efficacité supplémentaire. L'acte acquiert date certaine dans les conditions suivantes :

- 1° du jour où il a été enregistré ;
- 2° du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique ;
- 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.

D'autres hypothèses que le décès pourront parfaitement rencontrer l'exigence visée Sub. 3°, notamment l'incapacité de fait du signataire, un handicap physique survenu postérieurement (paralysie empêchant de signer), etc. En revanche, la faillite et la

déconfiture du débiteur ne doivent pas nécessairement être assimilées au décès de celui-ci, dans l'application de cette disposition<sup>14</sup>.

Enfin, l'horodatage électronique qualifié, tel qu'il est prévu par le Règlement (UE) 910/2014 du 23 juillet 2014, n'est pas ajouté à la liste de cas reprise ci-dessus. Le règlement reconnaît effectivement une valeur importante à l'horodatage électronique qualifié mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une date certaine mais seulement « d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique » (art. 41, al. 2), qui ne peut être mise sur le même pied qu'une date certaine mais s'en rapproche en pratique<sup>15</sup>.

**14.** 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 (*futur* art. 8.18). Sa force probante est finalement identique à celle de l'acte authentique, si ce n'est que les parties peuvent désavouer leur signature ; la mention relative à la reconnaissance de cette signature, figurant dans l'article 1322 du Code civil, disparaît pour assurer une meilleure compréhension du système.

## **§ 2. Preuve de la conclusion de la vente par e-mail ou SMS**

**15.** Rien ne change quant à la preuve d'une obligation contractuelle. Profitons seulement de l'occasion de la présente contribution pour rompre une lance en matière de preuve de la vente d'immeuble.

On le sait, la vente est un contrat consensuel qui se forme, en principe, par le simple échange des consentements sur les éléments constitutifs de l'opération ; que l'objet de la vente porte sur un immeuble n'y change rien. Comment cette preuve doit-elle être apportée ? Le plus souvent, par écrit, car la valeur de l'objet du contrat dépasse généralement la somme de 375 euros – et, demain, 3.500 euros.

La jurisprudence est timide à reconnaître la preuve de la conclusion d'une vente d'immeuble par échange de courriers électroniques ou de SMS<sup>16</sup>. Dans la précédente chronique consacrée au droit des obligations, l'équipe du professeur Biquet – et, plus particulièrement, Madame Marine Englebert<sup>17</sup> – a critiqué très justement cette réticence. La théorie des équivalents fonctionnels, consacrée par l'article XII.15 du CDE en matière de commerce électronique, a en effet connu un aboutissement par l'ajout d'un second alinéa à l'article 1322 du Code civil afin d'intégrer dans notre droit la notion de signature électronique, de sorte que cette signature est suffisante pour fonder la preuve écrite – pour autant que le support écrit réponde à toutes les exigences applicables – si elle répond à certaines fonctions en droit civil<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Exp. motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/1, p. 31.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>16</sup> Voy. M. ENGLEBERT, « La formation du contrat. Preuve », in « Le droit des obligations et du crédit (2014-2017) » (Ch. BIQUET-MATHIEU coord.), *Chron. not.*, vol. 67, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 25-27.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 27-29.

<sup>18</sup> À cet égard, la loi du 5 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'informatisation de la justice et de modernisation du statut des juges consulaires et relativement à la banque des actes notariés, dite *Loi ICT*, n'y change rien, en ce sens qu'elle n'apporte ni ne retire rien à la question.

**16.** La loi du 13 avril 2019 modifie toutefois la définition de la signature électronique, par le biais d'un renvoi au 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, dit *Règlement eDIAS*.

Ce règlement reconnaît trois types de signatures électroniques :

— la *signature électronique* (art. 3.10) : des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer ;

— la *signature électronique avancée* (art. 3.11) : une signature électronique qui satisfait aux exigences fixées à l'article 26 du règlement *eDIAS*, à savoir qu'elle doit :

1° être liée au signataire de manière univoque ;

2° permettre d'identifier le signataire ;

3° 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 ;

4° être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ;

— la *signature électronique qualifiée* (art. 3.12) : une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique.

**17.** En synthèse et en droit civil, la conclusion de la vente d'immeuble doit, en règle générale, être prouvée par un écrit signé (art. 1341 C. civ. ; *futur* art. 8.9, § 1<sup>er</sup>), c'est-à-dire :

-un écrit, répondant aux trois fonctions reprises dans la définition du *futur* article 8.1, 1°, à savoir l'intelligibilité, la durabilité et l'intégrité de l'information y contenue ;

-pourvu d'une signature, répondant aux deux fonctions assignées par la définition du *futur* article 8.1, 2°, à savoir l'identification du signataire et la manifestation de sa volonté ; en l'occurrence, une simple signature électronique conforme à l'article 3.10 du Règlement *eDIAS* est suffisante à défaut pour le Code civil (*futur*) d'exiger toute autre condition de forme<sup>19</sup>.

Un *e-mail* paraît parfaitement répondre à ces exigences, tant qu'on peut considérer que son auteur l'a signé.

Un SMS peut parfaitement y répondre aussi, à nouveau si son auteur l'a signé pour exprimer son consentement quant à son contenu. En pratique, on constate cependant que les échanges de SMS ou via des messageries du type *Messenger* ou *WhatsApp* demeurent fréquemment non signés. Confronté à la question, le juge du fond doit alors déterminer si l'on peut raisonnablement considérer que l'auteur du message l'a « signé » et si cette « signature » correspond bien à l'expression d'une volonté de s'engager quant au contenu du message.

---

<sup>19</sup> Voy. Exp. motifs,, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 54-3349/1, p. 8.