

Deuxième table ronde : la preuve

Auteurs :

Corinne Bléry

Professeure à l'université polytechnique Hauts-de-France

Céline Joisten

Professeure invitée à l'université de Liège, référendaire près la Cour de cassation

Laurent Sigoirt

Maître de conférences à Aix-Marseille université

Kazuma Yamashiro

Professeur à l'université Waseda (Japon)

Placée sous la présidence du professeur Corinne Bléry, animée par Céline Joisten, Laurent Sigoirt et Kazuma Yamashiro, la deuxième table ronde a traité de la preuve.

NDLR –Le colloque intitulé « Réformer le droit civil : Belgique, France, Japon », organisé le 21 septembre 2023 par l'université polytechnique Hauts-de-France (UPHF), a été articulé autour de quatre tables rondes. Outre celle consacrée à la preuve, les trois autres ont porté sur « Les contrats spéciaux » ([RDC juin 2025, n° RDC202p6](#)), « Les biens » ([RDC juin 2025, n° RDC202n7](#)) et « Le régime général des obligations » ([RDC juin 2025, n° RDC202n8](#)). Elles ont été précédées d'un avant-propos ([RDC juin 2025, n° RDC202p1](#)) et d'une introduction ([RDC juin 2025, n° RDC202p5](#)), et ont donné lieu à des propos conclusifs ([RDC juin 2025, n° RDC202o9](#)).

Note de l'auteur

NDA –La forme orale de l'intervention a été conservée.

Corinne Bléry : Après les contrats, c'est la preuve qui va nous occuper. Je vais donner sans plus tarder la parole à notre collègue belge Madame Céline Joisten, référendaire à la Cour de cassation belge et professeur à l'université de Liège. Elle a donc la double casquette de praticienne et universitaire, puisqu'en plus elle est docteure en droit. Elle va nous présenter le système des preuves belge.

Céline Joisten : En Belgique, la loi du 13 avril 2019 a créé le « nouveau Code civil », composé de dix livres concernant chacun une matière du droit spécifique. Le livre 8 sur la preuve est le premier livre du Code civil qui est entré en vigueur avec cette loi du 13 avril 2019, le 1^{er} novembre 2020. Nous avons donc un nouveau droit de la preuve depuis désormais bientôt trois ans. Au fur et à mesure depuis 2020, de nouveaux livres de ce Code civil sont également entrés en vigueur (notamment le livre 3 sur les biens, et le livre 5 sur les

obligations). Dans le cadre du présent exposé, concentrons-nous sur le livre 8, qui est composé de 39 articles, répartis en trois chapitres : les dispositions générales, l'admissibilité de la preuve et les modes de preuve. Dans un premier temps, je vous exposerai les objectifs de la réforme et leur concrétisation au sein du livre 8. Dans un deuxième temps, je m'intéresserai à deux grandes nouveautés de cette réforme du livre 8, et je terminerai enfin par quelques questions qui n'ont pas été traitées par cette réforme.

Commençons directement avec les objectifs de la réforme. La modernisation du Code civil constitue l'objectif premier des auteurs du projet. Elle se traduit de deux manières différentes. Tout d'abord, le droit actuel de la preuve a été codifié dans un souci d'accessibilité et de lisibilité. Plusieurs exemples : le législateur a décidé d'insérer plusieurs définitions de concepts juridiques. C'est ainsi qu'à l'article 8.1 on voit toute une série de définitions adoptées dans un souci de clarification, comme les définitions, par exemple, de la notion de commencement de preuve par écrit, d'acte sous signature privée ou encore d'acte authentique qui, avant, n'avaient pas de définition légale au sein du Code civil. Deuxième exemple de ce souci d'accessibilité et de lisibilité : plusieurs règles d'origine jurisprudentielle sont consacrées dans ce livre 8. Songeons au principe de la collaboration loyale à l'administration de la preuve, principe général du droit qui était reconnu par la Cour de cassation et qui est désormais inscrit à l'article 8.4 du Code civil. Enfin, troisième exemple de ce souci d'accessibilité et de lisibilité : la formulation adoptée par ce livre 8 est plus moderne. Par exemple, on ne parle plus d'acte sous seing privé, mais d'acte sous signature privée. On n'utilise plus le terme seing qui n'est plus utilisé dans le langage actuel.

Le deuxième grand objectif de la réforme est l'adaptation du droit aux évolutions socio-économiques de la société. Comment est-ce que le législateur a adapté le droit de la preuve à ces évolutions socio-économiques et numériques ? Tout d'abord, il rehausse le seuil minimal requis pour la preuve d'un acte juridique qui passe de 350 € à 3 500 €. Désormais, au-dessus de 3 500 €, un écrit est exigé pour faire la preuve de cet acte juridique. Ensuite, on étend le plus largement possible le système de la preuve libre dans un souci toujours de faciliter les échanges économiques. Par exemple, pour la preuve d'un acte juridique unilatéral comme le paiement, il est dorénavant possible de recourir à tous les modes de preuve, même si cet acte unilatéral porte sur un objet de 3 500 € ou plus. Troisième manifestation de cette adaptation aux évolutions socio-économiques, c'est la prise en compte de l'environnement électronique au sein du livre 8 sur la preuve. Les notions d'écrit électronique et de signature électronique sont des notions européennes qui avaient déjà été transcrites dans le Code civil avant la réforme, mais il faut savoir ici qu'avec l'adoption du livre 8 le législateur a voulu rectifier les quelques petites erreurs qu'il avait faites quand il avait déjà adapté cette directive européenne dans l'ancien Code civil. Cela permet de clarifier la situation de plusieurs écrits électroniques comme les e-mails, les SMS, etc. Enfin, les règles jugées trop archaïques sont abandonnées dans ce livre 8, par exemple toutes les règles relatives aux titres et registres, les actes récongnitifs et confirmatifs.

Voici pour les grands objectifs de la réforme, passons désormais aux grandes nouveautés de ce livre 8 parce que, comme on l'a déjà dit à propos des contrats spéciaux, le livre 8 n'est pas une révolution, c'est une codification à droit constant, mais il y a quand même certaines innovations qui méritent d'être soulignées. Ces innovations sont, d'une part, le mécanisme de renversement de la charge de la preuve prévu à l'article 8.4 et,

d'autre part, le mécanisme d'allégement du degré de preuve prévu à l'article 8.6 du Code civil.

D'abord, commençons par la question du renversement de la charge de la preuve. Les règles relatives à la charge de la preuve ont été codifiées à droit constant à l'article 8.4 du Code civil ainsi que les règles relatives au risque de la preuve et au principe de collaboration loyale à l'administration de la preuve. Là où il y a une réelle innovation, c'est à l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil qui prévoit : « 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 preuves suffisantes ». Cette nouvelle disposition qui est inspirée notamment des droits néerlandais et autrichien est fondée sur l'idée que les règles relatives à la charge de la preuve ne peuvent pas aboutir à des situations injustes. C'est pourquoi on permet ce grand pouvoir au juge de renverser la charge de la preuve dans des situations exceptionnelles. Qui dit grand pouvoir, dit également conditions strictes à respecter pour éviter les abus. Il faut que le juge respecte trois conditions cumulatives. Il s'agit tout d'abord d'un mécanisme qui ne s'appliquera que de manière subsidiaire, donc cela doit être vraiment un *ultimum remedium*. Le juge ne peut appliquer le renversement de la charge de la preuve que si aucune autre mesure préalable n'a pu être prévue telle que toutes les mesures permettant par exemple d'ordonner aux parties de produire des documents, etc. Deuxième condition : il faut que cela n'intervienne que dans des circonstances exceptionnelles. Cette notion de circonstance exceptionnelle est laissée à la libre appréciation du juge qui va devoir affiner cette notion. Les travaux préparatoires ont déjà dit que des circonstances exceptionnelles correspondaient notamment au cas dans lequel on était face à une obstruction de la preuve ou dans le cadre de la perte fautive d'un élément de preuve. Enfin, dernière condition, le juge ne pourra faire usage de cette disposition que si les règles relatives à la charge de la preuve aboutissent à des résultats manifestement déraisonnables. On voit vraiment que le législateur a voulu enserrer un maximum l'application de cette disposition pour ne pas que cela aboutisse à ce que le juge renverse la charge de la preuve à son bon vouloir. Il devra évidemment justifier l'existence de ces trois conditions cumulatives dans un jugement spécialement motivé.

Cette règle n'est ni impérative, ni d'ordre public : soit ce sont les parties qui pourront demander le renversement de la charge de la preuve, soit c'est le juge qui pourra d'office renverser la charge de la preuve, mais alors, évidemment, en rouvrant les débats pour respecter les droits de la défense. Voilà donc une première grande nouveauté de ce livre 8 qui est le renversement de la charge de la preuve.

La deuxième grande nouveauté est l'allégement du degré de preuve. Il faut savoir que le degré de preuve, comme c'était le cas en France auparavant, n'était pas codifié. Le législateur s'est saisi de cette question et a décidé de codifier, de dire ce qu'était concrètement le degré de preuve. On prévoit à l'article 8.5 que le degré de preuve est un degré raisonnable de certitude. C'est une codification à droit constant puisque la jurisprudence admettait déjà ce degré raisonnable de certitude. Là où il y a une réelle nouveauté, c'est à l'article 8.6 puisqu'il permet de prouver non pas avec un degré raisonnable de certitude mais avec une simple

vraisemblance. C'est là aussi une grande nouveauté parce que cette vraisemblance n'est pas une certitude de 90/100 %, mais selon les travaux préparatoires quelque chose de l'ordre de 70 %. Dans quel cas pourra-t-on utiliser ce mécanisme aussi exceptionnel de preuve par vraisemblance ? C'est d'abord pour la preuve des faits négatifs, ce qui était déjà admis dans la jurisprudence par souci de nécessité puisque la preuve d'un fait négatif est particulièrement difficile à rapporter (par exemple, la preuve d'un défaut d'information). Là où l'article 8.6 innove vraiment, c'est qu'on permet la preuve par vraisemblance pour les faits positifs qui, par leur nature, sont impossibles ou pas raisonnables à prouver de manière certaine. Cette notion sera soumise, évidemment, à l'appréciation souveraine des juges du fond et elle a déjà été appliquée par exemple pour prouver un lien de causalité en matière médicale.

Pour conclure, quelques mots en ce qui concerne les questions qui n'ont pas été traitées par cette réforme du livre 8. Il y a tout d'abord la question des preuves recueillies illicitement et les règles relatives à l'office du juge. Ce sont des questions passionnantes qui ont aussi trait à la question de la preuve, mais qui à l'heure actuelle font l'objet d'une jurisprudence évolutive de la Cour de cassation. Le législateur a fait le choix de ne pas codifier ces acquis, ce sont des règles qui continuent à évoluer aussi au regard par exemple de la jurisprudence européenne pour ce qui concerne les preuves recueillies illicitement. N'ont pas non plus été codifiées les règles relatives à certains modes de preuve. Par exemple, tout ce qui concerne les procédures d'expertise, d'audition de témoin, la production de documents, etc. Ces procédures sont déjà prévues dans le Code judiciaire et ont été réformées au cours des dernières années également. Elles n'ont pas fait l'objet de modifications et restent bien dans le Code judiciaire.

Kazuma Yamashiro : Lorsqu'on compare le Code civil japonais avec celui de la France ou de la Belgique, sa caractéristique se trouve dans le fait que le Code civil japonais ne contient pas de partie consacrée à la preuve. Il est vrai qu'un livre intitulé « La preuve » existait dans le fameux projet du Code civil de Boissonnade, mais ce projet n'étant pas entré en vigueur on a modifié le système proposé par Boissonnade pour s'aligner sur le système du Code civil plutôt allemand, le BGB, et désormais, on estime que la question de la preuve ne relève pas du droit civil et de la règle du fond.

Voyons donc le Code de procédure civile et ce qui est réglementé par ce code. Il s'agit principalement des questions de l'administration et des modes de preuve. Cela revient à dire que les questions de l'objet et de la charge de la preuve ne sont traitées ni dans le Code civil ni dans le Code de procédure civile. Si l'on se réfère aux traités du droit de la procédure civile, les premières préoccupations en cette matière sont d'atténuer les déséquilibres dans la possibilité d'administrer les preuves. Or, en ce qui concerne la réforme, le Code de procédure civile n'a connu aucune modification pendant ces dernières années en matière de preuve. En revanche, la réforme récente de ce Code de procédure civile avait pour objectif de rattraper la numérisation de la société, et c'est la pression surtout de l'épidémie du Covid-19.

Je vais expliquer très brièvement les règles relatives à la preuve en me focalisant sur les particularités du droit japonais par rapport au droit français et au droit belge. Concrètement, nous abordons deux choses : ce qui est réglementé par le Code de procédure civile et ce qui n'est pas traité dans le droit écrit. En premier lieu, le

Code de procédure civile affirme les principes relatifs aux modes de preuve, et ce qui nous intéresse ici est que le droit japonais se fonde sur le modèle de la liberté de la preuve dans tous les domaines. En d'autres termes, on n'exige pas la preuve par écrit pour apporter la preuve d'un acte juridique, et peu importe qu'il s'agisse d'un acte civil, commercial, bilatéral, unilatéral ou supérieur en valeur à un certain montant.

Néanmoins, on ne pourrait pas affirmer que cette particularité facilite la preuve d'un acte juridique dans notre système. Il y a deux raisons à cela. D'une part, dans la plupart des cas, les parties d'un contrat qui rédigent les documents contractuels peuvent attester de la formation du contrat ; d'autre part, s'il n'y a pas de recherche positive, on dit souvent que les juges mettent l'accent sur la certitude des écrits lorsqu'il s'agit de la preuve d'un acte juridique dans le contentieux. Il n'est pas tellement facile de prouver, par exemple, l'existence, le contenu d'un acte juridique sans aucun écrit, ni de réfuter ce qui est figuré dans le document contractuel. En somme, le droit japonais ne restreint pas *a priori* l'admissibilité de la preuve, mais le juge vérifie assez strictement la valeur probatoire au cas par cas.

En second lieu, on passe à l'objet et à la charge de la preuve. Ces questions ont fait l'objet de vives discussions immédiatement après la Seconde Guerre mondiale, car l'insuffisance de la connaissance sur ces questions avait suscité le retard constant des procédures. Pour améliorer une telle situation, une technique était étudiée dans un groupe de travail de juges pour nous permettre de discerner l'objet et la charge de la preuve d'une manière plus précise. Cette technique, littéralement appelée « les faits constituant les conditions », est systématisée dans l'Institut de la recherche et de la formation juridique, qui est une organisation attachée à la Cour suprême. Depuis lors, la méthodologie ainsi inventée par ce groupe a été enseignée aux auditeurs de justice ou aux étudiants de l'école de droit qui souhaitent devenir praticiens.

La première présupposition de cette technique est que l'objet et la charge de la preuve peuvent être dégagés des règles de fond, qui affirment les conditions. Ainsi, pour élucider l'objet de preuve, on analyse les conditions édictées dans un certain texte pour les diviser jusqu'aux éléments factuels minimums, indivisibles.

Puis, sur les fragments des faits ainsi divisés, on répartit la charge de la preuve. Le critère de la répartition réside principalement dans les règles selon lesquelles « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et « celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Ce qui nous intéresse ici est la question de savoir comment les règles de fond désignent cette répartition dans son détail.

Par exemple, je cite l'[article 415 du Code civil](#) qui fixe les conditions des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat : « Lorsque le débiteur omet d'exécuter son obligation, suivant sa forme et teneur, et que l'exécution de l'obligation est devenue impossible, le créancier peut demander la réparation du dommage qui lui est causé. Cependant, il n'est pas le cas lorsque le débiteur s'est trouvé dans l'impossibilité d'exécuter par suite d'une cause qui ne soit pas imputable à lui en tenant compte soit de la source de l'obligation telle que le contrat, soit de l'usage d'affaires ». Ce texte consiste en deux paragraphes et il utilise le terme « cependant » pour désigner le rapport entre eux. Cette formule est délibérément choisie par le législateur

pour mettre en lumière les faits qui doivent être prouvés par celui qui réclame l'exécution dans le premier paragraphe et ceux qui doivent être prouvés par celui qui se prétend libéré dans le deuxième paragraphe. À l'occasion de la réforme de 2017, le législateur a ajusté les formules des règles de fond suivant cette idée pour désigner plus précisément la charge de la preuve dans chacun des textes.

En somme, les questions de la preuve sont réglementées par le Code de procédure civile du point de vue de son administration, mais le Code civil ne contient pas de règles sur la preuve. Il désigne en revanche la charge de la preuve dans chacun des articles. L'objet de la preuve, qui n'est pas l'objet de la législation, relève des règles de fond développées par la réflexion des juges.

Laurent Siguoirt : La preuve serait le parent pauvre de la réforme selon les propos d'un auteur. Faut-il dès lors faire aujourd'hui le procès de la réforme de la preuve ? Les auteurs des avant-projets n'avaient pas fait mystère de la modestie des travaux en ce domaine, mais il est vrai que la doctrine a reçu avec une certaine déception ces travaux. Elle n'y a souvent vu qu'un simple toilettage visant à supprimer des textes obsolètes, à déplacer d'autres textes, à faire une mise à jour qui serait uniquement terminologique et à veiller de temps à autre à insérer la jurisprudence déjà bien connue. On est allé d'ailleurs jusqu'à parler de non-réforme sur le plan formel, l'ordonnance de 2016 consacre un titre 4 bis à la preuve des obligations, ce qui consacre son autonomie. On ne saurait toutefois nier que le droit de la preuve trouve aussi sa source dans le Code de procédure civile ou dans d'autres textes spécifiques. Pensons ici notamment à l'article L. 110-3 du Code de commerce.

Ce nouveau titre repose en réalité – et beaucoup de parallèles pourront être faits avec ce qui a été dit pour la réforme belge – sur trois chapitres : dispositions générales, admissibilité des modes de preuve et modes de preuve. Dispositions générales tout d'abord, l'existence de ce chapitre marque la volonté de faire émerger, selon les termes du rapport au président de la République, une théorie générale du droit de la preuve. L'effet d'annonce est certain, les effets de l'annonce beaucoup moins en réalité, c'est une théorie générale de la preuve des obligations qui fait son apparition au sein du Code civil. Ces quelques mots suffisent à alimenter la déception. Il n'y aura donc pas, dans le cadre de cette réforme, d'introduction de principes tels que la loyauté de la preuve ou de droit à la preuve dont on a rappelé d'ailleurs cette semaine, dans une revue bien connue des juristes, que cette notion était bancale [1]. Cette notion est pourtant au cœur de l'actualité jurisprudentielle interne mais également européenne. Outre ces absences, la partie « Dispositions générales » aborde en cinq articles un certain nombre de points sur lesquels il faut revenir. Intéressons-nous tout d'abord à la charge de la preuve. Cela a été dit tout à l'heure, l'ancien article 1315 du Code civil a été repris *in extenso* à l'article 1353. Cette extrême stabilité a pu être dénoncée au motif qu'elle n'aurait pas permis de répondre aux critiques régulièrement énoncées en la matière. On pense notamment au domaine de l'article 1353 qui demeure celui de la charge de la preuve de l'obligation alors que le texte a vocation à s'appliquer à la preuve en matière civile.

On n'a pas non plus vu émerger les critères qui sont dégagés en doctrine, notamment par Madame la professeure Lardeux ou votre serviteur. Aucun d'eux n'apparaît textuellement. Enfin, autre imperfection

concernant la charge de la preuve, la référence au paiement de l'obligation qui demeure, quand bien même celui-ci jouirait désormais d'un texte dédié.

Autre point abordé dans ces dispositions générales, les présomptions légales. Notons sur ce point que nos amis belges ont également fait le choix de placer les présomptions légales dans les dispositions générales. L'article 1354 en son alinéa premier sépare les présomptions légales des présomptions judiciaires, ce qui représente une réelle nouveauté. Toutefois, le législateur s'est abstenu d'aborder les présomptions d'origine jurisprudentielle. Cette absence n'exclut pas que ces présomptions demeurent effectives et qu'elles aient la même valeur que les présomptions légales. En revanche, le législateur a pris soin de définir chaque système de présomption simple, mixte, irréfragable. On voit également apparaître à ce stade des dispositions générales les contrats sur la preuve. On n'utilisera pas ici le terme de convention, mais bien de contrats. Ce n'est en réalité là aussi que la transcription de manière générale de la jurisprudence antérieure et notamment des principes qui avaient été dégagés dans l'arrêt *Crédicas*. Ceci étant, l'insertion de ces contrats sur la preuve dans les dispositions générales n'est pas exclusive de la survivance de dispositions spécifiques. Je pense notamment aux droits des assurances ou aux droits de la consommation.

Dernière disposition au sein de ces dispositions générales, l'article 1357 du Code civil qui traite de l'administration judiciaire de la preuve et des contestations qui s'y rapportent, ou en tout cas, renvoie plus exactement au Code de procédure civile sur ce point. On aurait également pu faire un lien plus direct avec l'article 10 mais cela n'a pas été fait.

Deuxième pan de l'intervention du législateur : l'admissibilité des modes de preuve. Le nouvel article 1358 dispose que « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». Le principe légalement affiché est donc la liberté de la preuve. On observera qu'à ce stade, le législateur ne fait pas référence à la nature juridique. Il le fait dans le texte suivant, à l'article 1359, où pour la preuve des actes juridiques, d'un montant supérieur à 1 500 €, l'écrit est exigé. Cette somme n'a pas été révisée puisqu'elle doit l'être par décret depuis 2005 ce qui, en période d'inflation, peut poser question. Le point positif de la réforme est ici d'avoir renversé textuellement le principe et l'exception dans le domaine légal. Ceci étant, les solutions ne sont pas réellement nouvelles, puisque si on fait une réelle étude du droit de la preuve, et je pense notamment à la preuve du paiement qui a posé tant de difficultés par le passé, le principe était déjà en réalité celui de la liberté de la preuve.

La réforme apporte en ce qu'elle énonce que l'écrit qui serait produit pour établir la preuve d'un acte juridique à la somme fixée par décret ne pourrait être contesté que par écrit. Toutefois, une difficulté a surgi en doctrine, puisque la question est de savoir si on peut prouver contre un écrit qui constate un fait juridique. Certains auteurs pensent que non, la nature juridique justifiant le fait que la preuve ici puisse être libre contre l'écrit. Nous ne sommes pas à titre personnel totalement convaincus par cette solution, parce que nous proposons de faire primer la preuve sur la nature juridique, ce qui reviendrait à mettre en avant la preuve qui est parfaite plutôt que la nature juridique qui serait le point de césure entre ces deux options.

Un autre point qui aurait mérité l'attention du législateur : à partir de quels critères le juge doit considérer qu'un fait allégué par une partie doit emporter sa conviction. La réforme n'en traite pas et c'est à mon sens regrettable. Autre élément qui est également peu étudié et pourtant très important en pratique, c'est ce qui est soulevé désormais à l'article 1361, ce qu'on appelle les supplétifs à la preuve littérale que sont l'aveu judiciaire et le serment décisive, mais également le commencement de preuve par écrit.

On a passé totalement sous les radars le fait que le commencement de preuve par écrit soit aujourd'hui non plus une exception, mais un supplétif. Je ne pense pas que cela ne soit qu'une formule, et si on regarde la jurisprudence antérieure, on avait souvent associé dans le passé, notamment pour les preuves des actes juridiques (art. 1341 et 1347), et l'on avait sans doute un peu minoré l'importance de l'article 1347 et des commencements de preuves par écrit. Je trouve qu'il est intéressant de reconnaître ici qu'on parle de supplétifs désormais. Le législateur a aussi apporté quelques modernisations, notamment sur la mention d'un acte juridique ou d'un acte sous signature privée sur un registre qui vaut là aussi désormais commencement de preuve par écrit.

Dernier pan de cette réforme : les différents modes de preuve. Les preuves par écrit avec l'entrée, même si là encore cela se fait à droit constant, de l'acte sous signature privée contresigné par avocat. On peut regretter là aussi quelques absences : qui reposent sur les copies, l'expertise et le constat de l'huissier, notamment qui ne sont pas visés, l'entrée à droit constant du principe selon lequel nul ne peut constituer de titres à soi-même qui ne s'appliquerait pas aux faits juridiques, mais on a là estimé que la réforme était inutile et donc l'intérêt de cette partie repose sans doute pour l'essentiel sur le sort de la copie qui désormais accède au statut de preuve parfaite dès lors qu'elle répond aux critères de fiabilité. Pour conclure et répondre à la question : faut-il faire un procès aujourd'hui à la réforme du droit de la preuve ? Oui, l'on peut être déçu si l'on a ambitionné de voir cette réforme traiter du droit de la preuve, de la loyauté de la preuve et de manques que j'ai pu évoquer durant l'exposé. Non, si l'on se réfère aux avant-projets qui n'ont jamais fait mystère d'une ambition raisonnée, certains diront limitée, et donc de ce fait l'objectif est atteint. Je vous laisse faire votre choix.

Corinne Bléry : À vous écouter, vous avoir lu et avoir moi-même un petit peu écrit sur ces questions, j'effectue une première constatation : aujourd'hui des ouvrages sont consacrés au droit de la preuve, sont écrits par un ou plusieurs auteurs qui se rassemblent parce que c'est une matière compliquée ; ils traitent de la totalité des aspects du droit de la preuve et il semblerait donc que ce soit possible d'avoir finalement un traitement global de ce droit de la preuve plutôt qu'un traitement éparpillé. Vous nous avez dit, d'une part, qu'en Belgique, la matière est répartie entre le Code civil et le Code de procédure civile et, d'autre part, qu'au Japon, la preuve est régie par le Code de procédure civile et le Code civil : dans ce code, elle n'a même pas une place spéciale, elle est mélangée aux règles de fond, aux règles de droit substantiel. Chez nous, la matière est scindée entre le Code civil et le Code de procédure civile, sans oublier en outre le Code de commerce ou d'autres textes, sans finalement qu'on comprenne vraiment bien pourquoi certaines règles figurent dans un code plutôt que dans un autre. Les réformes dans aucun des trois pays n'ont eu l'ambition de procéder à une révolution, mais – en partant de la constatation évoquée – la question est de savoir si,

maintenant que des petits pas ont été accomplis, cela ne serait pas une bonne chose de faire un plus grand pas : il permettrait d'arriver vers un Code de la preuve qui serait indépendant et qui pourrait d'ailleurs transcender les matières, englober aussi la preuve en matière pénale, voire en droit public.

Céline Joisten : C'est une très bonne question. Le problème fondamental est que la preuve chevauche à la fois le droit substantiel et le droit procédural. Les règles relatives à la preuve sont, en tant que telles, une branche du droit, mais elles n'existent qu'au travers des autres matières juridiques où elles trouvent à s'appliquer : le droit civil, le droit pénal, le droit social, etc. À cela s'ajoute la manière dont elles vont être appliquées concrètement dans le cadre d'un litige porté devant les cours et les tribunaux. C'est ce qui fait du droit de la preuve, par sa nature, une matière éparse. Il me semble que la division entre, d'une part, les règles de preuve dans un livre du Code civil et, d'autre part, les règles de preuve dans le Code judiciaire provient de ce statut particulier du droit de la preuve.

Ainsi, les règles de preuve contenues dans le Code judiciaire, qui sont, par ailleurs, bien plus nombreuses (Code judiciaire, art. 870 à 1016 bis) sont des règles de preuve « procédurales » : elles déterminent comment certains modes de preuve particuliers doivent être utilisés (par exemple, la comparution de témoin, la procédure de faux en écriture ou l'expertise judiciaire) et, de manière plus générale, réglementent comment le juge pourra utiliser ces outils dans le cadre de la procédure. Les règles relatives à la preuve dans le Code civil concernent l'essence même du droit de la preuve : l'objet de la preuve (un fait ou un acte juridique), les modes de preuve qui existent, le degré de preuve destiné à convaincre le juge, la charge de la preuve et l'admissibilité des modes de preuve. Par ailleurs, les travaux préparatoires du livre 8 montrent explicitement que le législateur n'entendait pas légiférer sur les règles de preuve d'ordre procédural.

Corinne Bléry : Au Japon, est-ce que vous trouvez satisfaisante cette répartition entre les deux codes, d'autant plus que vous n'avez même pas un titre consacré à la preuve ? Vous avez dit qu'à une époque, cela a posé des difficultés, est-ce que maintenant ces difficultés ont été résolues ?

Kazuma Yamashiro : Le critère de répartition des rôles entre le droit civil substantiel et le droit processuel n'est pas très clair, surtout dans le domaine de la preuve. Il y a bien entendu plusieurs possibilités pour régler cette question et par quel code on doit la traiter. Je ne suis pas tellement au courant de la raison historique pour laquelle on a finalement abandonné au moment de notre codification de la fin du XX^e siècle le projet de Boissonnade sur ce point-là, mais je pense qu'on avait l'intention de se tourner plutôt vers le système allemand pour adopter le système de preuve dans le droit de la procédure parce que c'est le chemin qui a été suivi par notre Code civil.

Mais c'est sûr que l'on traite la question de la preuve dans les deux domaines, le droit substantiel et le droit processuel, donc on a parfois du mal à étudier ensemble les domaines pour établir un système de considération uniforme sur le droit de la preuve. Un tel caractère peut être la raison pour laquelle c'étaient les groupes de travail du juge qui ont abordé des recherches d'une manière approfondie sur cette question, parce que, bien entendu, les juges traitent en même temps le droit substantiel et le droit processuel.

Laurent Siguoirt : Je serais assez proche de la réponse qui a été faite précédemment puisqu'il y a quand même beaucoup de similitudes avec le système belge. J'entends les propos de la doctrine, enfin d'une partie de la doctrine, qui prône l'avènement d'un Code de la preuve. Nous avons eu en France un vaste mouvement de codification, mais je ne suis pas certain, en tout cas tel qu'il est présenté, que cela soit une réponse simplificatrice entre une approche doctrinale étendue dans un ouvrage et la traduction dans un code. Je pense qu'il faudrait limiter cette proposition au civil et à la procédure civile. Or certains auteurs vont beaucoup plus loin, c'est-à-dire qu'on inclut le fiscal, le pénal, là je ne suis vraiment pas convaincu que la codification ait un sens. En revanche, il y a selon nous un intérêt à réfléchir à propos des manques cumulés de notre Code de procédure civile et de notre Code civil. Je prolonge la question, je pense que c'est un vecteur d'amélioration à chercher. Cela ne passe pas forcément par un code mais peut-être par une meilleure coordination des dispositions, c'est-à-dire que dans notre réforme on n'a pas évoqué l'article 10 par exemple du Code civil qui est pourtant très important et les liens qui ont été faits avec le Code de procédure civile sont à mon avis trop faibles. S'il y a un objectif à atteindre, c'est peut-être celui-là, une meilleure coordination de notre Code civil à notre Code de procédure civile. Faut-il aller jusqu'à créer un Code de la preuve ? Très sincèrement je n'en suis pas certain, combler déjà les manques existants qui ont été soulignés par les uns et les autres serait, à mon sens, un réel progrès.

Corinne Bléry : Je serais assez favorable à la création d'un Code de la preuve, peut-être limité aux règles actuellement régies par le Code civil et le Code de procédure civile. À titre de parallèle, un livre V du Code de procédure civile devait abriter le Code des procédures civiles d'exécution : il est resté vide pendant des années. Finalement, un Code des procédures civiles d'exécution autonome a été créé, parce que la pratique a montré que c'était vraiment un besoin d'avoir un code à part.

Un autre sujet m'a frappée : vous avez parlé de modernisation, d'adaptation à la société et au monde numérique, surtout à cause du Covid-19. Or, alors que la réforme de 2016 a cherché à moderniser le droit des obligations français, l'aveu et le serment font toujours l'objet d'articles dans le Code civil. Les ordalies n'y figurent certes pas (!), mais est-ce qu'aujourd'hui l'aveu ou le serment ont vraiment leur place dans un code ? Ces modes de preuve correspondent à une société datée, supposant une crainte révérencielle, religieuse, de la part de celui qui prêtait serment ou avouait. J'ai regardé le Code belge puisque vous nous aviez envoyé le livre 8, ces modes vieillis y figurent également ; je ne sais pas si cela figure dans le Code japonais. Je renouvelle ma question : l'aveu et le serment doivent-ils être régis par des dispositions d'un code modernisé ?

Laurent Siguoirt : Si on s'intéresse à la jurisprudence, c'est vrai qu'il y a peu d'affaires, mais il y a quand même un arrêt de 2022 sur l'aveu par exemple. On a donc encore, alors très peu je l'entends, de jurisprudence en la matière, et c'est vrai qu'on peut se poser la question. Notre droit ne sait choisir entre tradition orale et écrite et peut-être que c'en est le symbole. Cela n'est pas forcément très utile en volume, mais il y a encore quelques possibilités. Je pense que c'est quand même intéressant que, lorsque l'on tient un certain propos dans une instance, il puisse y en avoir une traduction.

Philippe Stoffel-Munck : Permettez-moi de formuler, en deux temps, une observation suivie d'une

interrogation. L'observation tient au rôle résiduel – mais non nul – que semble encore pouvoir jouer l'aveu, notamment lorsqu'il résulte des écritures de l'avocat. Il arrive en effet que celui-ci – par une formulation imprudente ou par l'adoption d'une certaine lecture des faits – reconnaisse un élément que la partie qu'il représente aurait pu contester. En ce sens, l'aveu conserve une certaine efficacité. Quant au serment, je crois me souvenir que sa pratique était déjà, en 1804, extrêmement marginale.

Mais précisément, la question qui se pose ici déborde le seul cadre de la technique juridique. Elle touche à une conception du droit : doit-on maintenir dans nos textes certaines règles symboliques, vestiges d'un passé normatif avec lequel on choisirait de conserver un lien, fût-il ténu, au nom d'une continuité culturelle, voire civilisationnelle ? Sur le terrain de la technique, il faut bien reconnaître que ni l'aveu judiciaire ni le serment n'apportent aujourd'hui un apport décisif à la conduite du procès. Mais leur portée symbolique, elle, demeure.

Céline Joisten : L'aveu apparaît encore de temps en temps dans la pratique, notamment lorsqu'il est extrajudiciaire. Pour ce qui est du serment, il est vrai que ce mode de preuve est assez rare. Les travaux préparatoires de la réforme du livre 8 expliquent clairement que, malgré sa rareté et le très peu d'utilisation du serment, ce mode de preuve serait maintenu pour deux raisons : d'une part, l'objectif de la réforme n'est pas de faire une révolution et de supprimer un mode de preuve existant, mais de codifier à droit constant et, d'autre part, le serment est visé par d'autres dispositions légales du Code civil qui n'ont pas été modifiées et le législateur souhaitait maintenir une certaine cohérence entre les différentes dispositions. Notons que le législateur a tout de même procédé à un toilettage assez fort des termes qui étaient utilisés pour le serment et a, par exemple, supprimé le serment litisdécisoire.

Corinne Bléry : Donc, en quelque sorte, c'est plus pour rester dans la tradition ? C'est un peu comme le commodat dont le nom a été gardé – qui nous fait penser à ce qui a été... Ce qui me dérange davantage, ce sont les manques que vous avez signalés. Peut-être allez-vous me dire qu'il n'y a pas lieu d'insérer dans le code la question de la preuve illicite, puisque c'est la jurisprudence – évolutive – qui finalement se charge de sa construction. En France, la preuve illicite, la preuve déloyale et l'admissibilité de ce type de preuves relèvent de la jurisprudence également. Est-ce qu'il n'aurait pas fallu quand même l'insérer dans le code ? Est-ce que laisser à la jurisprudence le soin de le faire avec le côté évolutif que vous avez évoqué, n'est pas cause d'insécurité ? Actuellement, il résulte en effet une insécurité de toutes les mises en balance d'intérêts antagonistes, du principe de proportionnalité, car le juge dispose de beaucoup de liberté. N'aurait-il pas été possible, voire souhaitable, de cadrer un peu cette preuve illicite et/ou déloyale et donc de l'intégrer dans les réformes [2]?

Céline Joisten : En droit belge, le législateur a été très clair : lors de la réforme du livre 8, la volonté était de ne pas codifier le cas des preuves recueillies illicitement. Bien que l'insertion de certaines règles relatives aux preuves illicites ait certainement été souhaitable du point de vue de la sécurité juridique, je comprends aussi que le législateur n'ait pas voulu interférer avec la jurisprudence évolutive en cette matière, tant en matière civile que pénale. Il ne s'agit pas seulement de la jurisprudence de la Cour de cassation mais aussi de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme au regard des droits fondamentaux tels que le respect à la vie

privée ou le droit à un procès équitable. Le législateur n'a pas voulu contrecarrer cette évolution jurisprudentielle.

Laurent Sigoirt : Pour la partie française de la discussion, il faut quand même rappeler que la réforme pour la preuve a été pour l'essentiel adoptée en 2016. Je pense que c'est important ce critère historique avec les guillemets nécessaires, parce qu'on discute aujourd'hui d'une question qui en sept ans a beaucoup évolué et c'est le fil du propos de dire qu'on est encore sur un droit en construction. Si on lit la chronique qui nous sert d'actualité de Xavier Lagarde parue cette semaine intitulée « Droit à la preuve, une notion bancaire » [3], je pense que, justement, on est sur une notion qui était encore alors bien plus incertaine qu'en 2016, qui se construit, notamment si on parle de la loyauté de la preuve aussi, énormément en droit social. On a beaucoup de décisions, c'est vraiment incessant. Est-ce que cela n'est pas ce sable mouvant sur lequel le législateur s'est dit « je vais m'engager » qui a fait que justement il a fait marche arrière ? C'est une vraie question, en tout cas je pense qu'on est qu'au début des réflexions sur le droit à la preuve, la loyauté de la preuve. On va encore avoir beaucoup d'éléments européens puis franco-français et notamment auprès de la chambre sociale. Concernant les données personnelles, on a beaucoup de questions qui se posent sur la manière dont on obtient certains éléments, quels doivent être les éléments qui font que l'on peut admettre une preuve obtenue de manière déloyale ou en tout cas d'une manière qui peut prêter à discussion... Je pense que l'on est seulement au début. L'ampleur de la tâche a fait que le législateur a reculé.

Corinne Bléry : Il me semble que le législateur n'a pas complètement reculé. En effet, il existe désormais des dispositions spécifiques à la protection du secret des affaires en cours de procès, qui encadrent les pouvoirs du juge [4]. Ce sont des dispositions de droit commun. Il y a aussi un droit spécial dans l'hypothèse où une victime de comportements anticoncurrentiels demande des dommages et intérêts devant un juge civil ou commercial français (soit par une procédure d'action complémentaire, soit par une saisine directe du juge) [5]. L'article L. 483-1 du Code de commerce impose une méthode d'appréciation lorsqu'il met en œuvre ces règles du Code de procédure civile, qui implique une mise en balance des intérêts antagonistes en présence, intérêts qu'il qualifie de « légitimes » et dont il donne des exemples spéciaux au droit des pratiques anticoncurrentielles (al. 2). Ce texte codifie en partie la jurisprudence de l'arrêt du 5 avril 2012, fondateur du droit à la preuve en prévoyant comment effectuer la mise en balance. Il existe donc, en droit français, un droit de la preuve confrontée au secret des affaires, mais qui n'est pas dans le Code civil et qui n'est pas un droit totalement général de la preuve. Il y a un droit plus spécial de la preuve confrontée au secret des affaires, ceci pour les pratiques anticoncurrentielles... à tel point que la Cour de cassation et la chambre commerciale ont pu hésiter pour les combiner. Il y a plusieurs séries de dispositions à appliquer : le Code de procédure civile, la jurisprudence, le secret des affaires et les textes spécifiques aux pratiques anticoncurrentielles ; est-ce qu'il n'aurait pas fallu que le législateur fasse un peu le ménage dans tout cela ?

Laurent Sigoirt : La difficulté c'est que sur ce plan on prend le problème par l'autre bout, ce qui est juste parce qu'en fait on oppose toujours deux droits quand on est dans le droit à la preuve, on oppose par exemple le secteur des affaires, donc on a effectivement une législation sur ces points face à une absence de législation. En réalité, c'est peut-être parce qu'on avait plus besoin du secret des affaires qu'on a légiféré. Je

ne porte pas de jugement sur l'opportunité de la chose. La problématique du droit à la preuve, c'est que s'il ressort un principe, il faut qu'il soit applicable à toutes les séries évoquées mais également dans d'autres domaines et donc – c'est une question ouverte – est-ce qu'on est aujourd'hui en capacité dans le Code civil de produire une disposition ? Parce que la plupart des auteurs qui traitent de cette question, aucun ne se hasarde quasiment à faire une proposition. Tous regrettent que cela n'y soit pas, mais personne n'ose y aller, donc cela justifierait le fait qu'on ait un secret des affaires défini à l'externe et qu'il faille définir, par rapport à lui, un droit à la preuve. La question est : est-ce qu'on peut faire émerger un principe général face à des situations qui sont du droit spécial ? C'est tout le problème à mon avis du droit à la preuve aujourd'hui, c'est faire émerger un principe général face à du droit spécial ou à des droits spéciaux, puisqu'en l'occurrence on en a plusieurs.

Kazuma Yamashiro : J'aimerais juste faire une petite remarque sur la question déjà discutée au Japon. Je pense qu'une différence assez générale de notre droit avec les droits français et belge, c'est que notre code est très souvent laconique. Le dernier numéro des articles du Code civil est 1050, donc le nombre de textes est beaucoup plus réduit par rapport aux droits français et belge. Dans le domaine de la preuve également, même si tout le monde est d'accord sur l'existence des principes selon lesquels la preuve produite illicitement n'est pas admissible, dans notre système aussi, il n'y a pas de texte législatif et plein de choses laissées à la libre appréciation des juges. Je pense que ce serait une caractéristique du droit japonais, ou de la législation japonaise, en la matière.

Philippe Stoffel-Munck : Je souhaiterais adresser une question à notre collègue belge, portant sur le standard de preuve, tel qu'il a été formulé dans les textes énonçant que, dans certaines hypothèses, la vraisemblance peut suffire à emporter la conviction du juge. Ma première interrogation est la suivante : au moment de l'élaboration de ces dispositions, avez-vous eu le sentiment de procéder à une innovation ou s'est-il agi, au contraire, d'une consécration d'une pratique judiciaire déjà bien établie ? Je serais curieux de savoir si une réflexion a été menée sur l'éventualité d'un raffinement du système, en direction de ce que propose le droit anglais avec la balance des probabilités, de façon à faire apparaître le seuil du vraisemblable d'une façon d'apparence scientifique.

Céline Joisten : Il faut distinguer deux règles relatives au standard de preuve. D'une part, le législateur a voulu consacrer la pratique des cours et des tribunaux en adoptant l'article 8.5 intitulé « Degré raisonnable de certitude » qui équivaut à une conviction, non pas de 100 % mais plutôt de 90 % ou 95 %. Ce standard de preuve était déjà admis dans la pratique, même si la référence à la certitude demeurait ; d'autre part, le législateur innove en adoptant l'article 8.6 intitulé « Preuve par vraisemblance » qui permet au juge d'être convaincu avec une simple vraisemblance dans certaines conditions prévues aux alinéas 1 et 2. Pour ce qui concerne la preuve d'un fait négatif (al. 1), il s'agit aussi de la codification d'une pratique existante car il est bien souvent impossible de prouver avec certitude un fait négatif (par exemple, le fait de ne jamais avoir communiqué une information). Pour ce type de faits négatifs, on ne peut se contenter que d'une vraisemblance et le législateur a voulu consacrer cette pratique à l'article 8.6, alinéa 1. On a juste ajouté

l'intitulé de « preuve par vraisemblance » qui est lourd de sens et qui n'existait pas vraiment avant. Pour ce qui concerne la preuve d'un fait positif (art. 8.6, al. 2), le législateur innove vraiment en s'inspirant des droits suisse et néerlandais. La preuve par vraisemblance n'est pas admise pour n'importe quel fait positif : il faut que ce soit un fait positif « dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine ». Dans les travaux préparatoires, le législateur indique que ce degré de vraisemblance est de l'ordre de 70 %, alors qu'aucun seuil si bas n'avait auparavant été admis. Il cite aussi plusieurs arrêts du Tribunal fédéral suisse qui appliquent cette preuve par vraisemblance dans des litiges de responsabilité médicale où il est impossible de déterminer comment les faits se sont déroulés dans le passé, de sorte que le lien de causalité ne peut être prouvé que par vraisemblance.

Yuta Ikeda : Il me semble que le fait que le Code civil contienne le droit de la preuve reflète une idée selon laquelle les droits doivent être prouvés pour être constatés. Il est certain que pour que le juge décide quelle partie couvre les faits, il faille déterminer ce qui se passera quand les parties n'arrivent pas à prouver des faits ou des obligations, mais il me semble que le droit civil existe probablement en dehors du tribunal, en dehors de la justice. Est-ce que vous pensez que le fait que le Code civil contienne le droit de la preuve sous-entend la place importante ou prestigieuse qu'occupe la justice, le tribunal dans la matière de droit civil ?

Corinne Bléry : Il me semble qu'effectivement, le droit n'est pas forcément contentieux, donc que la preuve prenne sa place dans le Code civil dans ce sens-là n'est pas du tout absurde. En revanche, là où vous allez vraiment avoir besoin de la preuve c'est le jour où votre droit va être contesté, et si votre droit est contesté... le contentieux apparaît. Même en recourant à un mode amiable, par exemple à une médiation, vous allez quand même devoir essayer d'argumenter et prouver votre droit. Il me semble que finalement la preuve vient le jour où il y a quelque chose de pathologique, où le droit est un peu menacé et c'est pour cela qu'avoir un code à part ne me dérangerait pas.

Laurent Siguoirt : On peut avoir une réflexion par rapport à la preuve par écrit. On parle souvent de preuves préconstituées, c'est-à-dire qu'on anticipe le fait qu'il y aura peut-être un litige qui se terminera devant le juge, donc en fait la preuve est constituée nécessairement à un moment où il n'y a pas de litige. On est donc bien en dehors du procès mais on pense déjà au procès.

📄 Notes de bas de page

↑ 1 –

X. Lagarde, « Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancaire », D. 2023, p. 1526.

↑ 2 –

Depuis le colloque, la jurisprudence française a évolué. Dans un arrêt du 22 décembre 2023 Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, BR : GPL 16 avr. 2024, n° GPL461y5, note L. Mayer ; Dalloz actualité, 9 janv. 2024, obs. N. Hoffschir ; D. 2024, p. 570 et s., obs. A. Aynès et J.-D. Bretzner – v. aussi Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 21-11.330, BR), l'assemblée plénière a jugé que : « Lorsque le droit à la preuve tel que garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entre en conflit avec d'autres droits et libertés, notamment le droit au respect de la vie privée, il appartient au juge de mettre en balance les différents droits et intérêts en présence. Il en résulte que, dans un procès civil, le juge doit, *lorsque cela lui est demandé, apprécier si une preuve obtenue ou produite de manière illicite ou déloyale, porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble*, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ». C'est un arrêt de revirement – ce que la Cour de cassation annonce : alors que la preuve déloyale ne pouvait être admise, elle peut l'être désormais. Le principe de loyauté n'est pas remis en cause mais une preuve obtenue de manière déloyale peut être produite si le juge estime qu'elle ne porte pas une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. *L'arrêt pose le même principe pour l'illicéité.*

↑ 3 –

X. Lagarde, « Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancaire », D. 2023, p. 1526.

↑ 4 –

C. com., art. L. 153-1 et s. – C. com., art. R. 153-1 et s.

↑ 5 –

C. com., art. L. 481-1 et s.