

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Aveu extrajudiciaire

Mougenot, Dominique

*Published in:*

Penser, écrire et interpréter le droit

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2022, Aveu extrajudiciaire: mécanisme important aux contours parfois fuyants. Dans *Penser, écrire et interpréter le droit: liber amicorum Xavier Thunis*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier, Bruxelles, p. 63-79.

#### **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.

# Aveu extrajudiciaire : mécanisme important aux contours parfois fuyants<sup>1</sup>

**Dominique MOUGENOT**

*Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut*

*Maître de conférences invité à l'UNamur et l'UCLouvain*

**1. Préambule.** L'aveu extrajudiciaire est un mécanisme fréquent et important. Il est certainement plus fréquent que l'aveu judiciaire, puisqu'il ne requiert pas de contexte judiciaire pour être formé. Il peut se cacher sous des formes très diverses : dans des correspondances, des actes officiels, des déclarations verbales... Et son importance tient à sa force probante élevée : il peut tenir en échec des actes sous signature privée. Son admissibilité n'est pas limitée aux matières dans lesquelles la preuve par tout mode de preuve est admise. Il constituera parfois le joker salvateur pour un plaideur en perdition. L'aveu extrajudiciaire est donc une pièce maîtresse dans l'échiquier de la preuve.

Tout cela, Xavier le sait bien. Non seulement du fait de sa maîtrise du droit des obligations, mais aussi parce que son souci de compréhension de la « fabrique du droit » l'a poussé à participer comme conseiller suppléant aux audiences de la cour d'appel de Mons. Il connaît dès lors bien également la manière dont se construit la conviction des juges et l'importance que peuvent revêtir certains modes de preuve.

L'aveu extrajudiciaire est donc un élément de preuve important, parfois décisif. Mais encore faut-il en déceler l'existence. La jurisprudence n'a pas toujours été très constante dans la définition même du concept. La Cour de cassation nous offre, dans un arrêt récent, l'occasion de nous pencher à nouveau sur les limites et le contenu de l'aveu extrajudiciaire<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cette contribution est inspirée de l'article « Quelques précisions concernant l'aveu judiciaire », *J.T.*, 2021, pp. 501 et s. L'article d'origine a été remanié mais certains passages en sont reproduits sans changement, avec l'aimable autorisation des éditions Larcier.

<sup>2</sup> Cass., 22 janvier 2021, *J.T.*, 2021, p. 513.

## SECTION 1. – Circonstances et enseignement de l'arrêt commenté

**2. Faits de la cause.** Les faits de la cause étaient les suivants. Deux frères, M.M. et W.M., signèrent le 2 décembre 1980 une convention de prêt, dont l'article 1<sup>er</sup> indiquait : « Monsieur M.M. reconnaît par la présente convention avoir emprunté un montant de 8 millions de francs à W.M. ». Les parties avaient convenu un intérêt annuel ainsi qu'une clause selon laquelle le prêt n'était remboursable qu'au décès de leur mère. Après ce décès, M.M. pouvait soit rembourser la somme avec intérêt soit abandonner à son frère sa part dans l'héritage de sa mère. Les deux frères sont décédés avant leur mère. Après le décès de la mère, les demandeurs, en leur qualité d'héritiers de W.M., demandèrent aux défenderesses, en leur qualité d'héritières de M.M., le remboursement de l'emprunt avec les intérêts. Les défenderesses refusèrent. Elles soutiennent dans le cadre de la procédure qui s'en est ensuivie qu'aucun emprunt n'a été conclu dès lors qu'il n'existe aucune preuve de la remise de la somme prêtée.

**3. La décision attaquée.** Les juges d'appel décident qu'il n'est pas démontré qu'une convention de prêt a été conclue dès lors qu'il ne ressort d'aucune pièce du dossier qu'au moment de la conclusion de l'accord ou dans une période avoisinante la somme prêtée a bien été remise. Ils considèrent que l'article 1<sup>er</sup> de la convention ne peut pas être considéré comme un aveu extrajudiciaire de feu M.M., dès lors que cette déclaration n'est pas crédible et qu'il n'apparaît pas que cette reconnaissance a été faite après la conclusion de la convention.

**4. La décision de la Cour de cassation.** Un pourvoi a été introduit contre cette décision. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles au double motif que :

(a) 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. Dès lors, les juges du fond ne pouvaient pas considérer la déclaration reprise à l'article 1<sup>er</sup> de la convention comme non crédible, au seul motif que la preuve d'un transfert de fonds concomitant à la conclusion de la convention n'était pas rapportée ;

(b) en cas de prêt de consommation, aussi bien l'expression de la volonté à l'origine de 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. 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<sup>er</sup> de la convention de prêt ne peut être considérée comme un aveu extrajudiciaire parce qu'il n'apparaît pas que la déclaration a été faite après la naissance de l'acte juridique.

Par cette double motivation, la Cour aborde donc des questions importantes, à savoir l'étendue du pouvoir de vérification du juge, lorsqu'il est confronté à un aveu extrajudiciaire, et le moment auquel une déclaration doit être effectuée pour pouvoir être retenue comme aveu extrajudiciaire.

Mais, pour bien comprendre la portée de cet arrêt, il convient de rappeler quelques règles fondamentales.

## SECTION 2. – Définition de l'aveu extrajudiciaire et différence avec l'aveu judiciaire

**5. Définition de l'aveu extrajudiciaire.** Tout d'abord, on peut se poser la question de savoir ce qu'est exactement un aveu et quelle est la différence entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire.

L'ancien Code civil ne contenait aucune définition de l'aveu. Le nouveau Livre 8 du Code civil définit l'aveu à l'article 8.1.10<sup>o</sup> comme « une reconnaissance par une personne ou son représentant spécialement mandaté d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques ». Il s'agit de la définition classique, empruntée à Aubry et Rau, et utilisée à plusieurs reprises par la Cour de cassation de France<sup>3</sup>. En revanche, on ne trouve aucune définition de l'aveu judiciaire ou extrajudiciaire dans la liste des définitions figurant au début du Livre 8.

Ces deux types d'aveu figuraient déjà à l'article 1354 de l'ancien Code civil. Cette distinction réapparaît à l'article 8.30 du Livre 8 du Code civil, qui indique que l'aveu peut être judiciaire ou extrajudiciaire, sans toutefois en dire plus. Pour en savoir davantage, il faut s'en référer à la doctrine

<sup>3</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1797.

et la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est communément admis qu'est judiciaire l'aveu qui est accompli (a) devant le juge, (b) dans le cadre de la procédure dans laquelle l'aveu est invoqué. Tout autre forme d'aveu doit être considérée comme extrajudiciaire. C'est le cas de la déclaration faite en justice mais devant une autre personne que le juge, par exemple un expert<sup>4</sup>. C'est également le cas de l'aveu qui est fait en justice mais dans le cadre d'une autre procédure que celle dans laquelle l'aveu est invoqué<sup>5</sup>.

L'un des exemples les plus emblématiques d'aveu extrajudiciaire est l'aveu « en action », c'est-à-dire l'aveu consistant dans l'exécution ou le commencement d'exécution d'une convention dont l'existence est discutée. Cette forme d'aveu est admise par la Cour de cassation<sup>6</sup> et est désormais explicitement reconnue par le législateur à l'article 8.31, alinéa 2, du Code civil. Celui-ci énonce : « l'aveu extrajudiciaire peut résulter du comportement d'une des parties, tels que l'exécution d'un contrat ».

Cela étant, l'intérêt de cette distinction est devenu assez ténu, dès lors que, comme nous allons le voir, le Code civil tend à rapprocher fortement le régime juridique des aveux judiciaires et extrajudiciaires. La seule différence qui subsiste entre ces deux formes d'aveu a trait à leur preuve. L'aveu judiciaire est effectué devant le juge. Sa preuve pourra donc être rapportée en consultant les actes de la procédure, par exemple des conclusions, un procès-verbal de comparution volontaire ou le procès-verbal de l'audience au cours de laquelle cette déclaration a été réalisée. La preuve de l'aveu extrajudiciaire est nécessairement différente, puisqu'il est réalisé hors de la présence du juge ou en dehors d'une procédure. L'aveu extrajudiciaire écrit (art. 8.31, al. 1<sup>er</sup>, C. civ., *a contrario*) et l'aveu en action (art. 8.31, al. 2, C. civ.) peuvent être prouvés par tous modes de preuve. En revanche, l'aveu extrajudiciaire purement verbal ne peut être prouvé par tous modes de preuve que si ces moyens de preuve sont admis par la loi (art. 8.31, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.). On voit donc que, sur ce terrain, la différence de contexte dans lequel ces deux formes d'aveu sont réalisées a des conséquences sur la manière dont ils pourront être prouvés. Mais c'est, à l'heure actuelle, la seule différence subsistant entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire.

<sup>4</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, n° 1805.

<sup>5</sup> Cass., 28 juin 2018, *R.W.*, 2018-2019 (somm.), p. 1501, note ; *R.G.D.C.*, 2019, p. 350, note SAMOY et DECLERCQ ; Cass., 25 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 231 ; *R.W.*, 2014-2015 (somm.), p. 418, note ; *R.G.D.C.*, 2015, p. 340 ; Cass., 7 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1483 ; *Pas.*, 2002, p. 2129 ; *R.W.*, 2005-2006 (somm.), p. 958 ; *T.A.V.W.*, 2003, p. 107.

<sup>6</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 20 janvier 2020, *R.G.* n° C.19.0062.F.

### SECTION 3. – Force probante de l’aveu extrajudiciaire

**6. Valeur probante et force probante.** Avant l’adoption du Livre 8 du Code civil, on a pu s’interroger sur l’existence d’une différence de force probante entre l’aveu judiciaire et l’aveu extrajudiciaire. Ces questions sont actuellement réglées et les deux formes d’aveu ne diffèrent plus sur ce point.

Avant d’aborder les explications à ce sujet, on peut rappeler ce qu’est exactement la force probante. Il s’agit sans doute d’une des notions les plus fuyantes de tout le droit de la preuve.

La force probante est désormais définie par la loi. En effet, l’article 8.1.14° du Code civil indique que la valeur probante est la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge, alors que l’article 8.1.15° définit la force probante comme la mesure dans laquelle un mode de preuve fait preuve selon la loi et dans laquelle le juge et les parties sont liés par ce mode de preuve. En principe, le juge apprécie librement la valeur probante, c’est-à-dire le caractère convaincant ou non d’un mode de preuve. C’est ce qui se passe, par exemple, à l’égard des témoignages : le juge peut vérifier si ce que dit le témoin lui paraît crédible et cohérent et son pouvoir d’appréciation n’est pas contenu, sous la seule réserve qu’il ne peut pas violer la foi due au procès-verbal contenant le témoignage. Dans certaines circonstances toutefois, le législateur peut, par une disposition spéciale, fixer la valeur probante d’un mode de preuve. On parle alors, en néerlandais, de valeur probante légale (*wettelijke bewijswaarde*), ou, en français, de force probante. Lorsque le législateur est intervenu ainsi, le pouvoir d’appréciation du juge est alors limité. Il est tenu par la valeur donnée au mode de preuve par le législateur. De même, les parties ne seront plus libres de combattre ce mode de preuve par tout moyen. Elles devront utiliser les canaux autorisés par le législateur. En ce qui concerne l’aveu, la question de la force probante revient donc à se demander si le juge peut apprécier librement les conséquences qu’il entend tirer de l’aveu ou s’il est tenu de prendre telle quelle la déclaration qui lui est produite à titre d’aveu et de considérer le fait avoué comme établi.

**7. Force probante de l’aveu judiciaire.** Dans l’ancien Code civil, l’article 1356, alinéa 2, indiquait que l’aveu fait pleine foi contre celui qui l’a fait. Cette phrase a amené la doctrine à reconnaître le caractère particulièrement élevé de la force probante de l’aveu. L’aveu est utilisable

même dans les cas où la loi requiert un écrit signé et peut combattre la force probante qui s'attache à un tel acte<sup>7</sup>. D'où son sobriquet de « reine des preuves ».

Mais en outre, il est également enseigné traditionnellement que le juge n'a pas à remettre en cause la sincérité de l'aveu judiciaire : il est tenu par la déclaration, même s'il n'est pas personnellement convaincu de sa crédibilité. « L'erreur, la lassitude, l'intention de nuire à un tiers peuvent conduire un plaideur à avouer un fait qui ne traduit pas la réalité. Il n'en reste pas moins que dans la plupart des cas le fait avoué est vrai. Aussi la loi présume-t-elle l'exactitude de la déclaration lorsque l'aveu a eu lieu dans des circonstances offrant toutes garanties de régularité. Tel est le cas de l'aveu judiciaire. [...] Il peut en résulter que, dans certains cas, un fait sera tenu à tort pour avéré. C'est un inconvénient qui est inhérent à tout système de preuve légale : en prohibant la preuve par témoins de la fausseté du contenu d'un acte écrit, la loi s'expose pareillement au risque de sacrifier quelquefois la vérité ; il en va de même en matière d'aveu judiciaire. Cependant, très rares sont les cas de fausse déclaration ; ils ne justifient pas que l'on affaiblisse l'autorité de l'aveu judiciaire, ce qui entraînerait un foisonnement de litiges inutiles »<sup>8</sup>. La question s'est alors posée de savoir si cet enseignement pouvait être étendu à l'aveu extrajudiciaire, dans le silence de la loi.

**8. Force probante de l'aveu extrajudiciaire.** En France, ces deux formes d'aveu ont un régime juridique assez différent. Chez nos voisins, l'aveu judiciaire a une force probante importante, puisque, comme en Belgique, il fait pleine foi contre celui dont il émane. On considère que le contexte dans lequel cet aveu est réalisé suffit à garantir sa sincérité, sans que le juge ne doive procéder à des vérifications à cet égard (voy. numéro précédent). En revanche, la force probante de l'aveu extrajudiciaire est limitée. Il ne s'impose pas au juge devant lequel il est produit<sup>9</sup>. Tout comme à l'égard d'un témoignage, le juge dispose donc d'un pouvoir

<sup>7</sup> B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2013, nos 350 et s., p. 190 ; DE PAGE, *Traité*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 1008, B ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in *La preuve, questions spéciales*, coll. C.U.P., vol. 99, Limal, Anthemis, 2008, p. 166 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, n° 278, p. 364 ; I. SAMOY et S. DECLERCQ, « De gerechtelijke en de buitengerechtelijke bekentenis: zoek de verschillen », *R.G.D.C.*, 2019, n° 2, p. 351 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 546, p. 398 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, n° 1802 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 741, p. 329.

<sup>8</sup> J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ.*, v° Preuve, 2<sup>e</sup> éd., 2002, n° 719.

<sup>9</sup> A. AYNÈS et X. VUITTON, *Droit de la preuve. Principes et mise en œuvre processuelle*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 115, n° 196 ; J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ.*, *op. cit.*, nos 783 et s.

souverain d'appréciation de la foi qu'il convient d'accorder à un aveu extrajudiciaire. Il a la plus grande liberté pour déterminer s'il s'estime ou non convaincu de la véracité de la réalité des faits reconnus, même lorsque l'aveu est consigné par écrit.

Chez nous, la réponse de la doctrine est plus nuancée. Les auteurs ont en effet toujours considéré que l'aveu judiciaire et extrajudiciaire devaient recevoir la même force probante, pour autant que la sincérité de l'aveu extrajudiciaire ait été vérifiée par le juge<sup>10</sup>. On pouvait donc assimiler 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 juge. La différence de traitement entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire était justifiée 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 apparaît tellement peu naturel que la sincérité d'un tel acte ne pouvait pas être remise en cause.

Toutefois, dans un arrêt du 3 décembre 2007<sup>11</sup>, la Cour de cassation a relevé que le juge dispose d'un pouvoir de libre appréciation de l'aveu extrajudiciaire. Cet arrêt semait donc le doute quant à la force probante réelle de l'aveu extrajudiciaire. En effet, si celui-ci est soumis à la libre

<sup>10</sup> 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 », *R.D.C.*, 2019, n° 62, p. 637 ; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, *op. cit.*, n° 360, p. 195 ; G. DE BUYZER, *Bewijs van aannemingsovereenkomsten*, *T.B.O.*, 2016, n° 5, p. 46 ; DE PAGE, *Traité*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 1024 ; V. DEWULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in *La réforme du droit de la preuve*, coll. C.U.P., vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, n° 90, p. 142 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, p. 171 ; B. MAES *et al.*, « De gerechtelijke bekentenis », in *Het bewijs in het burgerlijk proces/La preuve dans le procès civil*, Bruges, la Charte, 2015, n° 7, p. 120 ; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijs door bekentenis », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2005, n° 5402, p. 70 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 288, p. 369 ; I. SAMOY et S. DECLERCQ, « De gerechtelijke en de buitengerechtelijke bekentenis: zoek de verschillen », *op. cit.*, n° 11, p. 354 ; I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », in *Verbintenissenrecht*, coll. Thémis, n° 108, Bruges, la Charte, 2019, n°s 50 et s., pp. 143 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 575, p. 416 ; W. VANDENBUSSCHE, « Intentionaliteit van de buitengerechtelijke bekentenis », *NjW*, 2018, p. 482 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, n° 1805 ; L. VAN VALCKENBORGH, « De doorbraak van de "ongewilde bekentenis" als geldige buitengerechtelijke bekentenis », *R.G.D.C.*, 2008, n° 11, p. 456 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n°s 767 et 768, p. 337. *Contra* : F. MOURLON-BEERNAERT, « L'aveu », in *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2016, n° 326, p. 181.

<sup>11</sup> Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2195 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 382 ; *R.G.D.C.*, 2010, p. 30, note VAN DEN BERGH ; *R.D.C.*, 2008, p. 285.

appréciation du juge, son régime ne diffère plus guère de celui de la présomption de fait<sup>12</sup>. Cet arrêt ouvrait donc une brèche dans l'unanimité doctrinale qui régnait jusqu'alors.

Le nouveau Code civil a tranché la question. Il a totalement unifié la force probante de l'aveu judiciaire et celle de l'aveu extrajudiciaire, sur les deux points évoqués ci-dessus. D'une part, l'article 8.31, alinéa 3, indique que l'aveu extrajudiciaire a la même force probante que l'aveu judiciaire. Les hésitations nées de l'arrêt de 2007 de la Cour de cassation sont donc balayées. D'autre part, l'article 8.32 indique que l'aveu fait foi contre son auteur « sauf s'il n'est pas sincère ». Le législateur maintient donc le pouvoir du juge de vérifier la sincérité de l'aveu, mais étend ce pouvoir à toutes les formes d'aveu et donc également à l'aveu judiciaire. On pouvait en effet émettre des doutes quant aux garanties que le contexte judiciaire peut apporter concernant la sincérité de l'auteur de l'aveu. Par exemple, si l'une des parties souhaite faire une déclaration de complaisance, il n'est pas certain que la simple circonstance que cette déclaration soit faite devant le juge constitue un barrage suffisant. La présomption irréfutable de sincérité de l'aveu judiciaire (voy. *supra*, n° 6) a donc été supprimée.

**9. La vérification de la sincérité de l'aveu.** Désormais donc, les deux formes d'aveu sont soumises à un contrôle de « sincérité ». En quoi consiste-t-il exactement ? On conçoit bien que ce contrôle doit être marginal et limité, sans quoi on soumettrait l'aveu, aussi bien judiciaire qu'extrajudiciaire, à la libre appréciation du juge. Or, une telle interprétation du texte serait contraire à sa lettre, dès lors qu'elle empêcherait que l'aveu fasse pleine foi à l'égard du juge. Cette vérification de sincérité ne peut donc être que limitée.

C'est ici que l'arrêt commenté nous donne un élément supplémentaire. 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 déclaration<sup>13</sup>. Tout au plus le juge peut-il se fonder sur les circonstances dans lesquelles la déclaration a été accomplie : « Le juge apprécie souverainement en fait si l'aveu extrajudiciaire est admis et contrôle, à cet effet, les circonstances dans lesquelles il a été fait »<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak-Het burgerlijk procesrecht – 2000-2013 », *op. cit.*, n° 373, p. 898.

<sup>13</sup> Concl. 1<sup>er</sup> av. gén. MORTIER, disponibles en ligne à l'adresse [www.juportal.be : https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:CONC.20210122.1N.30/NL?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPaf4=](https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:CONC.20210122.1N.30/NL?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPaf4=).

<sup>14</sup> Cass., 3 mai 2018, *NjW*, 2018, p. 481, note VANDENBUSSCHE ; *R.A.B.G.*, 2018, p. 1791 ; *R.W.*, 2018-2019 (somm.), p. 1150, note ; *R.D.J.P.*, 2018, p. 148, note 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).

L'éminente magistrate poursuit : « *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 buitengerechtelijke bekentenis wordt weerhouden, dringt de inhoud ervan zich aan de rechter op, net zoals het geval is bij een gerechtelijke bekentenis, en mag de rechter de bekentenis niet op haar inhoudelijke geloofwaardigheid toetsen* »<sup>15</sup>.

La Cour suit le ministère public sur ce point et déclare que le juge ne peut tenir compte de la « crédibilité intrinsèque » de la déclaration. Elle reprend donc fidèlement la formule utilisée par l'avocat général. Dans le cas présent, la Cour de cassation sanctionne le juge du fond pour avoir tenté de vérifier si la déclaration par laquelle feu M.M. avait reconnu avoir emprunté de l'argent était accompagnée de preuves d'un transfert de fonds concomitant. En d'autres termes, le juge ne peut donc pas vérifier la véracité de l'objet même de la déclaration. Si c'était le cas, cela voudrait dire que l'objet de l'aveu devrait être lui-même prouvé par d'autres moyens, ce qui ruinerait la force probante de la déclaration et la rendrait sans intérêt.

Nous savons donc ce que le juge ne peut pas faire. Mais que peut-il faire exactement ? Cette question reste délicate et il appartiendra certainement à la jurisprudence de l'éclaircir. M<sup>me</sup> Verheyden fournit toutefois une piste en indiquant que : « [l]a première fonction du juge est, en pareil cas, de vérifier la portée de la reconnaissance alléguée en fonction de son objet et des circonstances dans lesquelles elle est intervenue. Le juge doit vérifier si la déclaration n'a pas été obtenue par surprise, si elle a été volontaire, si son contenu est suffisamment explicite, en d'autres termes si toute la reconnaissance revêt tous les caractères d'un aveu »<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Concl. 1<sup>er</sup> av. gén. MORTIER, disponibles en ligne à l'adresse [www.juportal.be](http://www.juportal.be), *op. cit.*, n° 2.2.1.

<sup>16</sup> N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve, op. cit.*, n° 767, p. 337. Voy. aussi : S. DECLERCQ, « Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen », *R.W.*, 2020-2021, n° 15, p. 10 : « *Is de bedoeling om een nadelig feit voor waar te bekennen zeker en duidelijk voorhanden en is de wilsuïting vrij en bewust tot stand gekomen (en beroept de tegenpartij zich erop), dan moet de rechter het betwiste feit bewezen achten. Is die bedoeling onduidelijk of ongeldig tot stand gekomen, dan ligt geen bekentenis voor. Het is deze toets die art. 8.32, tweede lid (nieuw) BW aanduidt met de vereiste dat de bekentenis "oprecht" moet zijn* ». Voy. cependant les doutes de V. Dewulf (« Les modes de preuve : entre tradition et modernité », *op. cit.*, n° 90, p. 142) quant à la possibilité pour le juge de faire la part des choses entre admissibilité et force probante de l'aveu.

Si on fait l'exercice d'appliquer ces critères au cas soumis à la Cour de cassation, on pourrait reconnaître que la déclaration de M.M. était claire et explicite. Étant reprise dans un écrit, elle apparaissait suffisamment réfléchie. Aucun élément de fait n'est rapporté qui donnerait à penser que W.M. a abusé de son influence sur M.M. ou que celui-ci n'était pas en état de manifester valablement sa volonté. Aucune particularité des circonstances dans lesquelles cette déclaration a été faite ne devait attirer l'attention du juge et l'inciter à remettre en doute sa sincérité. Dès lors, le juge devait s'en tenir à cet examen sommaire et ne pouvait pas aller plus loin et rechercher si l'objet même de cette déclaration (M.M. avait reçu les fonds de son frère) était suffisamment établi par le dossier.

- 10. Première conclusion.** On peut donc résumer ce qui précède ainsi :
- l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire ont la même force probante ;
  - le juge peut vérifier la sincérité de l'aveu pour ces deux formes d'aveu ;
  - dans le cadre de cet examen de la sincérité de l'aveu, le juge ne peut contraindre les parties à prouver le fait même qui fait l'objet de l'aveu par d'autres modes de preuve ;
  - cet examen est marginal et ne peut porter que sur les circonstances dans lesquelles l'aveu est fait.

## SECTION 4. – Moment de l'aveu et distinction avec l'acte sous signature privée irrégulier

**11. Évolution de la jurisprudence concernant le caractère intentionnel de l'aveu.** Pour comprendre la suite de l'exposé, il faut repartir d'une question de base concernant l'admissibilité de l'aveu : l'aveu doit-il être intentionnel ? Autrement dit, son auteur doit-il être conscient de ce que sa déclaration est de nature à favoriser l'adversaire ?

Cette question a fait l'objet d'une longue controverse. Durant de nombreuses années, la Cour de cassation<sup>17</sup>, suivie en cela par les juridictions du fond<sup>18</sup>, a adopté une solution restrictive en énonçant que l'aveu implique la volonté de faire, au sujet d'une contestation, une déclaration

<sup>17</sup> Cass., 3 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 681 ; Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 755 ; Cass., 13 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 466.

<sup>18</sup> Voy. notamment : Mons, 24 mars 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 130 et note J.S. ; *J.T.*, 1987, p. 522 ; Mons, 8 mars 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 144 et note J.S.

*destinée* à servir de preuve à la partie adverse. Cette expression indique que la déclaration doit être faite dans l'intention d'avouer. Cette jurisprudence était conforme à l'enseignement de De Page<sup>19</sup>.

Cette jurisprudence était critiquée en doctrine, notamment par P. Van Ommeslaghe<sup>20</sup>. Cet auteur relevait qu'il était malaisé de concilier la thèse stricte de l'aveu intentionnel avec l'importante jurisprudence, couverte par l'autorité de la Cour de cassation, admettant que l'aveu peut être tacite et résulter de l'exécution donnée par les parties à une convention<sup>21</sup>. Il était également difficile de concilier l'exigence du caractère intentionnel de l'aveu avec l'enseignement des commercialistes selon lesquels les mentions de la comptabilité commerciale constituent un aveu extrajudiciaire indivisible dans le chef de leur auteur<sup>22</sup>.

Dans deux arrêts des 20 décembre 2007<sup>23</sup> et 25 mai 2009<sup>24</sup>, la Cour a définitivement abandonné son ancienne jurisprudence.

Dans la procédure qui a donné lieu à l'arrêt du 20 décembre 2007, les parties étaient en litige quant à la propriété d'une parcelle. Toutefois, dans une réclamation fiscale, l'une des parties avait demandé un dégrèvement au motif que la parcelle ne lui appartenait plus. La cour d'appel d'Anvers y a vu un aveu extrajudiciaire de l'aliénation de la parcelle, aveu utilisable dans la procédure relative à la détermination de la propriété de ce terrain. Le second moyen dirigé contre cet arrêt s'appuyait sur la jurisprudence classique de la Cour de cassation et relevait que les affirmations faites dans le cadre de la réclamation n'avaient pas pour but de servir de preuve à la partie adverse dans le cadre de la procédure immobilière. À ce sujet, la Cour suprême énonce : « L'aveu extrajudiciaire visé aux articles 1354 et 1355 du Code civil est un acte unilatéral dont une preuve peut être déduite. Il doit être fait par la partie à laquelle il est opposé, mais ne doit pas être destiné à servir de preuve pour la partie adverse ».

<sup>19</sup> DE PAGE, t. III, 3<sup>e</sup> éd., n° 1009, B.

<sup>20</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, n° 1797.

<sup>21</sup> Voy. aussi : B. CATTOIR et A. COLPAERT, « De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken », *R.W.*, 2009-2010, pp. 946 et s., spéc. p. 949 ; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijs door bekentenis », *op. cit.*, n° 5384 ; F. MOURLON-BEERNAERT, « L'aveu », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. VI.4.5-2 ; L. VAN VALCKENBORGH, « De doorbraak van de "ongewilde bekentenis" als geldige buitengerechtelijke bekentenis », *op. cit.*, pp. 454 et s., n<sup>os</sup> 19 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 729 et s.

<sup>22</sup> VAN RYN et J. HEENEN, t. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 65.

<sup>23</sup> Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2418 ; *R.W.*, 2009-2010, p. 955 ; *R.G.D.C.*, 2008, p. 452, note VAN VALCKENBORGH.

<sup>24</sup> Cass., 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1305 ; *J.T.T.*, 2009, p. 345 ; *Pas.*, 2009, I, p. 1271.

Dans le cadre de la procédure qui a donné lieu à l'arrêt du 25 mai 2009, le juge du fond avait à se prononcer sur la qualification d'une déclaration faite par une partie à un huissier de justice. La cour du travail de Mons avait considéré que cette déclaration ne pouvait valoir comme aveu extrajudiciaire parce que l'huissier n'avait pas clairement informé l'intéressé de l'objet de son audition. L'auteur de la déclaration ne s'était donc pas exprimé en parfaite connaissance de cause. L'arrêt est cassé pour le même motif que dans l'arrêt de cassation de 2007.

Ces deux arrêts constituent manifestement des arrêts de principe. Ils ont été confirmés à plusieurs reprises par la suite<sup>25</sup>.

Cette jurisprudence est actuellement coulée dans la loi. En effet, l'article 8.30 du Code civil indique que l'aveu peut être intentionnel ou non. Il est donc définitivement admis que l'aveu ne doit pas nécessairement être réalisé en vue de fournir une preuve à son adversaire dans le cadre de la procédure dans laquelle il est utilisé.

**12. La reformulation du principe.** Cela signifie-t-il que l'auteur de l'aveu ne doit manifester aucune intention du tout dans sa déclaration ? Ce serait aller trop loin. L'intentionnalité n'est pas totalement absente dans l'aveu. La Cour de cassation a clairement précisé son enseignement sur ce point.

Elle exprime le principe de la manière suivante : « 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 »<sup>26</sup>. La Cour réitère donc l'enseignement évoqué ci-dessus, selon lequel l'aveu ne doit pas être fait dans le but de fournir une preuve à son adversaire. Mais elle précise que l'aveu extrajudiciaire suppose l'intention de confirmer l'exactitude des faits allégués.

Donc, en réalité, l'élément d'intentionnalité de l'aveu n'est pas totalement inexistant. Il faut que l'auteur de l'aveu ait l'intention de reconnaître l'exactitude d'un fait. Mais peu importe le contexte dans lequel

<sup>25</sup> Cass., 22 janvier 2021, *J.T.*, 2021, p. 513, note MOUGENOT ; *R.W.*, 2021-2022, p. 785, note DECLERCQ et SAMOY ; Cass., 3 mai 2018, *NjW*, 2018, p. 481, note VANDENBUSSCHE ; *R.A.B.G.*, 2018, p. 1791 ; *R.W.*, 2018-2019 (somm.), p. 1150, note ; *R.D.J.P.*, 2018, p. 148, note MOUGENOT ; Cass., 23 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 913 ; *Pas.*, 2012, p. 184 ; *R.W.*, 2013-2014 (somm.), p. 1099, note.

<sup>26</sup> Cass., 3 mai 2018, *NjW*, 2018, p. 481, note VANDENBUSSCHE ; *R.A.B.G.*, 2018, p. 1791 ; *R.W.*, 2018-2019 (somm.), p. 1150, note ; *R.D.J.P.*, 2018, p. 148, note MOUGENOT.

cette reconnaissance se produit et son destinataire. Elle pourra être invoquée comme aveu extrajudiciaire, dans un contexte totalement différent et par une personne autre que le destinataire<sup>27</sup>.

**13. La qualification comme aveu d'un acte sous signature privée irrégulier.** Un auteur tire parti de la jurisprudence concernant l'absence de caractère intentionnel de l'aveu pour remettre en cause la distinction traditionnelle entre acte sous signature privée irrégulier et aveu extrajudiciaire<sup>28</sup>.

Classiquement, la doctrine exclut qu'on admette qu'un acte sous signature privée irrégulier puisse constituer un aveu extrajudiciaire. Alors qu'un acte sous signature privée irrégulier devrait être rétrogradé au rang de commencement de preuve par écrit ou de présomption, il serait sauvé *in extremis* si on pouvait considérer que la déclaration de volonté qui en émane constitue une forme d'aveu. Ce serait une manière trop facile de contourner tout le formalisme imposé par le Code civil concernant les actes sous signature privée. Par exemple, on ne peut pas considérer qu'un acte de vente établi en un seul exemplaire (violation de l'art. 8.20–ancien art. 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. 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<sup>29</sup>. La Cour de cassation est bien consciente de cet enjeu et le défend fermement : « Un écrit qui est rédigé à titre de preuve d'une dette et qui ne répond pas à la prescription de l'article 1326 du Code civil, ne peut valoir aveu judiciaire sous peine de porter atteinte aux règles de la preuve en matière civile »<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> La Cour de cassation n'exige plus non plus que l'aveu concerne un litige déjà né : Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2418 ; *R.W.*, 2009-2010, p. 955 ; *R.G.D.C.*, 2008, p. 452, note VAN VALCKENBORGH.

<sup>28</sup> B. SAMYN, « Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis », *R.D.J.P.*, 2011, pp. 34 et s., n<sup>os</sup> 12 et s.

<sup>29</sup> A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Chartre, 2008, p. 69 ; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 325, p. 175 ; DE PAGE, t. III, n<sup>o</sup> 1008, C/3 ; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijs door bekentenis », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 5367 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 265-2, p. 355 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, p. 161 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1801 ; J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ.*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 673.

<sup>30</sup> Cass., 26 septembre 2016, *R.A.B.G.*, 2018, p. 1789 ; *R.D.J.P.*, 2018, p. 147. C'est le motif pour lequel la Cour de cassation n'a jamais fait application de la jurisprudence Antigone lorsque l'illicéité alléguée a trait au non-respect du régime de la preuve légale. Si on admettait l'application de la jurisprudence Antigone dans ce contexte, le risque serait grand que l'on puisse contourner tout le formalisme probatoire du Code civil.

Un des arguments invoqués à l'appui de la distinction entre acte irrégulier et aveu est que l'intention de celui qui rédige un acte sous signature privée est différente de l'intention de celui qui fait un aveu<sup>31</sup>. Mais, à partir du moment où l'intention de celui qui avoue devient indifférente, il est vrai que cette objection ne tient plus. Il faut donc trouver autre chose si on veut défendre l'intégrité du régime de la preuve légale.

**14. Importance du critère chronologique : le moment auquel l'aveu est réalisé.** Le critère de distinction qui est alors traditionnellement proposé est chronologique : l'acte sous signature privée et l'aveu n'interviennent pas au même moment. L'acte est, en règle, établi au moment de l'accord qu'il constate, alors que l'aveu est postérieur<sup>32</sup>. Il faut réserver le terme d'aveu aux « déclarations accidentelles, faites après coup, par lesquelles une partie laisse échapper la reconnaissance du fait ou de l'acte qu'on lui oppose »<sup>33</sup>.

Dans son arrêt du 26 septembre 2016<sup>34</sup>, la Cour de cassation répond explicitement à cette préoccupation. La Cour indique clairement que « [c]ontrairement à une preuve écrite, un aveu constitue une déclaration qui est faite *après le fait matériel ou juridique avoué* »<sup>35</sup>.

La Cour rappelle ainsi la différence chronologique, évoquée par la doctrine, entre l'acte irrégulier et l'aveu, qui est postérieur. Elle casse donc l'arrêt attaqué, qui a admis comme aveu extrajudiciaire la déclaration contenue dans l'acte irrégulier, sans constater que cette déclaration était postérieure à cet acte.

À nouveau, dans l'arrêt publié ci-dessus, la Cour aborde la question de l'enchaînement chronologique des faits. Dans ce cas d'espèce, le juge du fond a voulu tenir compte du critère chronologique mais il l'a mal appliqué. Pourquoi ?

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 déclaration de volonté ne pouvait pas constituer un aveu de la remise des fonds parce qu'elle n'était pas postérieure à la convention. Mais c'est perdre de vue que la remise des fonds a pu se faire *avant* la convention et que le critère de postériorité pouvait donc bien être respecté en l'espèce. En réalité, la déclaration de M.M. prouvait deux choses :

<sup>31</sup> DE PAGE, *Traité*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 1008, B.

<sup>32</sup> Cass., 8 novembre 1984, *R.W.*, 1985-1986, col. 109.

<sup>33</sup> PLANIOL et RIPERT, t. 7, par GABOLDE, n° 1563.

<sup>34</sup> Cass., 26 septembre 2016, *R.A.B.G.*, 2018, p. 1789 ; *R.D.J.P.*, 2018, p. 147.

<sup>35</sup> Je souligne.

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 être antérieure. 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.

Ce critère de la postériorité n'est malheureusement pas non plus décisif. En effet, R. Jafferalli fait observer à juste titre que l'acte sous signature privée lui-même peut être établi après l'opération qu'il est censé constater<sup>36</sup>. La règle apparaît (malheureusement) certaine même si elle fragilise la solidité du formalisme probatoire<sup>37</sup>. Le fait que l'*instrumentum* a été établi après le *negotium* n'est donc pas un signe décisif de l'existence d'un aveu extrajudiciaire.

B. Vanlerberghe propose alors de vérifier si la déclaration est faite au moment de ou juste après l'acte reconnu ou longtemps après. C'est donc l'éloignement chronologique qui permettrait de déterminer si l'écrit produit constitue un acte sous signature privée irrégulier ou un aveu extrajudiciaire écrit<sup>38</sup>. Selon cet auteur, c'est ainsi une analyse concrète des circonstances de la cause qui permettra de répondre à la question. Le critère devient toutefois tellement flou que l'appréciation du juge sur l'existence d'un aveu en devient pratiquement discrétionnaire. En effet, à partir de quand peut-on considérer qu'une déclaration intervient suffisamment longtemps après le fait reconnu pour pouvoir servir d'aveu ?

S. Declercq propose un critère plus précis pour séparer l'aveu de l'acte irrégulier : le moment du commencement de l'exécution<sup>39</sup>. À ce moment, selon cet auteur, la protection qu'offre le formalisme probatoire apparaît moins importante pour les parties et ce formalisme pourrait donc s'effacer. Il est exact que le but premier du formalisme probatoire est de limiter les litiges en poussant les parties à créer des modes de preuve efficaces<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in *Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 447.

<sup>37</sup> DE PAGE, *Traité*, t. III, n° 741 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 42, p. 143 ; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, *op. cit.*, n° 521, p. 283 ; B. VANLERBERGHE, « Moet een schriftelijke schulderkenning gekwalificeerd worden als een (onregelmatige) akte dan wel als een bekentenis? », *Patrimonium*, Bruges, la Charte, 2016, n° 8, p. 174.

<sup>38</sup> B. VANLERBERGHE, « Moet een schriftelijke schulderkenning gekwalificeerd worden als een (onregelmatige) akte dan wel als een bekentenis? », *op. cit.*, p. 177.

<sup>39</sup> S. DECLERCQ, « Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen », *op. cit.*, n° 21, p. 12.

<sup>40</sup> H. JACQUEMIN, « Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible », Bruxelles, Larcier, 2010, n° 145, p. 191 et n° 146, p. 193, au sujet de l'ancien article 1341-art. 8.9.

Une fois que l'exécution de la convention a débuté, ce formalisme perd une partie de son utilité. En effet, l'exécution, par elle-même, constitue un mode de preuve qui prend le relais des instruments de preuve créés par les parties. On en trouve des indications dans la loi. Ainsi l'ancien article 1325–nouvel article 8.20 prévoit que la formalité des originaux multiples tombe en cas d'exécution par la partie qui invoque l'irrégularité. Or, l'exécution visée par ce texte peut n'être qu'un commencement d'exécution (le texte vise explicitement l'hypothèse de l'exécution partielle)<sup>41</sup>. La loi précise en outre (art. 8.31) que le commencement d'exécution peut constituer un aveu en action, qui peut donc remplacer n'importe quelle preuve exigée par la loi.

Par ailleurs, la Cour de cassation a elle-même encore compliqué la question, en refusant de faire de la postériorité un critère décisif. Dans un arrêt du 15 novembre 2018<sup>42</sup>, elle décide que « [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* »<sup>43</sup>. La Cour considère donc que ce sont les reconnaissances de dette qui constituent les titres soumis au formalisme légal, et non un quelconque acte antérieur auquel elles font référence. Sans doute inspirée par le souci d'éviter que les parties ne contournent trop facilement les exigences de l'article 1326 de l'ancien Code civil (actuel art. 8.21)<sup>44</sup>, la Cour n'admet pas comme preuve une reconnaissance de dette irrégulière postérieure à l'engagement litigieux. Il faut bien reconnaître que le critère de postériorité n'est pas exempt de périls. On pourrait imaginer que l'une des parties, dépourvue d'acte écrit régulier, parvienne à établir ultérieurement un *instrumentum* irrégulier et tente de le faire admettre comme aveu extrajudiciaire. Si on se limite à appliquer le critère chronologique, cette démarche pourrait réussir.

<sup>41</sup> Cass., 1<sup>er</sup> février 1973, arrêt n° F-19730201-5, [www.juportal.be](http://www.juportal.be) ; Cass., 12 mars 1976, *Rec. gén. enr. et not.*, 1978, p. 78.

<sup>42</sup> Cass., 15 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2020, p. 80.

<sup>43</sup> Je souligne.

<sup>44</sup> Pour rappel, l'article 1326 imposait à l'auteur d'un engagement unilatéral de payer d'écrire la promesse sous seing privé entièrement de sa main ou, à tout le moins, de la signer et de mentionner un « bon » ou un « approuvé », portant en toutes lettres la mention de la quantité de la chose. L'article 8.21 du Code civil a quelque peu modifié ce formalisme en exigeant désormais la signature de celui qui souscrit l'engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même (et pas nécessairement manuscrite), de la somme ou de la quantité en toutes lettres.

C'est donc à nouveau l'analyse des faits de la cause qui permettra au juge de qualifier ou non l'écrit postérieur comme aveu extrajudiciaire. Mais devant l'embarras du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence, il sera difficile de fournir au juge des critères clairs et précis pour le guider dans sa démarche. À ce stade de l'évolution de la jurisprudence, le critère temporel proposé par S. Declercq, à savoir le début de l'exécution de la convention, 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.

Dans certains cas, deux autres critères pourraient venir au secours d'un juge perplexe. D'une part, si la déclaration émane d'un tiers, ce sera un signe indiscutable qu'il s'agit d'un aveu. En effet, l'acte sous signature privée doit nécessairement être établi par les parties. D'autre part, si l'écrit est établi par toutes les parties, il s'agit nécessairement d'un acte sous signature privée, dès lors que l'aveu est un acte unilatéral par principe<sup>45</sup>.

**15. Seconde conclusion.** La seconde partie de cet article peut donc être résumée comme suit :

- tout aveu suppose une volonté de reconnaître un fait ;
- cette reconnaissance peut toutefois être extraite de son contexte et utilisée par un tiers, dans un litige ultérieur ; il n'est donc pas requis que cette reconnaissance ait été faite dans le but de fournir une preuve à son (futur) adversaire ;
- un acte sous signature privée irrégulier n'est pas un aveu extrajudiciaire de l'existence de la convention ;
- 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.

<sup>45</sup> R. JAFFERALI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », *op. cit.*, p. 445.