

3

LA PREUVE EN DROIT ÉCONOMIQUE – JURISPRUDENCE RÉCENTE ET QUESTIONS CHOISIES

Laurent DEBROUX

assistant chargé d'enseignement à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles



Yannick NINANE

maître de conférences invité à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles
juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut

Sommaire

À venir sur EP2

Introduction

1. Objet de la présente contribution. L'adoption du livre 8 du Code civil, les travaux préparatoires qui l'ont précédé et les commentaires qui l'ont suivi ont permis de faire le point sur la manière de la preuve entre entreprises contre les entreprises. Cette matière n'a guère évolué depuis lors. La présente contribution n'a dès lors pas pour ambition de livrer un commentaire systématique de l'article 8.11 du Code civil. Nous nous permettons donc de renvoyer le lecteur vers la contribution que l'un des deux soussignés y a consacré dans l'ouvrage publié au volume 193 de la présente collection¹.

Nous avons donc fait le choix de concentrer notre propos sur des décisions récemment prononcées par la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, concernant la notion d'entreprise (section 1) et sur deux questions particulières que sont la charge de la preuve de la conclusion ou de la résiliation d'un contrat conclu en ligne par un consommateur avec une entreprise (section 2) et la preuve par la comptabilité d'une personne morale des engagements de ses organes à son égard (section 3).

Section 1

Champ d'application du régime de preuve en droit économique

2. Dispositions légales. L'article 8.11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que « contre des entreprises ou entre entreprises, telles que définies à l'article I.1, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique, la preuve peut être apportée par tout mode de preuve ».

L'alinéa 2 de cette disposition précise que ce régime de preuve libre « ne s'applique pas aux entreprises lorsqu'elles entendent prouver contre une partie qui n'est pas une entreprise ».

De même, les modes de preuves particuliers établis par les §§ 2 et 4 de l'article 8 du Code civil ne sont pas, en tant que tels, applicables aux personnes qui ne revêtent pas la qualité d'entreprise. Ainsi, « la comptabilité d'une entreprise n'a pas de force probante contre des personnes qui ne sont pas des entreprises » (art. 8, § 2, al. 2, C. civ.) et « une facture acceptée, expressément ou tacitement, par une personne qui n'est pas une entreprise constitue une présomption de fait » (art. 8, § 4, al. 2, C. civ.)².

¹ G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, pp. 149 à 184.

² Cette disposition précise en outre « [qu']une facture non contestée par une personne qui n'est pas une entreprise ne peut être considérée comme acceptée, sauf si cette absence de contestation constitue un silence circonstancié », alors que son alinéa 1^{er} consacre le principe selon lequel « une facture acceptée par une entreprise ou non contestée dans un délai raisonnable fait preuve contre l'entreprise de l'acte juridique allégué ».

Dès lors que l'article 8.11 est placé parmi les exceptions à la preuve réglementée établie par l'article 8.9 du Code civil, le régime de preuve diffère donc substantiellement selon que la personne contre laquelle on entend prouver est ou non une entreprise.

Pour fixer son champ d'application personnel, l'article 8.11 du Code civil renvoie à l'article I.1, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique (C.D.E.)³, qui définit l'entreprise comme suit :

- « On entend par entreprise chacune des organisations suivantes :
- (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ;
 - (b) toute personne morale ;
 - (c) toute autre organisation sans personnalité juridique ».

Cette disposition poursuit en précisant que « ne sont pas des entreprises [...] :

- (a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ;
- (b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;
- (c) l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intercommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale ».

Cette définition, insérée dans le Code de droit économique par la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises⁴ a déjà fait l'objet de nombreux commentaires auxquels nous renvoyons le lecteur⁵.

³ L'article I.1 du C.D.E. contient les « définitions générales ». Il existe également une définition de l'entreprise « propre à certains livres » du Code. Voy. notamment les articles I.6, 12°, et I.8, 39°, pour une définition applicable aux livres IV (concurrence) et VI (pratiques du marché et protection du consommateur).

⁴ M.B., 27 avril 2018.

⁵ Voy. not. A. AUTENNE et N. THIRION, « La nouvelle "définition générale" de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière », *J.T.*, 2018, pp. 826 à 831 ; J. BAECK et V. VAN EESSEL, « De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht », *R.W.*, 2018-2019, pp. 1403-1409 ; Ph. MOINEAU, « Le nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises : champ d'application et principes généraux », in N. Thirion (dir.), *Les réformes du droit économique : premières applications*, coll. CUP, vol. 190, Liège, Anthemis, 2019, pp. 7 à 70 ; J. WERBROUCK, R. VAN DER BRUGGEN, et R. STEENNOT, « Het nieuwe ondernemingsbegrip in het economisch recht », in D. Bruloot, et H. De Wulf, (dir.), *Het nieuwe ondernemingsrecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1 à 43 ; J. STUYCK, « Le droit de la consommation : protection du consommateur à l'encontre de qui ? Quelques réflexions sur la notion d'entreprise/professionnel après la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises à la lumière du droit européen et de la transformation de la société de consommation », *D.C.C.R.*, 2020, pp. 3 à 14 ; G. STRAETMANS, « Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van econo-

3. Jurisprudence récente. Elle a également fait l'objet de quelques arrêts récents de nos deux cours suprêmes qu'il nous a paru utile d'évoquer dans le cadre de la présente contribution.

A. Toute personne morale est une entreprise, à l'exception des personnes morales de droit public qui ne proposent pas de biens ou services sur un marché

4. Toute personne morale de droit privé est une entreprise. Il ressort de l'article I.1, 1^{er}, alinéa 1^{er}, (b), et de l'exclusion contenue à l'alinéa 2, (b), de cette disposition que toute personne morale de droit privé est une entreprise.

En adoptant cette nouvelle définition générale de l'entreprise, le législateur a ainsi fait choix d'un critère formel, en lieu et place du critère matériel jusqu'alors applicable, c'est-à-dire l'exercice d'une activité économique⁶, ce qui a pour conséquence qu'il y a des entreprises économiques et des entreprises non économiques⁷.

Concernant plus particulièrement les personnes morales, l'exposé des motifs de la loi du 15 avril 2018, explique ce qui suit :

«La nouvelle définition d'entreprise inclut [...] toute personne morale, à l'exception des personnes morales de droit public qui ne mettent pas des marchandises ou services sur le marché.

Ainsi, en ce qui concerne les personnes morales de droit privé, l'activité statutaire ou de fait n'est pas pertinente pour la qualification en tant qu'entreprise.

Le fait que les sociétés dotées de la personnalité juridique (p. ex. S.A., S.P.R.L., S.N.C.) soient en règle générale des entreprises ne nécessite pas d'explications supplémentaires. Cela ne constitue pas un changement par rapport au droit existant.

Ce qui est nouveau, en revanche, c'est que d'autres personnes morales de droit privé, comme les associations et les fondations, doivent également être qualifiées d'entreprises, même si elles ne poursuivent pas de but économique. C'est justifié car ces organisations, quelles que soient leurs activités, constituent, de par leur forme dotée de la personnalité juridique, une structure qui a parfois des conséquences extrêmes pour des tiers (p. ex. patrimoine séparé, non-responsabilité de membres ou immobilisation du capital). La forme et les conséquences à l'égard des tiers justifient l'application de dispositions telles que le droit de l'insolvabilité ou la publicité. Ces disposi-

misch recht», *N.j.W.*, 2020, pp. 234 à 247 et pp. 278 à 288 ; R. STEENNOT et D. BRULOOT, «Het nieuwe ondernemingsbegrip in het insolventierecht (en daarbuiten)», in I. Claeys (dir.), *Recente wetgevende hervormingen : nieuw en beter?*, Malines, Wolters Kluwer, 2021, pp. 155 à 188.

⁶ Projet de loi du 7 décembre 2017 portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 3.

⁷ *Ibid.*, p. 6.

tions supposent et induisent une certaine forme de professionnalisation et visent à informer et à protéger les tiers (comme les créanciers, les travailleurs ou le public) »⁸.

5. Les associations de copropriétaires sont des entreprises. Dès lors qu'elles sont dotées de la personnalité juridique⁹, les associations de copropriétaires sont des entreprises¹⁰. À ce titre, elles relèvent notamment de la compétence des tribunaux de l'entreprise conformément à l'article 573 du Code judiciaire¹¹.

Saisi d'un déclinatoire de compétence soulevé par un architecte, assigné en responsabilité décennale par une association de copropriétaires, le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles s'est demandé s'il n'était pas discriminatoire de confier la compétence pour connaître de contestations impliquant une association de copropriétaires au tribunal de l'entreprise et a posé la question suivante à la Cour constitutionnelle :

« L'article I.1, 1^o, du Code de droit économique, lu en combinaison avec l'article 573 du Code judiciaire, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il traite de la même façon les associations de copropriétaires et les autres personnes morales, ce qui fait naître une différence de traitement entre les sujets de droit qui assurent la gestion et la conservation d'un immeuble selon qu'ils sont une personne physique (qui n'exerce pas ces tâches à titre professionnel) ou une association de copropriétaires? ».

La Cour a répondu à cette question par la négative par un arrêt du 15 juin 2023¹².

En effet, après avoir rappelé que « la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi »¹³, elle a considéré que « le choix du législateur que toutes les personnes morales, sauf exception, en ce compris donc les associations de copropriétaires, relèvent désormais de la notion d'« entreprise », n'est pas dénué de justification raisonnable » et que, « dans ce contexte, le législateur a pu raisonnablement considérer que les associations de copropriétaires présentent plus de similitudes avec les autres personnes morales, que celles-ci mènent une activité économique ou non, ainsi qu'avec les personnes physiques qui exercent une activité professionnelle à titre indépendant, qu'avec des personnes physiques qui assurent la gestion et la conservation d'un immeuble à titre non professionnel »¹⁴.

⁸ *Ibid.*, pp. 11 et 12.

⁹ Conformément à l'article 3.86 du Code civil.

¹⁰ Trib. entr. Liège, division de Namur, 9 avril 2021, *R.C.D.I.*, 2021, p. 57.

¹¹ Trib. arr. Flandre orientale, 16 mars 2020, *R.C.D.I.*, 2020, p. 43.

¹² C.C., 15 juin 2023, arrêt n° 93/2023, disponible sur www.const-court.be. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. V. DEFRAITEUR, « L'Association des copropriétaires et la compétence du tribunal de l'entreprise », *Les Pages*, 2023, n° 154, disponible sur www.cepri.be/les-pages-archives.

¹³ Point B.6 de l'arrêt.

¹⁴ Point B.8 de l'arrêt.

Certes la question ayant donné lieu à cet arrêt porte sur la constitutionnalité de l'article I.1, 1°, du Code de droit économique « lu en combinaison avec l'article 573 du Code judiciaire ». Son enseignement ne nous semble toutefois pas se limiter à la compétence des tribunaux de l'entreprise pour connaître des litiges impliquant une association de copropriétaires. En effet, les extraits de l'arrêt reproduits ci-dessus concernent le choix du législateur de considérer les associations de copropriétaires comme des entreprises. En outre, la Cour constitutionnelle :

- constate que le jugement *a quo* « attire l'attention sur les effets de cette qualification de l'association de copropriétaires en tant qu'entreprise, en ce qui concerne les règles de la preuve »¹⁵ ;
- considère « [qu']il ne s'avère pas que les règles de la preuve à la suite de la qualification d'une association de copropriétaires en tant qu'« entreprise » et le contexte procédural devant le tribunal de l'entreprise lèsent les intérêts »¹⁶.

Il nous paraît donc que la Cour a considéré qu'il n'est pas discriminatoire, d'une manière générale, de ~~considérer~~ une association de copropriétaires ~~comme en~~ entreprise et, en particulier, de lui appliquer les règles de preuves définies à l'article 8.11 du Code civil.

B. Le dirigeant d'une personne morale n'est, en principe, pas une entreprise

6. Une jurisprudence divisée. La jurisprudence des juridictions de fond n'était pas unifiée sur la question de savoir si les dirigeants de personnes morales (administrateurs de société ou d'association), exerçant leur mandat en personne physique, sont des entreprises au sens de l'article I.1, 1°, (a), du Code de droit économique.

Trois tendances ont en effet été identifiées¹⁷ :

- certaines décisions ont considéré que dès lors que de tels dirigeants agissent à des fins professionnelles et sont indépendants, ils sont nécessairement des entreprises¹⁸ ;
- d'autres juridictions ont décidé que de tels dirigeants de personnes morales ne peuvent être considérés comme des entreprises dès lors qu'ils n'exercent pas une activité économique propre, une personne physique ne revêtant la

¹⁵ Exposé des faits, p. 2 de l'arrêt.

¹⁶ Point B.8 de l'arrêt.

¹⁷ Les décisions citées ci-dessous (à l'exception de la dernière) sont recensées par Ph. MOINEAU (« Le nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises : champ d'application et principes généraux », *op. cit.*, pp. 24 à 30).

¹⁸ Voy. not. Trib. entr. Liège, division de Namur, 6 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 692 ; Bruxelles, 21 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 676 ; et Liège, 2 avril 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1285, *R.D.C.*, 2019, p. 578.

- qualité d'entreprise que si elle offre des biens ou des prestations de services sur un marché, ce qui n'est généralement pas le cas du dirigeant d'une personne morale qui n'est actif qu'auprès de celle-ci¹⁹ ;
- d'autres encore considéraient, en se référant au préambule de la définition, qu'un gérant ou un administrateur d'une personne morale ne peut être considéré comme une entreprise que s'il est une « organisation », distincte de celle de la personne morale qu'il gère²⁰.

C'est cette dernière tendance que la Cour de cassation a consacrée par deux arrêts prononcés les 18 mars 2022²¹ et 9 février 2023²², par lesquels elle a précisé les conditions dans lesquelles une personne physique devait être qualifiée d'entreprise :

« Une personne physique n'est une entreprise, au sens de [l'article 1.1, 1^o, du C.D.E.], que lorsqu'elle constitue une organisation consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre indépendant.

Il s'ensuit que le gérant ou l'administrateur d'une société qui exerce son mandat en dehors de toute organisation propre n'est pas une entreprise ».

Ces arrêts ont été abondamment commentés, chaque auteur avançant notamment ce qui, selon lui, constitue un « agencement de moyens matériels, financiers ou humains » ou une « organisation propre » de l'administrateur ou gérant de personne morale²³. Nous n'ajouterons pas à ce débat. Retenons uniquement, dans le cadre de la présente contribution, que le gérant ou l'administrateur d'une personne morale « n'est en principe pas une entreprise »²⁴.

¹⁹ Voy. not. Comm. Anvers, division de Turnhout, 26 juin 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, p. 116 et Comm. Brabant wallon, 8 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 687.

²⁰ Voy. not. Trib. entr. Hainaut, division de Tournai, 6 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 688 ; Mons, 5 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 678 ; et Mons, 22 mars 2021, R.G. n° 2020/RQ/14, inédit.

²¹ Cass., 18 mars 2022, R.G. n° C.21.0006.F, disponible sur www.juportal.be, *J.T.* 2022, p. 324, *D.A.O.R.*, 2022, p. 23, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1152, *R.P.S.-T.R.V.*, 2022, p. 495, *R.G.D.C.*, 2023, p. 44, *R.C.J.B.*, 2023, p. 359.

²² Cass., 9 février 2023, R.G. n° C.22.0264.F, disponible sur www.juportal.be.

²³ Voy. not. I. VEROUGSTRAETE, « Un chef d'entreprise est-il une entreprise ? La Cour de cassation montre la voie », *In Foro*, 2022/2, pp. 8 à 13 ; Z. PLETINCKX, « Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions », *J.T.*, 2022, pp. 317 à 323 ; W. DERYCKE, « L'administrateur-entreprise : plongeon dans la piscine d'un curé monothélite », *D.A.O.R.*, 2022, pp. 27 à 36 ; N. APPERMONT, et I. VANWALLEGHEM, « Cassatie over de kwalificatie van vennootschapsbestuurders als onderneming : the saga continues », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022, pp. 496 à 507 ; J. HENRI, « L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 : l'organisation du dirigeant d'entreprise, un concept à l'agencement incertain », *R.C.J.B.*, 2023, pp. 369 à 401.

²⁴ J. BOILEAU, Fr. GEORGES, M. MOREAUX et M. PASSANISI, « Garanties et insolvabilité », in Y.-H. Leleu (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 77, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 157.

C. Preuve des actes conclus par une entreprise, personne physique, en dehors du cadre de son activité économique : la Cour de cassation rappelle le contrôle préalable auquel le magistrat doit se livrer

7. Le principe. Tout comme le commerçant pouvait renverser la présomption de commercialité qui s'attachait à l'acte qu'il passait, l'article 8.11, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil dispose que « la règle énoncée à l'alinéa 1^{er} selon laquelle la preuve est libre contre les entreprises « ne s'applique pas non plus, à l'égard des personnes physiques exerçant une entreprise, à la preuve des actes juridiques manifestement étrangers à l'entreprise ».

La personne pourra donc, si elle démontre que l'acte à prouver est étranger à son entreprise, bénéficier de la protection du régime de la preuve réglementée.

Deux conditions doivent, néanmoins, être remplies à cette fin.

Premièrement, cette exception est réservée aux seules « personnes physiques exerçant une entreprise ». Les personnes morales ne peuvent donc en bénéficier.

Comme l'indiquait le professeur Xavier Dieux au sujet du renversement de la présomption de commercialité des actes accomplis par un commerçant, celle-ci ne se conçoit pas pour une personne morale de sorte que cette dernière « ne saurait échapper au régime de la preuve libre par cette voie »²⁵.

Ensuite, la personne physique qui voudra pouvoir « bénéficier » du régime de la preuve réglementée doit établir que l'acte juridique est « manifestement » étranger à l'entreprise.

La lecture des travaux préparatoires du livre 8 du Code civil nous apprend que le terme « manifestement » a été ajouté par souci de cohérence avec la loi du 15 avril 2018, qui utilise la même terminologie pour définir la compétence du tribunal de l'entreprise²⁶.

En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 573 du Code judiciaire dispose que « le tribunal de l'entreprise connaît en premier ressort des contestations entre entreprises visées à l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique, qui ne relèvent pas de la compétence spéciale d'autres juridictions et qui, en ce qui concerne les personnes physiques, ont trait à un acte qui n'est *manifestement* pas étranger à l'entreprise » (nous soulignons).

Quid, dès lors, en cas de doute quant au caractère étranger à l'entreprise de l'acte à prouver ?

²⁵ X. DIEUX, « La preuve libre en droit commercial belge. État des lieux avant ajournement ? », in C. Delforge (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 13.

²⁶ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, pp. 21-22.

En l'absence de précisions dans les travaux préparatoires du livre 8, il nous semble falloir se référer à ceux de la loi du 15 avril 2018 qui disposent, certes en matière de compétence judiciaire, que « pour les entreprises personnes physiques, une exception est faite pour les contestations relatives aux actes qui “sont manifestement étrangers à l'entreprise” ». En cas de doute, le tribunal de l'entreprise est ainsi compétent²⁷.

Dès lors, sauf pour l'entreprise personne physique à démontrer avec certitude que l'acte est étranger à son entreprise, le régime de la preuve libre trouvera à s'appliquer à cet acte.

Enfin, l'exposé des motifs du livre 8 évoque également la question des actes qui poursuivent simultanément une finalité économique et une finalité privée, toujours donc, uniquement pour les entreprises personnes physiques.

Ces actes ne sont évoqués que dans le cadre de l'exposé des motifs, ce dans un souci de cohérence avec la loi du 15 avril 2018 qui ne les mentionne pas et éviter, ainsi, que les règles du Code civil ne concordent pas avec les règles du Code judiciaire qui traitent de la compétence.

Si un tel acte devait être rencontré²⁸, le législateur estime que « les actes dont l'objet principal est économique pourront être soumis aux règles de la preuve à l'égard des entreprises. C'est le critère de l'objet principal et de l'objet accessoire qui permettra de résoudre la difficulté »²⁹.

8. Un contrôle préalable rappelé par la Cour de cassation. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler ces principes aux termes d'un arrêt prononcé le 9 juin 2023³⁰, sanctionnant une décision du tribunal de première instance de Bruges du 6 avril 2022.

Ledit tribunal avait en effet débouté le bailleur, qui était également le cédant d'un fonds de commerce, de la demande que ce dernier formulait à l'encontre de son locataire, cessionnaire dudit fonds de commerce, estimant que les conventions produites, bien que signées par le défendeur, ne pouvaient être qualifiées *que* de commencements de preuve par écrit au sens de l'article 8.13 du Code civil. En l'absence de témoignages ou de présomptions, ces conventions ne permettaient dès lors pas au demandeur d'apporter la preuve suffisante de ses prétentions.

Cependant, le tribunal a, selon la Cour de cassation, omis de « vérifier si ce locataire est une entreprise au sens de l'article I.1, 1°, du C.D.E. et si la conven-

²⁷ Projet de loi du 7 décembre 2017 portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 47.

²⁸ Ce qui devrait, selon le législateur, être assez rare compte tenu de ce que, pour toutes les entreprises assujetties à la T.V.A., une facture distincte devra être établie pour l'acte professionnel et l'acte privé.

²⁹ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 22.

³⁰ Cass. (1^{re} ch.), 9 juin 2023, R.G. n° C.22.0347.N.

tion n'est pas manifestement étrangère à cette entreprise». Si la réponse à cette question devait être positive pour ce qui concerne la qualité de la partie, et négative pour ce qui concerne la qualification de l'acte posé, la preuve pouvait être apportée par tout mode de preuve.

En s'abstenant d'une telle vérification préalable, ou à tout le moins en omettant d'en faire mention dans sa décision, le tribunal a empêché la Cour d'exercer son contrôle de légalité et, partant, ne justifie pas légalement sa décision.

Avant, dès lors, de se pencher sur les modes de preuves admis par le Code civil, c'est bien à une analyse préalable de la personne contre qui la preuve doit être apportée à laquelle nous invite, voire nous contraint, la Cour de cassation.

Section 2

La conclusion ou la résiliation de contrats conclus en ligne par des consommateurs avec certains opérateurs sous l'angle de la charge de la preuve

9. Une pratique fréquente. Le nombre de contrats conclus au moyen de formulaires à remplir en ligne ne cesse d'augmenter. Les exemples sont nombreux. L'on peut ainsi songer aux contrats de télécommunications, aux contrats conclus avec des fournisseurs d'énergie, aux abonnements à certains quotidiens ou autres périodiques, etc.

Ce faisant, certains des actes juridiques posés, qu'il s'agisse de la conclusion ou de la résiliation de ces contrats, le sont également au moyen de formulaires en ligne, voire même téléphoniquement.

C'est ce second cas de figure qui a été soumis à la juridiction cantonale de Molenbeek-Saint-Jean.

10. Décision du juge de paix de Molenbeek-Saint-Jean du 8 juin 2020³¹. En substance, un fournisseur sollicitait de sa cliente le paiement de factures portant sur divers services liés à l'installation et l'exploitation d'une ligne téléphonique fixe. La cliente prétendait avoir résilié le service fondant les factures dont le paiement était réclamé. De son côté, le fournisseur soutenait «n'avoir aucune trace d'une telle demande».

En l'espèce, le juge de paix a considéré, premièrement, que «dans la mesure où c'est la s.a. P. qui offre ce "service" à ses clients de pouvoir régler certaines modalités contractuelles par téléphone, il lui appartient également de supporter les conséquences de ce choix».

³¹ J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 8 juin 2020, *J.J.P.*, 2021, n° 11-12, p. 612.

Sur cette base, le magistrat cantonal a considéré que « la s.a. P est la mieux placée pour conserver une trace de ces échanges, de sorte que lorsqu'un client recourt à ce moyen de communication, il appartient à la s.a. P., soit sur la base du relevé des communications effectuées (dont Madame A.O. ne dispose pas dans l'état actuel du dossier) soit sur la base de l'enregistrement de la conversation en question, d'établir soit qu'aucun appel n'est intervenu (sous la réserve que dans une telle hypothèse, la s.a. P. se fournirait à elle-même la preuve de ce qu'elle avance), soit que l'entretien téléphonique aurait eu un autre objet que celui invoqué par Madame A.O. ».

Critiquant ladite décision, Johanne Ligot rappelle que « en l'espèce, il s'agissait donc pour l'opérateur de prouver que les factures dont le paiement est postulé étaient effectivement dues sur base la base d'un contrat liant les parties ».

Constatant que l'existence du contrat n'était pas contestée par la cliente mais que cette dernière soutenait avoir résilié ledit contrat, « c'est donc de cet acte juridique-là qu'il s'agit d'apporter la preuve. S'agissant d'un élément avancé par la défenderesse à l'appui de ses contestations, c'est à elle qu'incombait la charge de la preuve ; or celle-ci n'en a apporté ni la preuve, ni même le moindre début de preuve ».

Johanne Ligot estime que dès lors que « non seulement la charge de la preuve est renversée mais il est imposé à l'opérateur d'apporter la difficile preuve d'un fait négatif, à savoir qu'aucun appel ayant pour objet la résiliation du contrat n'est intervenu »³².

À suivre l'auteure, le « client » aurait dès lors dû succomber en l'absence de preuve de la résiliation du contrat.

La décision commentée interpelle à certains égards. Si le commentaire de Johanne Ligot, en ce qu'il porte sur la seule question de la charge de la preuve, est difficilement discutable, les circonstances de fait, combinées précisément aux principes repris aux alinéas 1^{er} et 2 de l'article 8.4 du Code civil pourraient mettre le client, consommateur, dans une situation impossible. Celui-ci serait en effet démuni face à l'entreprise si, comme la défenderesse le prétendait devant la juridiction cantonale, il avait conclu – ou résilié – un contrat sans raisonnablement pouvoir disposer de la preuve de l'acte juridique accompli si celui-ci a été posé au moyen d'un formulaire en ligne ou d'un entretien téléphonique.

Ne disposant pas de l'ensemble des éléments factuels soumis à la juridiction cantonale, le présent propos n'a évidemment pas vocation à se substituer au magistrat saisi.

Ainsi, la solution pourrait être différente selon que l'opérateur « offre » à ses clients de résilier un contrat téléphoniquement ou au moyen d'un formulaire

³² J. LIGOT, « Résiliation d'un abonnement auprès d'un opérateur. À qui la charge de la preuve ? », note sous J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 8 juin 2020, *J.J.P.*, 2021, n° 11-12, p. 616.

en ligne ou si, au contraire, il s'agit du seul canal de communication permettant ladite conclusion ou résiliation.

De la même manière, Johanne Ligot rappelle opportunément que la loi du 13 juin 2005³³ relative aux communications électroniques précise, lorsque le contrat est visé par ladite législation, que «l'opérateur communique à l'abonné une confirmation écrite de la déconnexion».

L'auteure estime cependant que «le défaut de réception d'une telle confirmation, combiné de surcroît à la réception de nouvelles factures, **auraient** dû amener la défenderesse à réagir, à réaffirmer sa volonté de résiliation **et** contester les factures reçues»³⁴.

11. Questions posées par la décision commentée. La situation aurait-elle pour autant été différente? La cliente de l'opérateur aurait-elle, en cas de contestation plus rapide, été en mesure d'apporter la preuve de la prétendue résiliation?

Cette décision a le mérite d'illustrer une difficulté récurrente liée aux modes de conclusion, mais également de résiliation, de certains contrats.

En d'autres termes, la preuve de ces actes peut-elle être utilement apportée par une partie dès lors qu'il n'est pas à exclure que l'autre partie à la relation contractuelle puisse, eu égard aux moyens de communication utilisés, être seule détentrice de celle-ci?

12. La charge de la preuve. Rappelons, si besoin en était, que l'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil règle la question de la charge de la preuve en réaffirmant les règles jusqu'alors reprises à l'article 1315 de l'ancien Code civil puisqu'il dispose que «celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent» et que «celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention».

L'article 8.4, alinéa 4, dispose ensuite «[qu']en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement».

Ce faisant, et comme l'a d'ailleurs consacré la Cour de cassation, celui qui allègue un fait supporte tant la charge de la preuve que le risque de cette preuve³⁵.

13. Une application aisée des principes dans le chef de l'entreprise. Les litiges opposant entreprises et consommateurs sont nombreux et portent régulièrement sur l'existence de factures impayées émises sur base d'un contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur.

³³ Art. 111/3 de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

³⁴ J. LIGOT, «Résiliation d'un abonnement auprès d'un opérateur. À qui la charge de la preuve?», *op. cit.*, p. 616.

³⁵ Cass. (1^{re} ch.), 19 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 130, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 221.

Dans certains cas, c'est l'existence même du contrat qui est contestée par le consommateur.

Conformément, dès lors, à l'article 8.4, alinéa 1^{er}, du Code civil, il appartiendra alors à l'entreprise d'apporter la preuve de « l'acte juridique » fondant sa prétention.

Ainsi, et à titre d'illustration, épinglons par exemple la décision prononcée par la justice de paix du canton d'Anvers du 4 avril 2018 aux termes de laquelle le magistrat cantonal rappelle, fort opportunément, que : « Als er betwisting bestaat over de duur van een contract en het contract vermeldt de duurtijd niet, dans is het aan de eiser die stelt dat het contract van onbepaald duur is, om dit te bewijzen. De eiser moet ni alleen het bestaan van de overeenkomst bewijzen maar ook de inhoud en de modaliteiten daarvan »³⁶.

De même, le juge de paix de Bruxelles, aux termes d'une décision prononcée le 18 septembre 2015^{37 38}, avait à se pencher sur l'existence, invoquée par le fournisseur, d'un contrat portant sur la fourniture d'énergie. Le consommateur contestait l'existence même du contrat, invoquant l'usurpation d'identité.

Le magistrat cantonal relève que « le contrat ou le paiement des facturations et/ou provisions par le défendeur relatif à la fourniture de gaz et d'électricité n'est pas établi : la demanderesse se contente de produire “une preuve de paiement” [...] alors que cette pièce ne peut pas être considérée comme un extrait de débit ou de crédit » et, appliquant correctement les principes applicables à la charge de la preuve, estime que « le contrat ou le paiement des facturations et/ou provisions par le [consommateur] relatif à la fourniture de gaz et d'électricité n'est pas établi » en précisant qu'« on ne peut pas exiger du [consommateur] la preuve réelle et absolue du délit dont il se dit victime. La vraisemblance du délit commis par un tiers, en l'occurrence A., est établie de sorte qu'il y a un doute sur la réalité du contrat ».

Commentant, notamment, cette dernière décision, Hervé Jacquemin rappelle qu'elle illustre le lien étroit qui existe entre la charge de la preuve et le risque du défaut de preuve³⁹. Elle constitue une application correcte des principes relatifs à la charge de la preuve.

Appliquées à la preuve de la conclusion du contrat, les solutions retenues par les juges de paix d'Anvers et de Bruxelles nous semblent en outre rencontrer les principes d'équité et de procès équitable défendus par certains

³⁶ J.P. Anvers, 4 avril 2018, *J.J.P.*, 2019, n° 11-12, p. 629. Traduction libre : « Si la durée d'un contrat est contestée et que le contrat ne précise pas la durée, c'est au demandeur qui prétend que le contrat est à durée indéterminée de le prouver. Le demandeur doit prouver non seulement l'existence du contrat mais aussi son contenu et ses modalités ».

³⁷ J.P. Bruxelles, 18 septembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 462.

³⁸ H. JACQUEMIN, « Droit de la preuve et protection des consommateurs », *D.C.C.R.*, 2020, n° 127, p. 7.

³⁹ H. JACQUEMIN, « Qui ne dit mot consent ? Le silence du consommateur peut-il constituer une preuve de l'existence du contrat ? », *J.J.P.*, 2016, n° 9-10, pp. 466-476.

auteurs⁴⁰ dès lors que lorsqu'un contrat est conclu en ligne, l'entreprise doit disposer d'éléments de preuve permettant d'établir la conclusion du contrat.

~~La justice de paix de Bruges illustre bien cette particularité aux termes d'une~~ décision prononcée le 15 novembre 2018⁴¹. Alors que le contrat conclu par le client – soit l'inscription à une formation r devenir agent de sécurité – était contesté par ce dernier, l'entreprise avait produit de nombreuses pièces supposées attester de la commande passée. Parmi ces pièces, l'on retrouvait des impressions de la base de données de l'entreprise, le formulaire complété par le client, le courriel adressé au client pour confirmer la commande, etc. Le juge de paix a dès lors considéré que la preuve de la conclusion du contrat était valablement rapportée.

14. La charge de la preuve appliquée au consommateur. Si, comme nous l'avons vu ci-avant, l'entreprise qui souhaite se prévaloir de l'existence d'un contrat à l'encontre d'un consommateur doit en apporter la preuve, qu'en est-il des principes relatifs à la charge de la preuve appliqués, par exemple, au consommateur qui souhaite démontrer l'existence du contrat conclu au moyen d'un formulaire en ligne ou, comme le cas d'espèce soumis au juge de paix de Molenbeek-Saint-Jean, la résiliation de celui-ci actée téléphoniquement?

Appliquées tout aussi correctement, les règles relatives à la charge de la preuve devraient imposer au consommateur d'établir l'existence du contrat (art. 8.4, al. 1^{er}, C. civ.) ou sa résiliation (art. 8.4, al. 2, C. civ.). À défaut, ce dernier devrait succomber (art. 8.4, al. 4, C. civ.).

Dans le cas de contrats conclus par la voie informatique, la sanction pourrait apparaître sévère dès lors que, contrairement à l'entreprise qui a mis en place les moyens de communication pour la conclusion et la résiliation de la relation contractuelle, le consommateur pourrait s'avérer démuné.

Ainsi, par exemple, si l'on devait inverser les rôles dans le cas soumis à la juridiction cantonale de Bruges⁴² évoqué ci-dessus (le consommateur alléguant alors de la conclusion d'un contrat qui serait contestée par l'entreprise), le consommateur n'aurait pas accès à certains éléments factuels sur lesquels l'entreprise a pu s'appuyer pour établir l'existence du contrat.

15. Une aide à trouver dans le livre VI du Code de droit économique? Certes, dès lors que le présent propos se concentre sur les contrats conclus – ou résiliés – par la voie informatique ou téléphonique, ceux-ci doivent être qualifiés de « contrats à distance » au sens du Code de droit économique.

⁴⁰ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 20, citant, sur ce point, W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, p. 364, n° 276.

⁴¹ J.P. Bruges, 15 novembre 2018, *J.J.P.*, 2019, n° 11-12, p. 615-616.

⁴² *Ibid.*

Le contrat à distance est en effet défini comme étant « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu » (art. I.8, 15°, C.D.E.).

Or, les techniques de communication à distance sont considérées comme « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de l'entreprise et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties » (art. I.8, 16°, pour l'application du livre VI du C.D.E.).

Nul doute dès lors que le livre VI du Code de droit économique s'applique bien aux conventions conclues par internet.

Ce faisant, l'article VI.47, § 7, du Code de droit économique trouve à s'appliquer en ce qu'il précise, expressément, qu'en cas de contrat conclu à distance, « [l']entreprise fournit au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service ».

Peut-on cependant raisonnablement exclure que cette obligation mise à charge de l'entreprise puisse ne pas être respectée? En ce cas, le consommateur ne disposerait pas de la preuve de la conclusion du contrat qu'il aurait pourtant, dans les faits, conclu.

De la même manière, l'article 111/3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques dispose que « l'opérateur communique à l'abonné une confirmation écrite de la déconnexion ». Il ne peut toutefois être exclu que, pour des motifs qui sont ou non imputables à l'entreprise – tel un *bug* informatique –, cette confirmation ne soit pas adressée au consommateur. Ce dernier ne serait alors pas en mesure de démontrer avoir mis fin aux services commandés.

L'entreprise disposerait sans doute, de son côté, de cette preuve, ou à tout le moins d'éléments de faits rendant vraisemblable la conclusion ou la résiliation de la convention (preuve de la connexion du consommateur, preuve de l'appel, fiche générée automatiquement, etc.).

16. La collaboration des parties à l'administration de la preuve comme palliatif? Face à une telle situation, le magistrat pourrait-il, sur base de l'article 8.4, alinéa 3, du Code civil, imposer à l'entreprise, compte tenu du mode de communication dont les parties ont fait choix, de produire les éléments de preuve dont le consommateur ne disposerait pas?

En d'autres termes, ce devoir de collaboration permettra-t-il de venir au secours dudit consommateur en manque d'éléments de preuve?

C'est, à tout le moins, le principal avantage de ce principe général de droit. Comme l'indique d'ailleurs Dominique Mougenot, il n'est pas exclu, en effet, qu'une des parties dispose de « la majorité, voire de la totalité des éléments de preuve pertinents »⁴³.

L'article 8.4, alinéa 3, du Code civil, en ce qu'il dispose que « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve », consacre donc la faculté offerte au magistrat, sur base des articles 871 et 877 du Code judiciaire, d'ordonner d'une des parties la production de preuves en sa possession; et ce, indépendamment de la partie sur laquelle repose la charge de la preuve⁴⁴.

Ce principe pourrait-il également permettre au magistrat de contraindre l'entreprise de produire des éléments de preuve en sa possession; et ce, quand bien même ceux-ci lui seraient défavorables ?

Historiquement, une interprétation stricte de l'article 1315 de l'ancien Code civil permettait aux parties à la procédure d'adopter une attitude passive, attentiste⁴⁵. Cette interprétation trouvait sa source, et sa confirmation, dans le principe selon lequel personne ne pouvait être contraint de produire des preuves qui lui sont contraires, découlant de l'adage *Nemo tenetur edere contra se*.

Les auteurs considèrent cependant que, pour autant que cet adage ait un jour été admis, il a à tout le moins été écarté par le Code judiciaire⁴⁶.

Le professeur Closset-Marchal précise ainsi que : « Si chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue (art. 870 C. jud.), le juge peut néanmoins ordonner à tout plaideur de produire les éléments de preuve dont il dispose (art. 871 du même code). Le législateur consacre ainsi, au mépris de l'ancien adage « *Nemo tenetur edere contra se* », le devoir pour chaque partie d'apporter sa contribution à l'œuvre de vérité judiciaire. Un plaideur ne peut plus se cantonner dans l'attente et le silence au motif que la charge de la preuve incombe à son adversaire »⁴⁷.

⁴³ D. MOUGENOT, « Titre 5 : Les mesures d'instruction », in G. de Leval (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, Manuel de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 476.

⁴⁴ Bruxelles (20^e ch.), 25 mars 2014, *T.B.O.*, 2016, p. 54.

⁴⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2360.

⁴⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, *ibid.*, p. 2360; A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège, Éditions de la Faculté de Droit de Liège, 1971, pp. 15 et s., pp. 110 et s. et pp. 171 et s.; G. DEMEZ, « La participation des parties à l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1976, p. 148, n^{os} 22 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, « La charge de la preuve », in *La preuve*, actes du colloque organisé à l'U.C.L. les 12 et 13 mars 1987, Louvain-la-Neuve, U.C.L., Faculté de droit, 1987, p. 1.

⁴⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, « Le modèle de raisonnement juridique dans les décisions des juridictions d'appel », in *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines – IX^e Congrès mondial de droit judiciaire*, p. 229, citant notamment : A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, n^{os} 476 et s., pp. 352 et s.; E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 518, n^{os} 22 et s.; R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, p. 148; Anvers, 19 décembre 1986, *R.W.*, 1986-1987, col. 2029 : « Aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence et l'abstention, sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire ».

Rien n'empêche dès lors le magistrat de solliciter de l'entreprise qu'elle produise certains éléments de preuve en sa possession, quand bien même la production des éléments sollicités serait défavorable à la partie qui en dispose⁴⁸.

17. Les limites au principe de collaboration à l'administration de la preuve. Il n'en demeure pas moins que, si la solution est bien offerte au magistrat, elle connaît nécessairement certaines limites.

Ainsi, et comme le rappelle opportunément Virginie Ronneau⁴⁹, le mécanisme ne peut être utilisé que *si l'information est disponible auprès de l'autre partie* ou si elle peut être obtenue d'une manière simple.

Le magistrat saisi doit, au préalable, disposer de l'intime conviction que certaines informations ou certains éléments de preuve existent qui, d'une part, seraient utiles à la solution du litige et, d'autre part, seraient susceptibles d'être en possession de la partie qui n'a pas, initialement, la charge de la preuve.

C'est en ce sens que l'article 877 du Code judiciaire précise que la production de documents ne peut être ordonnée que lorsqu'il « existe des indices sérieux et précis de la détention » de ces éléments de preuve par la partie concernée. Une telle exigence « empêche [en effet] les mesures d'instruction purement exploratoires »⁵⁰.

Ainsi, s'il existe de telles présomptions que l'entreprise enregistre les conversations tenues avec ses clients, qu'elle dispose des données de connexions de ceux-ci⁵¹, etc., la production de ces informations pourrait être exigée.

Ensuite, il convient également de garder à l'esprit que l'obligation de produire certaines informations pourrait *ne pas permettre d'apporter quelque preuve que ce soit*.

Rien n'empêche qu'il soit considéré que l'entreprise – dans le cas qui nous occupe – ait pleinement répondu à son devoir de collaboration à l'administration de la preuve sans pour autant que les informations produites ne soient jugées suffisantes pour, précisément, apporter la preuve de l'acte juridique allégué par le consommateur.

Rappelons, à cet égard, que l'article 8.4, alinéa 3, du Code civil n'a évidemment pas vocation à renverser la charge de la preuve⁵². Il n'appartient dès lors pas, sur ce principe, à l'entreprise de prouver en lieu et place du consom-

⁴⁸ V. RONNEAU, « La charge de la preuve: 10 ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 225.

⁴⁹ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰ D. MOUGENOT, *Mesures d'instruction en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 26, n° 14.

⁵¹ La notion de « document » contenue à l'article 877 du Code judiciaire vise en effet non seulement les écrits « mais aussi des photographies, des enregistrements, des données informatiques, un mot de passe... » (D. MOUGENOT, *ibid.*, p. 25, n° 12).

⁵² P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, *op. cit.*, p. 2360; Cass., 4 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 6-7-8, p. 1442 et concl. av. gén. A. HENKES, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296.

mateur, lequel demeure en charge de la preuve et, partant, supporte toujours le risque lié à l'absence de preuve.

La Cour de cassation n'a cessé de rappeler que « l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de la preuve »⁵³, sans que la partie ayant – *in fine* – produit la preuve n'ait quelque incidence sur cette solution.

Enfin, sur un plan strictement pratique, le devoir de collaboration à l'administration de la preuve est bien évidemment *limité par l'absence de contrôle* de l'exhaustivité des informations et documents transmis⁵⁴.

18. Les sanctions au manque de collaboration à l'administration de la preuve. Au rang des sanctions envisageables, celles-ci peuvent être de divers ordres, certaines n'apportant aucune solution au fond du litige alors que d'autres permettraient, au contraire, de venir en aide au consommateur auquel incombe la charge de la preuve.

Ainsi, et sans que cette sanction ne soit d'une quelconque aide à la solution du litige, la partie en défaut de respecter son devoir de collaboration à l'administration de la preuve pourrait être condamnée à certaines sommes sur pied de l'article 882 du Code judiciaire qui permet au juge de condamner « la partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge » à des dommages et intérêts. Faisant une application particulière de ce principe⁵⁵, le magistrat pourrait également condamner cette partie aux dépens ou à une partie de ceux-ci⁵⁶.

Outre ces sanctions pécuniaires, le magistrat pourrait-il considérer l'action fondée compte tenu du refus qui serait opposé par la partie invitée à collaborer à l'administration de la preuve ? La réponse à cette question est assurément négative⁵⁷. Le Code judiciaire n'a en effet « pas admis que l'on considère comme avéré le fait allégué par une partie à défaut pour l'autre partie de collaborer à la charge de la preuve »⁵⁸.

Ceci n'exclut toutefois pas que le refus injustifié d'une partie de collaborer à une mesure d'instruction puisse être pris en compte à titre de présomption de fait permettant de fonder la conviction du magistrat⁵⁹.

⁵³ Cass., 17 septembre 1999, *Arr. cass.*, 1999, p. 1119, *Dr. Circ.*, 2000, p. 14 ; Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 629. Cette solution est à présent légalement consacrée à l'alinéa 4 de l'article 8.4 du Code civil.

⁵⁴ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ V. RONNEAU, *ibid.*, p. 24 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : 10 ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227.

⁵⁶ Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *R. C. J. B.*, 1979, p. 451.

⁵⁷ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, *op. cit.*, p. 2363 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : 10 ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227.

⁵⁸ D. MOUGENOT, *Mesures d'instruction en matière civile*, *op. cit.*, p. 30, n° 25, citant le Rapport Van Reepinghen sur la réforme du Code judiciaire (*Pasin.*, 1967, p. 443) et Mons, 21 juin 1995, *R. G. A. R.*, 1997, n° 12793.

⁵⁹ D. MOUGENOT, *Mesures d'instruction en matière civile*, *op. cit.*, 2016, p. 40, n° 25 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 24 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : 10 ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 227.

C'est ainsi que la cour d'appel de Bruxelles a récemment estimé que la passivité ou le refus de collaboration d'une partie à une mesure d'instruction, sans motif légitime, peuvent être sanctionnés par le magistrat qui, sur base de l'article 972*bis* du Code judiciaire, peut en tirer toute conséquence qu'il jugera appropriée et, notamment, déduire de ce défaut de collaboration une présomption de fait⁶⁰.

Dans le même sens, le tribunal de l'entreprise du Hainaut a considéré que la circonstance que l'entrepreneur principal s'abstienne, sans motif légitime, de produire le rapport d'un bureau d'étude dont il avait ordonné la production, constitue, avec d'autres pièces du dossier, une présomption que le sous-traitant s'est trouvé confronté à une sujétion imprévue justifiant le supplément qu'il réclame⁶¹.

Notons tout de même que ces décisions, bien qu'elles nous apparaissent devoir être approuvées, s'écartent de la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 mars 1975, dont le professeur Van Ommeslaghe déduisait que « l'on ne [peut] déduire aucune présomption au sujet des faits dont la preuve doit être apportée du seul fait qu'une des parties n'ait pas accepté de se soumettre à une expertise, refusant ainsi la collaboration à l'administration de la preuve »⁶². Cet arrêt concernait toutefois l'hypothèse toute particulière d'une personne refusant de se soumettre à un examen psychiatrique. Rappelant que « l'interdiction d'exercer une contrainte sur la personne et de pénétrer dans le domaine de sa personnalité constitue un principe général de droit », la Cour de cassation avait en effet considéré que ce principe « n'interdit pas l'expertise dont une personne pourrait faire l'objet, [...], pour autant que cette personne ne soit pas contrainte de se soumettre à un tel examen, notamment psychiatrique, si elle n'y consent pas et sous la réserve que le juge appelé à statuer au fond ne puisse tirer des conclusions de ce seul refus »⁶³. Il nous paraît donc que c'est le principe général de droit rappelé par la Cour qui interdit au juge de tirer des conclusions (ou présomptions) du refus d'une partie de collaborer à une mesure d'expertise lorsque celle-ci « pénètre dans le domaine de sa personnalité ». En effet, en pareille hypothèse, le refus de collaboration à l'administration de la preuve doit être considéré comme légitime.

Enfin, ~~une intéressante décision de la cour du travail de Bruxelles, bien qu'isolée à ce jour, doit être épinglée.~~

~~Un travailleur, qui réclamait le paiement d'heures supplémentaires, devait dès lors en établir la réalité et l'importance avec un degré minimum de certitude. Il lui appartenait également de démontrer que ces heures avaient été prestées à la demande ou avec l'approbation de l'employeur.~~

⁶⁰ Bruxelles, 23 février 2023, *I.C.I.P.*, 2023, n° 1, p. 28.

⁶¹ Trib. entr. Hainaut, division de Tournai, 25 janvier 2023, R.G. n° A/21/00528, inédit.

⁶² P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, *op. cit.*, p. 2363.

⁶³ Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 692.

Pour sanctionner le refus fautif de l'employeur de collaborer à l'administration de la preuve, la cour a estimé pouvoir, par une décision motivée, renverser la charge (et donc le risque) de l'administration de la preuve (art. 8.4, al. 5, C. civ. – cf. ci-après)⁶⁴.

Ce faisant, si l'article 8.4, alinéa 3, du Code civil n'a évidemment pas pour conséquence de renverser *d'office* la charge de la preuve⁶⁵, la sanction du non-respect de ladite disposition pourrait, par contre, et comme le précise la Cour du travail, fonder la décision « spécialement motivée » sur base de laquelle le magistrat pourrait, alors, faire choix de faire usage de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil.

19. Le juge pourrait-il faire alors usage de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil? À titre subsidiaire, la situation ayant amené le propos du présent chapitre pourrait-elle, le cas échéant, fonder l'usage de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil et, ainsi, justifier que soit renversée la charge de la preuve pour que celle-ci soit, alors, « transférée » à l'entreprise ?

Pour rappel, cette disposition prévoit que « le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

La circonstance que l'entreprise ayant donné au consommateur la possibilité de conclure – et de résilier – des contrats par la voie d'un formulaire en ligne pourrait-elle être considérée comme une circonstance exceptionnelle justifiant, alors, que le magistrat fasse choix de transférer la charge de la preuve à l'entreprise ?

Au préalable, il convient de rappeler les critères qui doivent, selon la doctrine, être cumulativement réunis pour que le magistrat saisi puisse faire application de cette disposition.

Comme le résumait Virginie Ronneau, l'application de l'article 8.4, alinéa 5, doit, tout d'abord, être considérée comme « subsidiaire »⁶⁶.

Le texte de l'article, lui-même, précise que « [l]e juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ». Le législateur précisait expressément qu'« il n'y a

⁶⁴ C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2022, *J.T.T.*, 2022, p. 274.

⁶⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, *op. cit.*, p. 2360 ; Cass., 4 juin 2015, R.G. n° C.14.0479.F et concl. av. gén. A. HENKES, disponibles sur www.juportal.be, *Pas.*, 2015, n° 6-7-8, p. 1442, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296.

⁶⁶ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 27.

pas lieu à renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal, parce que dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution⁶⁷.

L'on ne pourrait dès lors raisonnablement imaginer que le magistrat fasse usage de la faculté qui lui est donnée de renverser la charge de la preuve si celui-ci n'a pas, au préalable, fait usage des articles 8.4, alinéa 3, du Code civil et 877 du Code judiciaire en ordonnant, au besoin, à la partie disposant d'éléments de preuve de les produire.

Le législateur lui-même précise que le renversement de la charge de la preuve ne pourrait être envisagé si une mesure telle que la collaboration à la charge de la preuve devait pouvoir « offrir une solution »⁶⁸. L'exposé des motifs nous semble dès lors pleinement conforter la décision de la cour du travail⁶⁹ ci-avant exposée en ce qu'elle estimait pouvoir sanctionner le refus de l'employeur de collaborer à l'administration de la preuve – ladite collaboration n'ayant dès lors offert aucune solution – moyennant le renversement de la charge de la preuve.

Indépendamment même de toute idée de sanction, la circonstance que le magistrat ait, dans un premier temps, constaté que l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve ne pouvait apporter de solution au litige permet à ce dernier d'envisager le renversement de la charge de la preuve, le critère de subsidiarité étant rempli.

Ensuite, et conformément aux termes de la disposition légale, le renversement de la charge de la preuve ne pourrait être envisagé que dans « des circonstances exceptionnelles », « lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable ».

Comme le rappelle d'ailleurs le tribunal de première instance d'Anvers, cette possibilité exceptionnelle de renverser la charge de la preuve doit être appliquée avec une grande réserve⁷⁰.

Le législateur abonde dans le même sens en rappelant, expressément, que « [l]es termes “circonstances exceptionnelles” et “manifestement déraisonnable” incitent le juge à la prudence dans l'application de cette règle »⁷¹.

Le cas du consommateur, incapable de disposer des éléments de preuve attestant de la conclusion d'un contrat ou de la résiliation de celui-ci moyennant

⁶⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁹ C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2022, *J.T.T.*, 2022, p. 274.

⁷⁰ Anvers, 6 janvier 2022, *Limb. Rechtsl.*, 2023, n° 3, p. 169.

⁷¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

des formulaires en ligne, pourrait-il faire partie des circonstances exceptionnelles visées par le législateur? Nous le pensons.

Le législateur indique d'ailleurs, expressément, que le magistrat «pourra aussi tenir compte d'un déséquilibre important dans l'aptitude à la preuve, lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties»⁷².

Si «l'existence d'un déséquilibre économique entre les parties, un particulier contre une grande entreprise par exemple, ne doit pas entraîner automatiquement un renversement de la charge de la preuve», le magistrat pourrait cependant tenir compte de ce déséquilibre «lorsque la charge de preuve pesant sur le particulier supposerait l'exécution de prestations extrêmement lourdes et/ou coûteuses pour lui»⁷³.

Tel nous semble, par exemple, devoir être le cas lorsque l'entreprise dispose d'enregistrements ou, dans sa base de données, de l'historique de connexions propre au consommateur alors que ce dernier devrait engager des frais et des prestations importantes pour obtenir la preuve de ce qu'il a bien pris contact avec l'entreprise, par la voie téléphonique ou par l'entremise des formulaires en ligne.

Il nous apparaît, d'ailleurs, que le cas de figure visé n'est guère éloigné de celui soumis à la Cour fédérale de justice allemande, commenté par Virginie Ronneau⁷⁴. Certes, il était question d'un dossier médical et de l'impossibilité, pour le patient, de démontrer sa situation médicale préopératoire. Cela étant, il nous semble que l'obligation à charge de l'hôpital de garder et de sécuriser ce dossier peut être appliquée aux traces de connexion et aux formulaires remplis en ligne, lorsque ce service est mis à disposition par l'entreprise.

Or, la juridiction allemande avait, précisément, «exonéré» le patient de son obligation d'apporter la preuve de son état médical tout en imposant, alors, aux termes d'un renversement de la charge de la preuve, à l'hôpital de prouver que ledit état médical n'était pas celui prétendu par le patient.

20. La décision de la justice de paix du canton de Molenbeek-Saint-Jean est-elle dès lors critiquable? Compte tenu des développements qui précèdent, il nous apparaît que la décision prononcée par la justice de paix du canton de Molenbeek-Saint-Jean, en ce qu'elle impose à l'entreprise d'apporter la preuve de ce que le consommateur n'a pas appelé pour résilier la convention, n'est pas nécessairement critiquable sur le plan des principes.

L'on peut, sans doute, regretter le peu de développements théoriques du magistrat cantonal, pouvant ainsi donner l'impression d'une décision arbitraire.

⁷² *Ibid.*, p. 15.

⁷³ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁴ V. RONNEAU, «Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce», *op. cit.*, p. 29.

Cependant, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, il nous apparaît que rien ne l'empêchait, après avoir sollicité de l'entreprise qu'elle produise les données dont elle disposait (enregistrements d'appels téléphoniques, formulaires complétés par le client consommateur, etc.) et après avoir constaté qu'elle manquait à son devoir de collaboration à l'administration de la preuve, d'en renverser la charge et, ainsi, de lui imposer de démontrer que le consommateur n'avait pas résilié le contrat.

S'agissant d'un fait négatif, et conformément à l'article 8.6 du Code civil, l'entreprise pouvait alors se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait.

Section 3

La preuve par comptabilité contre les organes d'une entreprise

21. Obligation de tenir une comptabilité régulière. Conformément à l'article III.82, § 1^{er}, du Code de droit économique, les entreprises⁷⁵ « sont soumises à l'obligation comptable ». Les articles suivants du Code précisent ce que recouvre une telle obligation. Ils rappellent ainsi que :

- les entreprises soumises à celle-ci sont tenues de tenir « une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de [leurs] activités en se conformant aux dispositions légales particulières qui les concernent » (art. III.82, § 2) ;
- cette comptabilité doit être complète au sens qu'elle « couvre l'ensemble de leurs opérations, de leurs avoirs et droits de toute nature, de leurs créances, de leurs dettes, de leurs obligations et de leurs engagements de toute nature » (art. III.83) et être « tenue selon un système de livres et de comptes et conformément aux règles usuelles de la comptabilité en partie double » (art. III.84, al. 1) ;
- « les opérations sont inscrites sans retard, de manière fidèle et complète et par ordre de dates [...] dans un livre journal [et] sont méthodiquement inscrites ou transposées dans les comptes qu'elles concernent » (art. III. 84, al. 2) ;
- « toute écriture s'appuie sur une pièce justificative datée et porte un indice de référence à celle-ci » (art. III.86) ;
- « les livres et journaux sont tenus de manière à garantir leur continuité matérielle ainsi que la régularité et l'irréversibilité des écritures » et « sont tenus par ordre de dates, sans blancs ni lacunes » (art. III.87 et III.88) ;
- « toute entreprise soumise à l'obligation comptable procède, une fois l'an au moins, avec bonne foi et prudence, aux opérations de relevé, de vérification, d'examen et d'évaluation nécessaires pour établir à la date choisie un inventaire complet de ses avoirs et droits de toute nature, de ses dettes, obligations et engagements de toute nature relatifs à son activité et des moyens propres qui y sont affectés » (art. III.89) ;

⁷⁵ L'alinéa 2 de cette disposition prévoit toutefois des dérogations pour certaines entreprises particulières.

- «les comptes sont, après mise en concordance avec les données de l'inventaire, synthétisés dans un état descriptif constituant les comptes annuels» (art. III.90, § 1^{er}).

Se n'est que si elle répond à l'ensemble de ces exigences que la comptabilité de l'entreprise sera considérée comme tenue «de manière régulière»⁷⁶.

Certaines entreprises sont autorisées à tenir une comptabilité simplifiée. C'est notamment le cas des entreprises exerçant en personne physique, des sociétés en commandite et en nom collectif dont le chiffre d'affaires n'excède pas un montant fixé par le Roi (art. III.85 C.D.E. et art. 3:2 et 3:3 C.S.A.⁷⁷), des petites sociétés et microsociétés (art. 3:2 et 3:3 C.S.A.) et des petites A.S.B.L. et A.I.S.B.L. (art. 3:47, § 2, C.S.A.) et des associations de copropriétaires d'un immeuble «de moins de vingt lots à l'exclusion des caves, des garages et parkings» (art. 3.89, 15°, C. civ.).

Le C.S.A. prévoit en outre que l'organe d'administration établit les comptes annuels et les soumet à l'approbation de l'assemblée générale, et ce dans pour les sociétés dotées de la personnalité juridique (art. 3:1) que pour les A.S.B.L. (art. 3:47).

L'article 3.89 du Code civil prévoit, quant à lui, que c'est le syndic qui «tient les comptes de l'association des copropriétaires de manière claire, précise et détaillée», ce qui implique l'établissement d'un bilan et d'une comptabilité en partie double⁷⁸. Les comptes de l'association sont en outre soumis annuellement à l'approbation de l'assemblée générale des copropriétaires⁷⁹.

22. La force probante de la comptabilité contre les entreprises. Les entreprises étant soumises à l'obligation comptable, l'article 8.11, § 2, du Code civil consacre la comptabilité comme mode de preuve contre l'entreprise qui la tient et prévoit en outre que «la comptabilité d'une entreprise n'a de force probante contre une autre entreprise que si les mentions de la comptabilité des deux parties sont concordantes».

23. La preuve des engagements des membres des organes à l'égard de l'entreprise issus de la comptabilité de celle-ci. Lorsque les comptes annuels d'une entreprise mentionnent une créance de celle-ci à l'encontre de l'un des membres de l'organe de gestion ou de l'assemblée générale de celle-ci, peuvent-ils constituer une preuve de cette créance à l'encontre de cette personne?

⁷⁶ O. JANSSENS et D. GOL, «Responsabilité des dirigeants: actualité et questions choisies en lien avec la comptabilité», in *Varia en droit de l'insolvabilité*, coll. CUP, vol. 214, Liège, Anthemis, 2022, p. 234, n° 24. Pour un rappel des critères d'appréciation d'une comptabilité régulièrement tenue, voy. également Liège, 25 février 2016, *R.P.S.-T.R. V.*, 2017, p. 79.

⁷⁷ Code des Sociétés et Associations.

⁷⁸ C. MOSTIN, *Le syndic de copropriété*, Liège, Wolters Kluwer, 2020, p. 165, n° 530.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 170, n° 540.

À la lecture de l'article 8.11, § 2, alinéa 2, du Code civil qui dispose que «la comptabilité d'une entreprise n'a pas de force probante contre des personnes qui ne sont pas des entreprises», on serait tenté de répondre par la négative⁸⁰. Nous avons en effet rappelé ci-dessus⁸¹ que les dirigeants des personnes morales exerçant leur mandat en personne physique ne sont en principe pas des entreprises et l'approbation des comptes annuels par les personnes physiques membres d'une assemblée générale sera généralement considérée comme un acte «manifestement étranger à son entreprise».

Dans le cas particulier des associations des copropriétaires, la doctrine⁸² et la jurisprudence⁸³ considèrent toutefois que l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale emporte celle du décompte individuel de charges de chaque copropriétaire lorsque la répartition des charges entre les copropriétaires a été soumise à ceux-ci.

En ce qui concerne les sociétés, il a été décidé que dès lors que l'organe d'administration «a la responsabilité d'arrêter les comptes annuels, aux fins de les soumettre à l'assemblée générale, [...] les comptes annuels arrêtés – voire approuvés – par le gérant, par ailleurs associé de la société, lui sont en principe opposables et constituent un aveu extrajudiciaire»⁸⁴.

Ainsi, les comptes annuels approuvés permettent d'établir l'existence d'un compte courant à charge d'un administrateur – actionnaire ou non⁸⁵ – ou l'existence d'un solde de capital à libérer à charge des actionnaires ou associés⁸⁶.

Cette jurisprudence doit être approuvée. En effet, dès lors que le C.S.A. confie à l'organe d'administration la tâche d'établir les comptes annuels et de les soumettre à l'approbation de l'assemblée générale, si ces comptes mentionnent une créance de la personne morale à l'égard des membres de cet organe ou de certains d'entre eux⁸⁷, leur établissement et leur transmission à l'assemblée générale pour approbation constituent en un aveu extrajudiciaire de leur part⁸⁸.

⁸⁰ Sauf dans l'hypothèse particulière où le membre de l'organe de l'entreprise est lui-même une entreprise (par exemple parce qu'il est une personne morale).

⁸¹ Voy. *supra*, n° 6.

⁸² A. SALVÉ, «Les charges communes, entre prise de bec et prise de tête», in P. Lecocq (dir.), *La copropriété par appartements – Deux ans après la réforme*, coll. CUP, vol. 138, Liège, Anthemis, 2012, pp. 167 à 169, n° 13; O. JAUNIAUX, «Les charges de copropriété. Questions choisies à l'attention des praticiens», *Le Pli juridique*, 2019, p. 29; C. MOSTIN, *Le syndic de copropriété*, *op. cit.*, p. 170, n° 540.

⁸³ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 23 décembre 2015, *R.C.D.I.*, 2016, p. 22; J.P. Forest, 8 août 2018, *R.C.D.I.*, 2018, p. 29; J.P. Forest, 26 avril 2019, *J.J.P.*, 2019, p. 570; Civ. fr. Bruxelles, 9 mai 2019, *R.C.D.I.*, 2019, p. 64; Civ. fr. Bruxelles, 10 mai 2019, *R.C.D.I.*, 2019, p. 14.

⁸⁴ Comm. Liège, division de Liège, 21 avril 2015, *R.P.S.-T.R. V.*, 2016, p. 294.

⁸⁵ Civ. Courtrai, 27 novembre 1986, *Bull. Bel.*, 1989, p. 1109.

⁸⁶ Comm. Hasselt, 2 avril 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 952.

⁸⁷ Par exemple un compte courant débiteur dans leur chef.

⁸⁸ Dans le même sens, voy. O. JANSSENS et D. GOL, «Responsabilité des dirigeants: actualité et questions choisies en lien avec la comptabilité», *op. cit.*, pp. 238-239, n° 30, qui précisent qu'en cas de gestion collégiale, si un membre de l'organe de gestion n'est pas d'accord avec une mention des comptes annuels de la société, «il doit le faire acter dans le procès-verbal de la réunion de l'organe ayant arrêté les comptes».

Il en va de même en cas d'approbation des comptes annuels par les associés ou actionnaires d'une société ou les membres d'une A.S.B.L. En pareille hypothèse, ils doivent en effet être considérés comme ayant approuvé les rubriques qui s'y trouvent clairement reprises, en ce compris celles qui établissent une créance de la personne morale à leur encontre⁸⁹.

En conséquence, si la comptabilité d'une entreprise n'a pas, en tant que telle, «force probante» à l'encontre des membres de son organe de gestion ou de son assemblée générale qui ne sont pas des entreprises, la circonstance, pour les premiers, d'établir les comptes annuels et, pour les seconds, de les approuver peut constituer un «aveu en action»⁹⁰. On considère en effet qu'un aveu peut être tacite «et se dégager des circonstances qui donnent le sens d'un aveu au comportement des parties»⁹¹. Cet enseignement est à présent consacré à l'article 8.31 du Code civil qui dispose que «l'aveu extrajudiciaire peut résulter du comportement d'une des parties»⁹².

⁸⁹ Par exemple un solde de capital à libérer.

⁹⁰ L'expression est de François Laurent (*Principes de droit civil*, t. XIX, 4^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1887, p. 24, n° 16).

⁹¹ D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 331, n° 270.