

Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile

Quelques enseignements de la Cour de cassation

« Dès lors qu'une règle n'est jamais qu'un énoncé déduisant une ou plusieurs conséquences d'un ou plusieurs présupposés, nul ne peut prétendre au bénéfice des conséquences s'il n'établit ou ne prouve les présupposés dont celles-ci dérivent »¹. L'objet de cet article n'est bien entendu pas de faire le point sur les multiples questions portant sur le droit de la preuve et les différents modes de preuve. Nous renvoyons à cet égard le lecteur vers quelques substantielles contributions récentes². Par ailleurs, il se pourrait que le droit de la preuve soit en pleine mutation, bien que nul ne sache à ce stade ce qu'il adviendra du projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil³. Nous n'aborderons pas ici les nombreuses modifications que pourrait emporter cette réforme d'importance.

Les questions touchant à la preuve, cruciales dans la plupart des litiges, font l'objet de très nombreux arrêts de la Cour de cassation, dont le contrôle peut porter, à maints égards, sur le respect des règles relatives à la charge de la preuve et au droit de la preuve. Nous souhaitons mettre en évidence certains enseignements qui se dégagent de sa jurisprudence, relatifs, d'une part, à quelques principes généraux applicables au droit de la preuve (I) et, d'autre part, à la marge de manœuvre des juges du fond – et, corrélativement, aux contraintes imposées aux plaideurs – en ce qui concerne le droit à la preuve et les mesures d'instruction (II). Nous nous limitons aux hypothèses où la preuve par toutes voies de droit est admise, sans évoquer celles où son admissibilité est spécialement organisée par la loi (p. ex., l'article 1341 du Code civil, avec les exceptions qu'y apportent notamment les articles 1347 et 1348).

1 L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, v° « Preuve » par X. LAGARDE, p. 1033.

2 Voy. not. D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Manuel de procédure civile », Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 459-568, spéc. pp. 461-480 (notions générales ; charge de la preuve et administration de la preuve) ; D. MOUGENOT, *La preuve*, coll. Répertoire notarial, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012 ; S. BOUFFLETTE (dir.), *La preuve et le faux*, coll. Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2017, spéc. P. LECOCQ et E. JADOUX, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », pp. 7-37, et M. STASSIN, « La preuve contraire et le faux », pp. 39-72 ; G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, spéc. J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », pp. 7-24, et G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », pp. 25-54 ; C. DELFORGE (dir.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017.

3 *Doc. parl.* n° 54-3349/001, projet déposé à la Chambre le 31 octobre 2018. Il y a lieu d'y ajouter le nouvel article 1348bis du Code civil relatif à « la preuve par et contre les entreprises », issu de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises et duquel il résulte que le système dit de la « preuve libre » s'applique désormais à toutes les entreprises, plus largement définies, et non plus aux seuls commerçants.

I. Le droit de la preuve : balises transversales

Les règles du Code civil relatives à la preuve – et en particulier l'article 1341 – ne sont ni impératives ni d'ordre public⁴. Or, il est constant qu'est nouveau et, partant, irrecevable, à l'appui d'un pourvoi en matière civile, le moyen pris de la violation de dispositions légales qui ne sont ni d'ordre public ni impératives, qui n'a pas été soumis au juge du fond, dont celui-ci ne s'est pas saisi de sa propre initiative et dont il n'était pas tenu de se saisir⁵. Il n'est dès lors pas possible d'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation, par exemple, qu'une déclaration adverse doit être qualifiée d'aveu.

N'est en revanche pas nouveau le moyen – de pur droit – pris de la violation d'une disposition légale que le juge était tenu d'appliquer à la contestation qui lui a été soumise⁶. On sait en effet qu'en vertu d'une jurisprudence constante et abondante inaugurée par l'arrêt de principe du 14 avril 2005⁷, le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable et a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions. La Cour décide pourtant que, lorsqu'il ne ressort pas des pièces auxquelles elle peut avoir égard que, devant le juge du fond, le débiteur ait fait valoir que la créance dont le créancier entendait se prévaloir ne pouvait être établie que suivant les règles assurant la prééminence de la preuve écrite, le moyen invoquant que la preuve de ladite créance ne pouvait être faite que par un écrit, en l'absence de commencement de preuve par écrit, étant fondé sur des dispositions légales qui ne sont ni d'ordre public ni impératives, n'ayant pas été soumis au juge du fond et dont celui-ci ne s'est pas saisi de sa propre initiative, est nouveau et, partant, irrecevable⁸.

4 Cass., 15 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1118 ; 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 695 ; 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 949 ; 24 juin 1994, *Pas.*, n° 332 ; 11 mars 2002, *Pas.*, n° 173 ; 22 février 2010, *Pas.*, n° 117.

5 Voy. not. Cass., 18 octobre 2012, *Pas.*, n° 540 ; 14 février 2014, *Pas.*, n° 121, avec les concl. de M. l'avocat général HENKES ; 2 janvier 2017, *Pas.*, n° 1, avec les concl. de M. l'avocat général GENICOT ; 26 janvier 2017, *Pas.*, n° 58 ; 22 juin 2018, n° C.17.0587.F.

6 Voy. not. Cass., 16 septembre 2004, *Pas.*, n° 415.

7 *Pas.*, n° 225, avec les concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL.

8 Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, n° 477, *R.C.J.B.*, 2008, p. 527, note J. KIRKPATRICK. En revanche, lorsque le défendeur n'a pas invoqué qu'en application de l'article 1341 du Code civil, le demandeur ne pouvait apporter la preuve de l'obligation de payer tel montant qu'au moyen d'un acte, le juge qui rejette la demande sur la base du motif invoqué d'office suivant lequel (i) le demandeur ne présente pas d'acte faisant apparaître la prétendue obligation de payer du défendeur et (ii) la preuve testimoniale et les présomptions de fait ne sont pas admises dès lors que l'acte juridique qui doit être prouvé concerne une convention dont la valeur excède la valeur de

De ce que les règles du Code civil relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public, il paraît se déduire que les parties ont la faculté de conclure, au sujet d'une mesure d'instruction, des *accords procéduraux* exprès de nature à tenir en échec l'activisme du juge⁹. Plus largement, l'évolution de la notion de cause (factuelle) de la demande, désormais fermement inscrite dans la jurisprudence de la Cour, implique que le juge est autorisé à « se saisir » d'un fait de la cause, non expressément allégué, mais figurant au dossier, en vue d'examiner si la preuve dont le demandeur a la charge peut en être déduite ou si, au contraire, cet élément tient ladite preuve en échec. Il convient d'y être attentif.

Pour le surplus, dans le cadre de la tâche probatoire incombant aux parties, quelques balises, constantes, doivent être gardées à l'esprit :

- l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve – ou une fois la preuve administrée – doivent être retenus au détriment de la partie qui a la charge de cette preuve¹⁰, et ne peuvent lui bénéficier¹¹ ;
- les affirmations d'une partie dans sa propre cause constituent de simples allégations, sur lesquelles le juge ne peut se fonder si elles ne sont pas assorties d'autres éléments ou d'une présomption quelconque¹² : en règle, la seule affirmation d'un fait par une partie litigante ne peut tenir lieu de preuve de l'existence de ce fait¹³ ;
- les allégations qu'une partie a la charge de prouver ne doivent l'être par elle *que si elles sont contestées*¹⁴ ; en d'autres termes, si l'affirmation d'une partie n'est pas contestée par l'autre, le juge peut tenir pour établi le fait sur lequel elle porte, sans méconnaître la foi due aux écrits de procédure des parties ni les règles relatives à la charge – ou fardeau – de la preuve¹⁵. Lorsqu'il tient ainsi pour établi un fait affirmé par une partie et non contesté par l'autre, le juge fonde sa décision non sur un aveu, mais sur des présomptions de l'homme¹⁶ ;
- il appartient au demandeur de prouver que *toutes les conditions qui font naître le droit auquel il prétend sont*

*réunies*¹⁷ ; pour autant, une disposition légale n'est pas violée par le simple fait que le juge qui l'applique *ne constate pas que toutes les conditions d'application en sont réunies*, lorsque celles-ci n'étaient pas contestées de part adverse¹⁸. Partant, en l'absence de conclusions sur ce point, le juge civil qui applique une disposition légale ne doit pas constater la réalisation de toutes ses conditions d'application¹⁹ : attention, donc, lors de la rédaction des conclusions ;

- s'agissant des *présomptions de l'homme* – soit un mode de preuve extrêmement fréquent en pratique –, il importe de rappeler que, lorsque la preuve par présomptions est légalement admise, le juge du fond apprécie *souverainement en fait* la valeur probante de celles sur lesquelles il se fonde : les conséquences qu'il déduit à ce titre des faits qu'il constate sont abandonnées à ses lumières et à sa prudence²⁰, et il n'encourt la censure que s'il déduit des faits souverainement constatés des conséquences qui sont *sans aucun lien avec eux* ou qui ne sont susceptibles, sur leur fondement, *d'aucune justification*²¹. À cet égard, il n'est pas requis que les présomptions qui sont déduites des faits constatés découlent *nécessairement* de ces faits ; il suffit qu'elles *puissent* en découler²². Le juge peut déduire d'un ensemble d'éléments la preuve de l'existence d'un fait, même si certains de ces éléments, pris isolément, ne fournissent pas une certitude suffisante ; son appréciation du degré de valeur probante de ces présomptions est souveraine²³. La Cour rappelle enfin que les présomptions constituent – uniquement – un mode de preuve d'un fait inconnu ; les articles 1349 et 1353 du Code civil, qui régissent ce mode de preuve, *sont étrangers à l'appréciation que le juge porte sur l'existence d'une faute* ou sur l'existence de la renonciation à un droit²⁴ ;
- toujours à propos des présomptions, on rappellera l'interdiction faite au juge de s'appuyer sur des faits non établis, autres que des faits généraux notoires ou des données d'expérience commune : il s'agira alors d'un fait connu du juge de science personnelle et n'ayant

375 euros, sans soumettre ce moyen à la contradiction des parties, viole le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense (Cass., 2 juin 2016, n° C.14.0029.N).

9 Cass., 1^{er} mars 1999, *Pas.*, n° 122 (qui sanctionne le refus de donner suite à l'accord des parties visant à modifier la mission d'un expert) ; 2 juin 2005, *Pas.*, n° 309, avec les concl. de M. l'avocat général HENKES (qui décide que le juge ne peut faire application de l'article 877 du Code judiciaire lorsque les parties ont, de commun accord, écarté tout recours à cette procédure). En revanche, si les parties concluent un accord procédural « positif » visant à *contraindre le juge à ordonner une expertise*, il faut admettre que, ce nonobstant, le juge conserve son pouvoir de contrôle quant à l'opportunité de cette mesure et peut refuser d'y avoir recours s'il l'estime contre-productive (H. BOULARBAH, M. PHILIPPET et M. STASSIN, « État actuel de la procédure civile d'expertise », in G. DE LEVAL [dir.], *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, CUP, vol. 175, Liège, Anthemis, 2017, pp. 59-60, n° 9).

10 Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, n° 467 ; 10 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 410.

11 Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, n° 159.

12 Cass., 14 janvier 2000, *Pas.*, n° 34.

13 Cass., 25 février 1982, *Pas.*, 1982, I, 779.

14 Cass., 18 avril 2008, *Pas.*, n° 233.

15 Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, n° 270.

16 Cass., 25 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, 791 ; 22 décembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 512 ; 9 février 1973, *Pas.*, 1973, I, 551.

17 Cass., 21 janvier 2016, *Pas.*, n° 45.

18 Cass., 15 octobre 1992, *Pas.*, n° 667 ; 6 mars 1997, *Pas.*, n° 129 ; 28 octobre 2004, *Pas.*, n° 516 ; 26 mars 2009, *Pas.*, n° 219.

19 Cass., 20 janvier 2014, *Pas.*, n° 44 ; 17 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 50 ; 17 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 483 ; 14 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 463.

20 Voy. not. Cass., 16 mars 1995, *Pas.*, n° 153 ; 3 décembre 2007, *Pas.*, n° 603 ; 20 novembre 2008, n° C.07.0590.F ; 22 avril 2010, *Pas.*, n° 271.

21 Jurisprudence constante et abondante ; voy. not. Cass., 11 décembre 2017, n° S.17.0049.F ; 4 mai 2017, n° C.16.0020.F et C.16.0036.F ; 23 octobre 2014, *Pas.*, n° 634 ; 10 juin 2010, *Pas.*, n° 410 ; 20 décembre 2007, *Pas.*, n° 652 ; 3 décembre 2007, *Pas.*, n° 603 ; 23 janvier 2004, *Pas.*, n° 40 ; 20 décembre 2000, *Pas.*, n° 712 ; 17 avril 1999, *Pas.*, n° 198.

22 Cass., 22 mars 2001, *Pas.*, n° 156 ; 4 décembre 2009, n° C.08.0419.F (le juge ne méconnaît pas la notion légale de présomption lorsque les faits qu'il constate « ne sont pas sans lien » avec la conséquence qu'il en déduit en droit).

23 Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1106.

24 Cass., 14 mai 2012, *Pas.*, n° 297 ; 16 octobre 2015, *Pas.*, n° 610. Dans un arrêt du 23 octobre 2014 (*Pas.*, n° 634), la Cour énonce, plus largement encore, que le moyen, qui critique l'appréciation que la cour d'appel a portée sur les faits qui lui étaient soumis, est étranger aux articles 1349 et 1353 du Code civil qui régissent le mode de preuve par présomptions. On distinguera donc soigneusement la *preuve* des faits et l'*appréciation* que le juge porte sur eux.

pas été soumis à la contradiction des parties et, s'il fonde sa décision sur un tel fait, le juge viole les articles 1349 et 1353 du Code civil et méconnaît le principe général du droit imposant le respect des droits de la défense²⁵. Il méconnaît en outre les règles relatives à la charge de la preuve (art. 1315 C. civ. et 870 C. jud.) s'il fonde sa décision sur des éléments et circonstances dont la preuve n'était pas rapportée par le demandeur à l'action – *a fortiori* si celui-ci ne les alléguait même pas –, et la décision qui met la Cour dans l'impossibilité de vérifier si le juge a statué sur la base d'éléments régulièrement soumis aux débats et que les parties ont pu librement contredire, ou s'il s'est fondé sur des faits connus du magistrat de science personnelle, n'est pas régulièrement motivée et viole l'article 149 de la Constitution.

On clôturera cette première partie en méditant l'enseignement des grands processualistes : « avant que n'opère la charge de la preuve, prend place, pesant sur chacun, le devoir de *collaboration à l'administration de la preuve* ou encore de coopération à la manifestation de la vérité »²⁶ ; en effet, chacune des parties doit « apporter sa contribution à l'œuvre de vérité judiciaire. 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, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir »²⁷. Autrement dit, « chacun doit donc apporter sa pierre à l'édifice probatoire. Avec cette conséquence que les règles sur la charge de la preuve interviennent, moins au seuil du procès pour déterminer ce que chacun peut ou doit faire, qu'à son issue lorsque les preuves rassemblées étant incertaines ou douteuses, le juge doit dire le droit ; et où, tout naturellement, il le dira à l'encontre de celui des plaideurs qui n'est pas parvenu à convaincre son juge alors qu'il en avait la charge. En un mot, la charge de la preuve, c'est l'aide à la décision qui au final permet de surmonter les incertitudes »²⁸.

II. Le droit à la preuve : une liberté encadrée

« Le droit à la preuve peut être défini comme le droit de toute partie au procès de, d'une part, produire les preuves dont elle dispose et, d'autre part, solliciter que les preuves dont elle ne dispose pas soient rassemblées, par l'exécution des mesures d'instruction adéquates ». Ce droit « s'exerce contre le juge : c'est lui qui est tenu d'y répondre ». En effet, « reconnaître un droit d'agir en justice à un justi-

ciable puis l'empêcher de rapporter la preuve des éléments constitutifs de ce droit revient à priver cette personne de la possibilité de l'exercer »²⁹. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme estime que le droit d'une partie de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause participe de son droit à un procès équitable³⁰, mais également qu'en vue de veiller au respect du délai raisonnable, le juge doit pouvoir rejeter la demande d'expertise d'une partie s'il apparaît qu'elle serait de nature à retarder inutilement la procédure³¹. Pour autant, la Cour de cassation estime qu'« il n'existe pas de principe général du droit à la preuve »³².

Il est constant que *le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité d'une mesure d'instruction*³³ : il la rejette légalement, sans méconnaître le droit d'une partie d'apporter la preuve des faits qu'elle allègue, s'il considère qu'elle n'est pas utile à la manifestation de la vérité, par exemple parce que *le contraire des faits dont la preuve est offerte est déjà établi par des présomptions*³⁴.

Ceci s'applique notamment à la preuve par *témoins*. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, lorsque la loi n'interdit pas cette preuve, le juge du fond apprécie en fait, et dès lors souverainement, si celle-ci peut être utilement rapportée, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit de principe de rapporter pareille preuve³⁵. Son pouvoir d'appréciation souverain s'étend en particulier à la question de savoir si le fait dont la preuve testimoniale est offerte est en soi *suffisamment précis et pertinent*, au sens de l'article 915 du Code judiciaire³⁶, et s'il est susceptible de faire l'objet d'une preuve contraire ; mais ce, donc, *pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit*

29 D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », *op. cit.*, pp. 465-466, n° 5.4 ; voy. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2010.

30 Voy. not. l'arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique* du 13 mai 2008, §§ 43 et s. Dans l'arrêt *L.L. c. France* du 10 octobre 2006, la Cour de Strasbourg avait déjà admis que le droit à la preuve d'une partie « aux fins de faire triompher ses prétentions » est constitutif d'un but légitime autorisant en soi une ingérence dans le droit de la partie adverse au respect de sa vie privée (il s'agissait en l'occurrence de la production d'un dossier médical dans le cadre d'une procédure de divorce). J. VAN COMPERNOLLE (« L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in G. DE LEVAL [dir.], *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, *op. cit.*, pp. 21 et s.) observe (p. 22, n° 15) « que, dans les deux arrêts précités, la Cour européenne affirme l'existence d'un droit à la preuve dans le chef d'une partie à un procès civil », lequel, « à l'instar du droit au caractère contradictoire de l'instance et à l'égalité des armes », présente « le caractère autonome d'une garantie spécifique du procès équitable ». Il estime (p. 23, n° 16) que « le droit à la preuve permet également de reconnaître, dans certains cas, au profit d'une partie, un droit à obliger le juge à recourir à une mesure d'instruction nécessaire », et conclut (p. 24, n° 17) que « le droit à la preuve mérite indiscutablement qu'on lui donne une attention plus importante que celle qui lui a été réservée jusqu'à présent ».

31 Arrêt *Sundov c. Croatie* du 13 avril 2006, § 30.

32 Cass., 26 mai 2005, n° C.04.0215.F.

33 Cass., 16 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, 560 ; 29 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, 782.

34 Cass., 26 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, 1227 ; 18 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1075 ; 18 janvier 2001, *Pas.*, n° 36 ; 28 juin 2004, *Pas.*, n° 365.

35 Cass., 6 janvier 2017, *Pas.*, n° 16 ; 11 mai 2009, *Pas.*, n° 311 ; 10 novembre 2008, *Pas.*, n° 623 ; 17 septembre 1999, *Pas.*, n° 468 ; 4 mars 1999, *Pas.*, n° 130 ; 16 septembre 1996, *Pas.*, n° 311 ; 17 février 1995, *Pas.*, n° 98 ; 18 mars 1991, *Pas.*, n° 372.

36 Voy. not. Cass., 23 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, 275 ; 7 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, 540.

25 Voy. not. Cass., 23 janvier 2004, *Pas.*, n° 40 ; 17 octobre 2003, *Pas.*, n° 510 ; 19 juin 2003, *Pas.*, n° 364 ; 11 janvier 2001, *Pas.*, n° 19.

26 G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, *op. cit.*, pp. 32-33 ; sur ce devoir, voy. D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Manuel de procédure civile », *op. cit.*, pp. 476-478, n° 5.9.

27 A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Fac. dr. Liège, 1987, p. 353, n° 476.

28 R. PERROT, *Procédures*, LexisNexis, mai 2005, p. 15, cité par G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », *op. cit.*, pp. 33-34. L'auteur vise l'hypothèse où « il y a une difficulté réelle d'établir la vérité, et non refus d'y contribuer ».

de principe d'apporter la preuve par témoins, ce qui est par exemple le cas si le juge déduit des faits dont la preuve est offerte qu'ils ne constituent pas des éléments concrets susceptibles de faire l'objet d'une preuve contraire, lorsque ces faits ne permettent pas une telle déduction³⁷.

Le juge peut pareillement rejeter une offre de preuve par une appréciation souveraine en fait s'il estime que, dans les circonstances de la cause, cette preuve est devenue impossible, notamment en raison de l'écoulement du temps, tout comme il peut procéder à des confrontations ou à de nouvelles auditions, d'office ou sur demande, mais il n'est nullement contraint de déférer à une telle requête d'une partie³⁸. Il ne peut en revanche, en degré d'appel, refuser d'entendre de nouveaux témoins au seul motif que la partie intéressée n'a ni produit lesdits témoins en première instance ni formulé d'observations relatives à l'enquête³⁹.

Cette jurisprudence, constante, est transposable à d'autres modes de preuve. Elle s'applique en particulier à l'expertise⁴⁰. Nous n'aborderons pas ici la question de la valeur probante d'un rapport d'expertise – laquelle est appréciée souverainement en fait par le juge du fond, pour autant qu'il ne méconnaisse pas la foi due au rapport en prêtant à l'expert des propos qu'il n'a pas tenus ou en déniaut au rapport le contenu qu'il contient –, sauf à préciser que le juge peut puiser, dans un rapport d'expertise non contradictoire, des présomptions de l'homme qui peuvent être utilisées dans le litige, même à l'encontre des parties auxquelles le rapport n'est pas opposable⁴¹. De même, si le juge doit écarter des débats un rapport d'expertise qui donne un avis quant au fondement de la demande, cela ne l'empêche toutefois pas de tenir compte des constatations faites par l'expert et des avis d'ordre technique qu'il donne en tant qu'éléments de fait et, lorsque la preuve par présomptions est admise, d'en déduire, le cas échéant, des présomptions⁴².

Aux termes de l'article 962, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, le juge peut, en vue de la solution d'un litige porté devant lui ou en cas de menace objective et actuelle d'un litige, charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique⁴³. Il s'en déduit qu'il a la latitude de refuser une telle mesure d'instruction, notamment s'il considère que le contraire du fait dont la preuve demande à être apportée est déjà établi : il apprécie souverainement en fait, outre la valeur probante des éléments de preuve vantés devant lui, l'opportunité et la pertinence d'une expertise, laquelle est facultative et subsidiaire⁴⁴.

Cette latitude comporte une importante limite : le juge ne peut violer le droit essentiel – ou de principe – de la partie demanderesse d'apporter la preuve des faits qu'elle allègue, et dont dépend le succès de sa prétention. La jurisprudence en matière d'expertise en offre quelques rares illustrations.

Dans un arrêt du 10 février 2010⁴⁵, la Cour de cassation a posé que le seul doute du juge sur l'existence du lien causal ne saurait fonder le rejet d'une expertise sollicitée pour en vérifier la réalité, et qu'en rejetant la demande d'expertise au motif que les parties qui la réclament n'apportent pas – déjà – la preuve formelle d'un fait que cette mesure d'instruction a précisément pour objet d'établir ou d'exclure, le tribunal ne justifie pas légalement sa décision⁴⁶.

Dans sa note précitée sous cet arrêt, D. de Callatay souligne avec pertinence qu'« il ne suffit certes pas de solliciter la désignation d'un expert pour l'obtenir et le demandeur qui réclame pareille mesure d'instruction doit régulièrement triompher de contestations opposées par la partie défenderesse, qui prie le tribunal de décréter d'emblée le mal-fondé de l'action ». Pour autant, « on ne peut soumettre la désignation d'un expert à la condition que celui qui la demande justifie de l'évidence de ses droits, dès lors que cela reviendrait à nier l'une des conditions essentielles de l'expertise, celle de son utilité » ; mais il reste que la désignation d'un expert suppose « qu'il y ait un début de preuve des faits avancés par le demandeur, le demandeur ayant le devoir d'appuyer sa demande par des éléments de preuve susceptibles de rendre vraisemblables les faits qu'il invoque ».

37 Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, n° 467 ; 20 janvier 2003, *Pas.*, n° 38, qui accueille un moyen pris, en substance, de la violation des articles 1315 du Code civil et 870, 915 et 1042 du Code judiciaire.

38 Aucune violation des droits de la défense ne peut se déduire de la circonstance qu'un juge estime inutile de convoquer huit personnes en vue d'entendre leurs témoignages, alors que leurs déclarations antérieures reproduites au dossier coïncident avec ce qu'admet la partie requérant l'audition de témoins ; ni l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme ni les principes généraux relatifs à l'impartialité du juge ne sont violés par le refus d'accueillir une requête tendant à l'audition de personnes dont les déclarations ont été reproduites dans le dossier, refus motivé par la considération que la partie requérant l'audition des témoins ne conteste pas ces déclarations en tant que telles et que celles-ci restent destinées à faire partie de l'ensemble du dossier que le juge prendra en considération (Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, n° 289).

39 Cass., 24 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 504.

40 Pour ne citer que deux ouvrages récents consacrés à celle-ci : H. PREUMONT et C. NASSAUT (dir.), *L'expertise. Vision transversale et pratique en droit*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2016 ; G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, op. cit. Voy. not. également O. MIGNOLET, « L'expertise et la vérité dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, op. cit., pp. 55-122.

41 Cass., 24 décembre 1999, *Pas.*, n° 701. Il en va de même du rapport unilatéral dressé par le conseil technique de la partie qui l'invoque (Cass., 14 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 71 ; 11 décembre 1997, *Pas.*, n° 550).

42 Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, n° 179.

43 Précisons que, selon la Cour de cassation, en ordonnant l'expertise demandée, le juge d'appel se prononce sur l'admissibilité d'un tel moyen de preuve, ce qui ne relève pas du champ d'application de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire ; il rend dès lors une décision définitive sur un incident, laquelle peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat (Cass., 16 septembre 2016, *Pas.*, n° 503).

44 Voy. not. Cass., 9 novembre 2009, n° S.07.0086.F ; 9 mai 2005, *Pas.*, n° 108 ; 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 289, avec les concl. de M. l'avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN, *R.C.J.B.*, 1991, p. 407, note F. RIGAUD et J. VAN COMPERNOLLE (le juge du fond apprécie souverainement, sous réserve du respect des droits de la défense, s'il y a lieu ou non d'ordonner une mesure d'expertise ; une violation des droits de la défense ne saurait se déduire de la seule circonstance que le juge du fond a rejeté l'offre de preuve proposée par le demandeur, en considérant que cette mesure d'instruction n'était pas nécessaire pour asseoir sa conviction) ; 18 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1075.

45 *Pas.*, n° 93, *J.T.*, 2012, p. 94, note D. DE CALLATAY.

46 La Cour reproche ici au juge du fond d'avoir refusé de faire droit à une demande d'expertise (en matière correctionnelle) au motif que les divers médecins consultés par la famille à la suite des troubles de la jeune sœur de la victime estiment que l'incontinence dont souffre celle-ci n'a pas de cause organique certaine et que le lien avec l'accident « n'est pas formellement établi ».

Ceci trouve un écho particulier en matière de *responsabilité médicale*⁴⁷. Pour essentielle qu'elle soit dans ce cadre, l'expertise – tout comme l'audition de témoins ou la production de documents – n'en constitue pas moins toujours une mesure d'instruction *subsidaire* que le juge *peut* ordonner pour obtenir des renseignements qu'il ne peut se procurer autrement⁴⁸, sans y être tenu. Son appréciation est souveraine s'il décide que la mesure sollicitée n'est pas utile à la manifestation de la vérité, par exemple parce qu'une expertise ne pourrait aboutir à aucune constatation utile quant au déroulement des faits ou à la qualité du matériel utilisé lors d'une intervention. Par ailleurs et surtout, le juge peut refuser une demande d'expertise avant dire droit en considérant que le demandeur ne délivre, d'emblée, *pas le moindre élément établissant une suspicion de faute causale* : s'il n'y a au départ aucun indice vraisemblable de faute, il ne se justifie pas de faire droit à une demande d'expertise, laquelle n'est fondée que si le demandeur démontre « à tout le moins [...] que l'existence d'une faute et d'un dommage consécutif est vraisemblable »⁴⁹. Ainsi que l'énonce la Cour d'appel de Liège, « l'expert peut être chargé de vérifier les allégations d'une partie, mais non de rechercher, de manière générale, s'il existe une faute »⁵⁰.

Cela étant, il est fréquent que le juge observe que, si l'on ne peut conclure de manière certaine, de prime abord, à l'existence d'une faute (ou d'un autre fait générateur de responsabilité) dans le chef de l'un des praticiens, ou à celle d'un lien causal entre l'intervention et le dommage invoqué, les indices et pièces produits révèlent que l'on ne peut pour autant *exclure* qu'une faute dans le traitement thérapeutique ait pu être commise, ni l'existence d'un lien causal entre la faute alléguée et le dommage subi. Lorsque des éléments contradictoires lui sont présentés, qui ne l'éclairent pas suffisamment pour lui permettre de trancher le litige – le magistrat n'ayant pas les compétences nécessaires pour départager les auteurs des rapports déposés –, le juge aura tendance à faire droit à la demande d'expertise avant dire droit, en observant que les éléments fournis par le demandeur ne présentent pas d'inconsistance apparente qui justifierait d'emblée de conclure à l'absence de fondement de cette demande⁵¹. L'appréciation du juge du fond est souveraine quant à ce qui « constituerait un commencement de preuve permettant de déclencher une expertise et ce qui n'en constituerait pas un », de sorte que « cette notion est difficilement cernable et impossible à définir de façon abstraite »⁵².

Un arrêt du 15 juin 2012⁵³, relatif à une demande en réparation d'infiltrations affectant un immeuble en provenance de l'immeuble voisin, est particulièrement instructif. La Cour de cassation y confirme que le juge *ne peut méconnaître le droit de principe du demandeur d'apporter la preuve des faits qu'il allègue à l'appui de sa prétention* : s'il peut, en vertu de l'article 962, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, refuser d'ordonner une expertise lorsque le demandeur ne fonde sa demande sur *aucun élément* rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de celle-ci, il ne peut en revanche refuser toute expertise ou mesure d'instruction alternative *si de tels éléments existent*, sont avancés par le demandeur et constatés par le juge du fond, sous peine précisément de méconnaître le droit du demandeur d'apporter la preuve des faits qu'il allègue. La Cour exerce ainsi un *contrôle* sur la décision du juge du fond refusant d'ordonner une expertise, en vérifiant si, sur la base des éléments constatés, il a pu légalement en déduire la conclusion qu'il retient ; en l'occurrence, elle estime que la décision refusant l'expertise n'était pas légalement justifiée, accueillant le moyen pris de la violation des articles 1315 du Code civil et 870, 875 *bis* et 962 du Code judiciaire⁵⁴. À cet égard, il est naturellement impératif de

47 Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, coll. Fac. Dr. ULiège, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361-362. Nous renvoyons spécifiquement sur ce point à l'étude de A. TIMMERMANS, *De aanspeling van een geneesheersdeskundige: waar eindigt het begin van bewijs?*, note sous Civ. Gand, 6 mars 2012 et Civ. Termonde, 29 juin 2012, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 255.

48 Voy. la jurisprudence précitée. Sur ce que la production de documents est pareillement une faculté, et non une obligation pour le juge, voy. Cass., 17 juin 2004, *Pas.*, n° 337.

49 Civ. Bruxelles, 11 février 2016 et 24 février 2016, *Consilio*, 2018/4, p. 159, note F. LEJEUNE. Dans ces deux jugements, le tribunal énonce qu'ordonner une expertise judiciaire n'est pas un acte anodin s'agissant d'un processus au long cours qui implique pour chacune des parties un engagement en temps et en argent pouvant être considérable, et que, « si la partie demanderesse est prête à pareil engagement, il ne peut être imposé à la partie défenderesse que pour autant que la partie demanderesse démontre que l'expertise judiciaire présente une utilité concernant le litige qui les oppose ». Dans le premier cas, le tribunal constate qu'en l'espèce, la partie demanderesse reste en défaut de lui soumettre « les éléments permettant d'induire l'existence d'un indice de faute professionnelle dans le chef du docteur [...], voire d'un lien de causalité entre pareille faute et le dommage qu'elle expose subir », tandis que, dans le second cas, il estime indispensable, « pour pouvoir départager les analyses techniques effectuées de part et d'autre » par les conseils techniques respectifs des parties, « de disposer d'une expertise judiciaire, l'expert judiciaire ayant précisément pour mission de lui remettre un avis technique impartial ».

50 Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734 ; voy. également Civ. Liège, 5 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 808 (le recours à l'expertise ne peut suppléer un défaut de début de preuve de l'existence d'une faute) ; comp. Mons, 14 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15.019. La subsidiarité renforcée des mesures d'instruction, et en particulier de l'expertise, qui résulte de la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015 renforce cette position, parfois sévère, de la jurisprudence (voy. F. LEJEUNE, « L'impact de la loi "pot-pourri I" sur l'expertise », *Consilio*, 2016, p. 33 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La réforme du Code judiciaire dite "pot-pourri I" : quelles incidences sur le parcours procédural de la victime ? », in I. LUTTE [dir.], *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 213 ; voy. également, sur l'utilité et l'opportunité de l'expertise, la vraisemblance des faits avancés à l'appui de la demande et la subsidiarité de l'expertise, H. BOULARBAH, M. PHILIPPET et M. STASSIN, « État actuel de la procédure civile d'expertise », in G. DE LEVAL [dir.], *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, op. cit., pp. 64-68, n° 16-20).

51 Voy., p. ex., Civ. Liège, 14 février 2006, *Bull. ass.*, 2007, p. 120, qui désigne un expert judiciaire dès lors que le juge « ne peut vérifier ni la valeur technique, ni l'objectivité de rapports unilatéraux rédigés par les conseils techniques des parties » ; Liège, 19 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 123 ; voy. également Civ. Bruxelles (75^e ch.), 30 juin 2011, inédit, R.G. n° 2010/14585/A et Civ. Bruxelles, 24 février 2016, préc.

52 F. LEJEUNE, « Réflexions sur les conditions d'accès à l'expertise et sur le principe du commencement de preuve », note sous Civ. Bruxelles, 11 février 2016 et 24 février 2016, *Consilio*, 2018/4, p. 169.

53 *Pas.*, n° 389.

54 Concomitamment, dans un second arrêt du même jour (*Pas.*, n° 390), la Cour a estimé que le rejet d'une expertise manifestement inutile ne méconnaissait pas le droit de la demanderesse d'apporter la preuve dont elle avait la charge : le juge peut refuser d'ordonner une expertise lorsque le demandeur ne fonde sa demande sur aucun élément rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de celle-ci ou lorsque cette mesure ne peut être ordonnée de manière utile, le juge du fond ayant en l'occurrence valablement considéré que l'expertise

veiller à *conclure soigneusement* sur les éléments en question, de manière à amener à tout le moins le juge à *motiver*, au regard des conclusions prises, son refus d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée.

La jurisprudence de fond le confirme. Il en ressort que la demande d'expertise ne doit pas s'appuyer sur des droits évidents, à peine de lui ôter toute utilité ; son but est justement de préciser les éléments incertains d'un dossier. La désignation d'un expert n'exige donc pas que le demandeur justifie d'un droit « évident, incontestable ou non sérieusement contesté » ; il suffit qu'il apporte des présomptions suffisantes pour rendre *vraisemblable* la demande alléguée. En effet, quel que soit le fondement d'une action en responsabilité, il appartient au demandeur d'apporter les éléments de vraisemblance *prima facie* d'un préjudice et du non-respect d'une obligation, ou d'une faute, en relation avec ce préjudice. Mais, si l'expertise judiciaire ne peut être considérée comme une panacée destinée à pallier une carence de preuves à cet égard, ce principe ne doit pas conduire à rendre cette preuve hors d'atteinte pour le demandeur, notamment si les contingences propres à la cause impliquent des constats contradictoires complexes sur le plan technique.

Mais il n'y a là nul automatisme, et tout dépend en particulier du contenu et de la teneur des pièces produites et alléguées par les parties, et surtout par le demandeur en expertise. C'est au juge du fond qu'il appartiendra de décider souverainement – sous réserve du contrôle évoqué ci-dessus – si les éléments qui lui sont présentés justifient ou non la désignation d'un expert, autrement dit si les éléments produits et invoqués par le demandeur donnent une *plausibilité suffisante* à ses affirmations. Insistons-y encore : il n'est pas suffisant, à cet égard, de produire des pièces « brutes » dans le dossier déposé ; il est indispensable de *conclure à leur sujet*, en attirant expressément l'attention du juge sur ce qu'il y a lieu d'en déduire en termes de preuve (ou d'appui à la mesure d'instruction sollicitée).

ne saurait produire aucune constatation utile, au vu notamment de l'écoulement du temps. Le contrôle visé au texte apparaît dès lors *marginal* et corrélé tant aux circonstances de fait qu'à la teneur des conclusions prises et des pièces produites.

On conclura ici en citant D. Mougenot, à propos de la subsidiarité de toute mesure d'instruction, et singulièrement de l'expertise, telle qu'elle est inscrite dans l'article 875*bis*, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, disposition centrale en la matière⁵⁵ : « l'expertise est toujours une mesure facultative et ne constitue en règle jamais une obligation pour le juge. Il peut y recourir d'office s'il l'estime nécessaire. L'utilité d'une expertise doit être appréciée en tenant compte du pouvoir qu'a le juge d'ordonner une mesure d'instruction plus rapide et moins coûteuse » ; l'expertise « est la mesure d'instruction la plus lourde, en temps et en argent. Dès lors, le demandeur doit justifier sa demande d'expertise. Il ne doit pas s'appuyer sur des droits évidents, sans quoi l'expertise n'aurait aucun intérêt, mais il doit à tout le moins produire un commencement de preuve. Par ailleurs, le juge devra motiver son choix de recourir à l'expertise et ne pourra plus [...] désigner un expert par une simple clause de style »⁵⁶.

« Pas de preuve, pas de droit » ? Les questions de preuve sont évidemment essentielles⁵⁷. Aux plaideurs d'être attentifs à ces enseignements en vue de maximiser, sur ce terrain, les chances de leurs clients.

Jacqueline OOSTERBOSCH

Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation

Gilles GENICOT

Avocat au barreau de Liège

Maître de conférences à l'Université de Liège

55 « Le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse. »

56 D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Manuel de procédure civile », *op. cit.*, pp. 513-514, n° 5.46, et les références citées à la note 2145.

57 Les difficultés probatoires peuvent également être abordées sous l'angle de la *perte d'une chance*, ainsi que l'illustre une instructive étude : A. CATALDO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance... de prouver », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 145-194.

La preuve en matière pénale

Sanction des irrégularités

Frédéric Lugentz

Une analyse complète et pratique de la théorie des nullités de la preuve

SOMMAIRE

- Définitions, observations terminologiques et classifications
- Régularité de la preuve recueillie et des actes accomplis en Belgique
- Régularité des actes accomplis dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale
- Suspension de la prescription de l'action publique durant le traitement d'une exception de nullité ou d'irrecevabilité
- Responsabilité civile de l'État, du magistrat et de l'enquêteur pour un acte irrégulier
- En guise de conclusion : pour une analyse non moralisatrice de la régularité de la preuve
- Index



Édition 2017 – 296 pages – 88 €