

Chapitre 1^{er}

Introduction

par FABRICE MOURLON BEERNAERT¹

Plan

- Section 1^{re}. Objet de l'étude – Limites
- Section 2. Définition et importance de la preuve
 - § 1^{er}. Définition de la preuve
 - § 2. Importance de la preuve
- Section 3. Principes généraux
 - § 1^{er}. Preuve morale ou preuve légale
 - § 2. Sièges de la matière
 - § 3. La loyauté de la preuve
 - § 4. La preuve et l'ordre public
 - § 5. L'application de la loi dans le temps et dans l'espace
 - § 6. L'office du juge
 - § 7. La coopération européenne
- Section 4. Les preuves en matière civile et commerciale

SECTION 1^{re}. OBJET DE L'ÉTUDE – LIMITES

- 1.1 La présente étude traite de la preuve en matière civile et commerciale et, plus particulièrement, de la preuve en matière patrimoniale. Elle ne concerne pas, en tant que telle, la preuve en matière familiale, sociale² ou administrative, ni la preuve en matière pénale³. Ces matières qui, certes, ne sont pas tout à fait étrangères à la preuve en droit patrimonial au sens strict⁴ sont en effet régies

1. Avocat au Barreau de Bruxelles, juge suppléant au tribunal de commerce de Bruxelles et assistant à l'Université Libre de Bruxelles.

2. On notera que l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail permet, à défaut d'écrit, la preuve testimoniale quelle que soit la valeur du litige. Voir G. DEMEZ, « La preuve en droit social », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987.

3. Voir par exemple, en matière pénale, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 1999, pp. 749 et s.; R. DECLERQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 2^e éd., pp. 541 et s., pp. 1196 et s.; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Liège, 1989, pp. 743 et s.; R. DECLERQ, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Swinnen, 1988.

4. Ainsi, sauf exception, les questions de propriété, de servitudes, de régimes matrimoniaux et de libéralités ne seront pas examinées ici.

par des règles spécifiques qui sortent du cadre de la présente étude. Toutefois, cette étude n'exclut évidemment pas l'examen de l'une ou l'autre question qui se trouve aux confins de ces matières si celles-ci peuvent être utiles de manière transdisciplinaire.

SECTION 2. DÉFINITION ET IMPORTANCE DE LA PREUVE

§ 1^{er}. Définition de la preuve

- 2.1 Selon la formule consacrée, *prouver, au sens courant du terme, est de faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain; la preuve est donc ce qui sert à établir qu'une chose est vraie*¹.
- 2.2 Les définitions de la preuve en matière juridique sont presque aussi nombreuses que leurs auteurs. Pour DOMAT, «*on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité*»². Selon H. DE PAGE, «*dans le domaine du droit, prouver, c'est établir le fondement d'une prétention*»³; c'est faire la démonstration de ce sur quoi l'on se fonde pour faire valoir un droit. Pour D. AMMAR, «*prouver, c'est établir une adéquation entre l'allégation du demandeur et la réalité qui s'est déroulée dans un passé plus ou moins lointain*»⁴.
- 2.3 Comme le souligne la meilleure doctrine⁵, la définition de la preuve au sens commun et celle de la preuve au sens juridique sont intimement liées, «*à cette précision près que c'est le juge qu'il s'agit de convaincre de la vérité d'une allégation: la preuve juridique est une preuve judiciaire*». Au sens judiciaire, le mot «*preuve*» recouvre trois acceptions:
- ce mot désigne tout d'abord le fait de soumettre au juge des éléments susceptibles d'entraîner sa conviction. C'est en ce sens que l'on se réfère à la «*charge de la preuve*»⁶;
 - la «*preuve*» peut également signifier «*l'élément de conviction lui-même*», c'est-à-dire le procédé pour convaincre le juge⁷;

1. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, v^o *Preuve* et *Prouver*.

2. DOMAT, *Lois civiles*, VIII, cité par R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., p. 61, n^o 2, note 4.

3. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1967, p. 693, n^o 705.

4. D. AMMAR, «*Preuve et vraisemblance; contribution à l'étude de la preuve technologique*», *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 500.

5. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 4, n^o 1; R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 61, n^o 2; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, XII, 6^e éd. par P. ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1958, p. 51, n^o 749.

6. Voir chapitre 3 ci-après.

7. Voir titre 4 ci-après.

- enfin, le mot «preuve» désigne le résultat de la production de ces éléments, en ce sens que la preuve est faite ou non.

§ 2. Importance de la preuve

- 2.4 La preuve est, pour ainsi dire, consubstantielle du «droit». A défaut d'être prouvé, il n'y a, à proprement parler, pas de droit¹, en tout cas pas de droit qui puisse être sanctionné et sortir ses effets². Ainsi, comme le résume un adage de l'ancien droit, *Idem est non esse et non probari*. La fonction de la preuve juridique est de faire approuver socialement une vérité³. R. MOUGENOT écrit même, ce qui, bien que manquant de nuance, est parfaitement exact, qu'«*un droit n'est rien sans la preuve de l'acte ou du fait dont il dérive*». Le chapitre 3 ci-après examine les règles gouvernant la charge de la preuve et les conséquences du risque qui pèse sur celui sur lequel pèse ce fardeau.

SECTION 3. PRINCIPES GÉNÉRAUX

§ 1^{er}. Preuve morale ou preuve légale

- 3.1 Deux régimes de preuve sont possibles, la preuve morale ou la preuve légale. La preuve morale laisse un large pouvoir au juge qui est libre, selon son intime conviction, d'accorder foi à tous éléments de preuve. En revanche, la preuve légale suppose que le législateur fixe les moyens de preuve qui peuvent être utilisés au cours du procès, ainsi que leur force probante respective. Bien que ces deux systèmes ne soient pas parfaitement étanches, le législateur belge, à la suite du législateur français, a adopté le système de la *preuve légale*, avec assez de bonheur il faut le souligner.

Si, sans doute, ce choix est inspiré par une certaine méfiance vis-à-vis des juges, il traduit, à notre avis, au premier chef un choix social et politique qui entend privilégier, d'une part, la sécurité juridique et, d'autre part, le règlement rapide et aussi facile et peu coûteux que possible des différends entre les sujets de droit. «*Plutôt que de se livrer à une recherche minutieuse d'une vérité parfois difficile à déceler, plutôt que de laisser le litige s'embourber dans des contestations sans fin, mieux vaut, par exemple, exiger des contractants qu'ils 'préconstituent' la preuve de leurs conventions et ne puissent prouver contre ce titre que sous*

1. Sur la définition d'un droit, consulter notre étude: F. MOURLON BEERNAERT, «La querelle des Anciens et des Modernes – A propos de l'affaire des Wagons-Lits», *D.A.O.R.*, 1994/32, p. 59.
 2. Voir G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 4, n^o 5.
 3. D. AMMAR, «Preuve et vraisemblance; contribution à l'étude de la preuve technologique», *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 500.

*certaines conditions rigoureusement délimitées; mieux vaut accepter pour vrai ce qui, dans la plupart des cas identiques, correspond à la vérité. Il est préférable de consacrer, dès aujourd'hui, un état de fait rationnellement vraisemblable que d'avoir, demain, à l'issue d'une discussion épuisante, à tenir pour exact ce qui est sans doute tout aussi incertain»*¹. P. FORIERS ne dit rien d'autre dans une étude remarquable consacrée à ce sujet et à laquelle nous nous permettons de renvoyer².

Est-ce à dire que, sous couvert d'efficacité, le législateur sacrifierait certaines valeurs, essentielles, à savoir la vérité et la justice entendue dans son sens moral et non fonctionnel? Nous ne le pensons pas. Si la vérité doit bien être recherchée, elle n'est – malheureusement? – pas absolue, certaine et universelle, en tout cas en matière civile et commerciale. Il importe donc, dans le contexte d'une procédure judiciaire, nécessairement humaine, d'encadrer l'intervention du juge appelé à trancher une contestation entre plusieurs sujets de droit, afin de sauvegarder des valeurs encore plus essentielles, à savoir le respect de l'Etat (de droit) et des droits de la défense, à peine de donner cours à toutes les dérives, aux particularismes et à l'arbitraire. L'Etat de droit, issu de la Révolution française et tel qu'il a été transposé en Belgique, est fondé sur les principes exactement opposés.

Du reste, le législateur a prévu plusieurs correctifs au cadre ainsi décrit, qui s'inspirent tantôt de la force des choses, tantôt du principe de la liberté des conventions, tantôt encore de la nécessaire adaptation aux circonstances de chaque procès, ce qui confère, en définitive, une grande souplesse³ au système actuellement en vigueur dans lequel le rôle du juge est, à notre avis, central et évidemment déterminant. Ce rôle est d'autant plus significatif que, sous réserve du respect de la foi due aux actes, le juge du fond interprète souverainement la volonté des parties⁴⁻⁵.

G. GOUBEAUX et P. BIHR concluent à ce sujet que *«le système probatoire actuel est assez nuancé, puisqu'il mêle le mécanisme de la preuve légale à celui de la preuve morale, tout en répudiant l'idée d'une passivité des magistrats néfaste à la découverte de la vérité»*⁶.

1. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, 1965, n° 306, cité par G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 6, n° 19, lesquels considèrent que *«la preuve légale a le grand mérite d'apporter en cette matière la sécurité et la simplicité»*. Voir également R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 76, n° 17.
2. P. FORIERS, «*Considérations sur la preuve judiciaire*», in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, II, p. 875.
3. Comme le relèvent G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 7, n° 34: *«A côté de ces causes d'évolution tenant aux données de fait elles-mêmes, l'attitude des tribunaux a fortement contribué à assouplir le système légal»*. Ceux-ci citent R. SAVATIER («*La science et le droit de la preuve*», in *Travaux de l'association H. Capitant*, VII, p. 607), selon lequel *«il est de l'instinct du juge, par delà la preuve que la loi interdit ou impose, de scruter ce qu'il croit être la vérité vraie et de la préférer, en son âme et conscience, à ce qui lui paraît être la vérité fictive et la réglementation légale»*.
4. Selon la formule de la Cour de cassation (voir, par exemple, Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1052 et notes), ne méconnaît pas la force obligatoire d'une convention, le juge qui, préférant la commune intention des parties au sens littéral des termes, reconnaît à la convention les effets que, dans l'interprétation qu'il en donne, ladite convention, exécutée de bonne foi, a légalement entre les parties.
5. Selon les termes du Procureur général P. LECLERCQ (concl. avant Cass., 26 janvier 1928, *Pas.*, 1928, I, 63), *«le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second. Le texte est l'enveloppe de la chose essentielle: la pensée que l'auteur du texte a, par celui-ci, voulu exprimer. C'est la pensée, le contenu, qui enchaîne l'interprète, et non le texte, le contenant. Or, le texte, même clair, peut ne pas être l'expression de la pensée ...»* (à ce propos, voir l'article 1156 du Code civil).
6. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 8, n° 45.

§ 2. *Siège de la matière*

3.2 Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, le fond du droit et sa mise en œuvre sont dans un lien de dépendance avec la preuve de ce droit et de ses éléments constitutifs. L'on retrouve ce lien dans la consécration légale des règles relatives à la preuve. Ainsi, s'expliquerait, en tout cas en principe, la répartition des règles de preuve dans le Code civil (ou dans le Code de commerce) et dans le Code judiciaire, selon qu'il s'agit de règles de fond ou de règles de procédure.

L'on retrouve, il est vrai, une telle distribution dans l'œuvre législative, mais de manière imparfaite. Le Code civil¹ contient ainsi des règles qui déterminent la charge de la preuve, le fait à prouver, les moyens de les prouver et la force probante des différents moyens admissibles. Le Code judiciaire² contient, quant à lui, des règles qui gouvernent l'administration de la preuve en justice et les incidents qu'elle peut susciter; il traite de la charge de la preuve et des procédures à suivre dans l'administration de la preuve. Outre les moyens de preuve du Code civil et du Code de commerce, le Code judiciaire organise la procédure d'expertise³ et la descente sur les lieux⁴. D'une part, certaines des règles du Code civil et du Code judiciaire se recouvrent, tels les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire à propos de la charge de la preuve. D'autre part, les règles des articles 1315 à 1369 du Code civil s'appliquent en principe à la matière des obligations.

Il est toutefois généralement admis que ces règles ont vocation à être généralisées, exprimant en quelque sorte le droit commun. En pratique, il n'est pas toujours aisé de combiner ces règles avec celles contenues dans des dispositions spécifiques.

§ 3. *La loyauté de la preuve*

3.3 Si aucune disposition ne le prévoit expressément, un moyen de preuve obtenu de manière illicite ne pourrait fonder une décision judiciaire. Ce principe est intimement lié aux principes du respect des droits de la défense, du droit à un procès équitable, du respect de la personne humaine et de la légalité des preuves. Ainsi, un élément de preuve obtenu grâce à une infraction ne peut, en règle, être produit ni servir à fonder une décision judiciaire. Cette question mériterait à elle seule une étude entière. Et la réponse qu'elle recevrait devant une juridiction pénale ou civile pourrait d'ailleurs être variable. Bien qu'en droit belge, l'usage d'une preuve que l'autorité chargée de la recherche, de l'enquête et de la poursuite des infractions ou qu'un dénonciateur, en vue de fournir cette preuve, ont recueillie à la suite d'une infraction, en violation d'une

1. Pour l'essentiel, les articles 1315 à 1369 du Code civil (titre VI, chapitre III, *De la preuve des obligations et de celle du paiement*). Voir également les articles 20 à 25 du Code de commerce. On se référera également aux règles de preuve qui peuvent se trouver dans des lois ou des dispositions spéciales.

2. Pour l'essentiel, les articles 870 à 1016 du Code judiciaire.

3. C. jud., art. 902 à 991.

4. C. jud., art. 1007 à 1016.

règle de la procédure pénale, à la suite d'une atteinte portée au droit à la vie privée, en violation des droits de la défense ou en violation du droit à la dignité humaine, ne soit en principe pas autorisé, le juge ne peut écarter une preuve recueillie illégalement que: soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'illégalité commise a entaché la fiabilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve viole le droit à un procès équitable¹. Bornons-nous ici à signaler que, pour ce qui concerne les cas «classiques», le secret professionnel n'est, à notre avis, pas absolu, pas plus que le secret de la correspondance². Pour ce qui est des enregistrements réalisés à l'aide de magnétophones ou d'appareils similaires, il est le plus souvent considéré que, s'ils sont réalisés de manière clandestine, c'est-à-dire à l'insu des personnes concernées, ils devraient être écartés car ayant été obtenus de manière déloyale³. Mais il est vrai que l'on a peine, nonobstant les objections d'ordre «éthique» qui sont à la base de cette solution, à trouver dans le droit positif quel en est le fondement précis. Ainsi, X. DIEUX⁴ relève que, sauf le cas d'infractions pénales, «*on ne pourrait pas écarter ce mode de preuve pour des raisons de pure élégance, mais les notions de dol et de violence, de même que l'ordre public et les bonnes mœurs, peuvent constituer des critères adéquats pour l'appréciation 'prudente' qui incombe au juge du fond dans le cadre de l'administration de la preuve par présomptions*».

§ 4. La preuve et l'ordre public

3.4 Conformément à la jurisprudence déjà ancienne et bien établie de la Cour de cassation, les règles légales en matière de preuve ne sont ni d'ordre public⁵,

1. Cass., 8 novembre 2005, P.05.1106.N; Cass., 14 octobre 2003, P.03.0762.N, n° 499, avec les conclusions de M. le procureur général DE SWAEF; Cass., 23 mars 2004, RG P.04.0012.N, n° 165; Cass., 16 novembre 2004, P.04.0644.N, n° 549, avec les conclusions du M.P.; Cass., 16 novembre 2004, P.04.1127.N, n° 550, avec les conclusions du M.P.; Cass., 2 mars 2005, P.04.1644.F, n° 130, avec les conclusions de M. l'avocat général VANDERMEERSCH.

2. Voir, dans le chapitre 4 ci-après, à propos de la force probante des lettres missives.

3. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 77, n° 18 et p. 225, n° 249.

4. X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 107, n° 8 *in fine*.

5. Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, 29; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 520; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, 1256.

ni impératives¹⁻², sauf exception³. La doctrine se prononce dans le même sens⁴.

Les parties sont donc libres d'organiser le régime de la preuve de leurs engagements, sous réserve, bien entendu, de ce qu'il ne peut être valablement dérogé aux lois qui organisent un régime spécifique de preuve (par exemple l'exigence en certaines matières d'un acte notarié) et, à notre avis, de ce qu'une convention relative à la preuve ne pourrait priver l'une des parties de toute possibilité de preuve ou de tout recours en justice ou encore de la possibilité d'élever une contestation⁵⁻⁶⁻⁷.

C'est par ce biais que les « nouveaux » moyens de preuve, liés au développement des automates, de la bureautique et de l'électronique, ont connu le succès qui sont le leur, et ceci à tel point que des lois récentes sont venues les consacrer

1. Cass., 16 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, 229; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 695; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 651.
2. Sur la distinction entre dispositions d'ordre public et dispositions impératives, consulter notre étude: F. MOURLON BEERNAERT, « La querelle des Anciens et des Modernes – A propos de l'affaire des Wagons-Lits », *D.A.O.R.*, 1994/32, p. 59.
3. Voir, par exemple, l'article 24 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs qui prévoit que: « § 1^{er}. Lorsque, en application de l'article 101 de la présente loi, le Ministre ou l'agent commissionné par lui en vertu de l'article 113, § 1^{er}, avertit un annonceur d'un message publicitaire qui porte sur une ou plusieurs des données de fait mesurables et vérifiables ci-après: – l'identité; – la quantité; – la composition; – le prix; – l'origine; – la date de fabrication ou de péremption; – les conditions de vente, de location, de prestation, de livraison ou de garantie de produits ou de services qui font l'objet de la publicité; – les possibilités d'utilisation; – la disponibilité et l'existence des produits ou services présentés; qu'une ou plusieurs de ces données sont de nature à induire en erreur, il incombe à l'annonceur d'apporter (dans un délai d'un mois maximum) la preuve de l'exactitude desdites données.
§ 2. Pour les données visées au § 1^{er}, l'annonceur est également tenu d'apporter cette preuve, lorsqu'une action en cessation est intentée par: 1. le Ministre et, le cas échéant, le Ministre compétent visé à l'article 98, § 2; 2. les autres personnes visées à l'article 98, § 1^{er}, pour autant que, compte tenu des intérêts légitimes de l'annonceur et de toute autre partie à la procédure, le président du tribunal de commerce estime qu'une telle exigence est appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce.
Si les preuves exigées en vertu de l'alinéa précédent ne sont pas apportées ou sont jugées insuffisantes, le président du tribunal de commerce peut considérer les données de fait comme inexactes ». O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY (« Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, p. 124) écrivent que « bien que l'hypothèse soit peut-être théorique, une clause relative au régime de la preuve pourrait, par [le] biais [de l'article 31 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs], être considérée comme abusive, si elle devait se révéler à ce point contraignante pour une partie que l'on puisse considérer qu'elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ». A ce propos, ces auteurs considèrent qu'en revanche, le texte de l'article 32.18 de la loi précitée, « ne touchant qu'à la problématique des modes de preuve admissibles, n'interdit en rien de modaliser la charge de la preuve. Cette opinion est discutable, en témoigne d'ailleurs la directive 93/13 du Conseil relative aux clauses abusives (voir également la loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales). De même, il ne se concevrait pas que les parties organisent les pouvoirs du juge ou dérogent aux pouvoirs reconnus aux officiers publics » (voir G. GOUBEUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o Preuve, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 9, n^{os} 51 et s.).
4. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, pp. 66-67, n^o 10; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 44 et s., n^{os} 71 et s.; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 35; X. MALENGREAU, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents », *Ann. Dr.*, 1981, p. 117; PLANIOL et RIPERT, VII par GABOLDE, n^o 1428, enseignent qu'« une convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit, on peut également en régler conventionnellement l'attribution ou la perte et, par conséquent, la subordonner à tel mode de preuve »; D. MOUGENOT, « Droit de la preuve et technologie nouvelles: synthèse et perspectives », in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, pp. 91 et s.; O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, p. 115.
5. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 68, n^o 11.
6. Et sauf à y voir une « renonciation » valable au droit en question.
7. A. VAN OEVELEN, « Bewijsclausulen », in *Nuttige tips voor goede contracten*, Kluwer, 2004, p. 131.

en matière de copie¹ et de signature². Le titre 4 qui traite des modes de preuve examine ces questions plus en détails.

§ 5. *L'application de la loi dans le temps et dans l'espace*

- 3.5 On enseigne que la répartition des règles de preuve entre lois de fond et lois de procédure, évoquée ci-dessus, n'est pas sans incidence sur les solutions d'un conflit de lois dans le temps. Il est ainsi généralement admis qu'une disposition nouvelle modifiant les règles relatives à l'administration de la preuve est d'application immédiate³, à moins que la loi ait établi un régime de preuves «préconstituées» ou qu'elle ait elle-même tiré des conséquences de certains faits en établissant des présomptions⁴. «*Dans ces deux cas, c'est à la date où s'est produit l'acte ou le fait à prouver que s'est constituée, sous l'angle de la preuve, la situation juridique. Il n'est pas possible de remettre en question l'efficacité des faits ayant donné naissance à cette situation sans encourir le reproche de rétroactivité*».
- 3.6 Dans le cadre limité de la présente étude, nous nous permettons de renvoyer aux ouvrages spécialisés⁵ en droit international privé qui traitent de la loi applicable à la preuve. Différentes questions de preuve sont désormais réglées par la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.

§ 6. *L'office du juge*

- 3.7 En matière civile et commerciale, la procédure est, dit-on, *accusatoire*, par opposition à la procédure *inquisitoire*. L'initiative et la direction du procès relèvent du pouvoir des parties. Le juge resterait passif et jouerait en quelque sorte le rôle d'un arbitre chargé de départager les parties.

Ce principe doit être largement nuancé. Sans doute, il n'appartient pas au juge de se substituer aux parties, sauf pour ce qui est du respect de l'ordre

1. Voir la loi du 17 juin 1991 (art. 196), étendue par la loi du 22 juillet 1991 et par celle du 28 juillet 1992, selon lesquelles les copies photographiques, microphotographiques, magnétiques, électroniques ou optiques des documents détenus par les établissements publics de crédit régis par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, par les établissements privés de crédit soumis au contrôle de la Commission bancaire et financière ou par les entreprises d'assurances soumises au contrôle de l'Office de contrôle des assurances font foi comme les originaux, dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été établies par une de ces sociétés ou sous son contrôle; consulter également notre étude: F. MOURLON BEERNAERT, «Les cartes à mémoire pré-payées (prepaid cards): un nouvel instrument de paiement?», *J.T.*, 1997, p. 377, spéc. p. 382; D. MOUGENOT, «Droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives», in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, pp. 70 et s.

2. Voir la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

3. P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, 2^e éd., p. 561.

4. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 5, n^o 11.

5. Voir, par exemple, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, Gand, E. Story-Scientia, 1986.

public et des dispositions impératives¹. Ainsi, conformément au principe général du droit dit «principe dispositif»², le juge ne peut statuer sur choses non demandées³, ni élever une contestation dont les conclusions des parties excluent l'existence. Cependant, il est généralement admis – et le Code judiciaire le consacre expressément, même si l'usage qu'en font les juges est sans doute limité en pratique – que le juge a le pouvoir de prendre une série de mesures d'*instruction* afin de l'éclairer dans le litige qu'il doit trancher (production de documents, même détenus par un tiers au procès⁴ – enquêtes – expertise – interrogatoire des parties – descente sur les lieux)⁵. Le juge ne doit donc pas se contenter des éléments de preuve qui lui sont soumis par les parties, s'ils lui paraissent insuffisants à former son jugement. Ce pouvoir ne réduit évidemment en rien la portée du principe du contradictoire et du respect des droits de la défense.

- 3.8 En outre, le respect des droits de la défense et les principes d'administration d'une bonne justice imposent que le juge soit *objectif et impartial*. Ces principes ont notamment pour conséquence que le juge ne doit pouvoir former son jugement qu'à partir d'éléments de preuve ayant été soumis à la contradiction des parties, qu'il ne peut déléguer son pouvoir de juridiction⁶ et qu'il ne peut fonder sa décision sur des éléments acquis de science personnelle.
- 3.9 Est-il ainsi interdit au juge de faire état de connaissances personnelles? La Cour de cassation admet, avec bon sens, que le juge fasse état de faits historiques notoires ou de données d'expérience commune⁷. Le départ entre

1. Voir A. MEEUS, «La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge», *R.C.J.B.*, 1988, pp. 495 et s.

2. Par exemple, M. STORME, «Algemene rechtsbeginselen van behoorlijke procesvoering», in *Algemene rechtsbeginselen*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 176.

3. C. jud., art. 1138, 2^o.

4. L'article 495bis du Code pénal punit d'ailleurs celui qui, étant détenteur d'un document dont la production en justice a été ordonnée, aura frauduleusement détruit, altéré ou dissimulé ce document. L'astreinte sera également une mesure efficace en cette matière.

5. Sur l'office du juge, voir J. VAN COMPERNOLLE, «L'office du juge et le fondement du litige», *R.C.J.B.*, 1982, p. 14; E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *J.T.*, 1983, p. 513; E. KRINGS, «L'office du juge: évolution, révolution ou tradition», *J.T.*, 1993, pp. 17 et s.

6. C. jud., art. 11, al. 1^{er}.

7. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 70, n^o 14.

ce qui est commun ou notoire et ce qui ne l'est pas n'est pas toujours chose aisée, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même¹.

- 3.10 Il faut signaler un important arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005² par lequel la Cour décide que «le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable; qu'il 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».

§ 7. La coopération européenne

- 3.11 Le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale³ organise les demandes d'une juridiction d'un Etat membre (i) à la juridiction compétente d'un autre Etat membre de procéder à un acte d'instruction et (ii) de procéder directement à un acte d'instruction dans un autre Etat membre⁴.

1. Ainsi, un juge peut considérer comme fait d'expérience commune qu'un véhicule sur deux roues n'est pas stable ou que la pluie rend glissantes les routes asphaltées ou encore que la vitesse d'absorption d'alcool dans le sang varie en fonction de facteurs divers (Cass., 23 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, 578) ou qu'un appareil a pour but de détecter un radar (Cass., 6 juin 1984, *Pas.*, 1984, 1222) ou encore les données qui proviennent de la littérature spécialisée comme un graphique de freinage de Devillers (Cass., 17 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 1006) tandis que sa décision est censurée lorsqu'il énonce qu'un piéton de l'âge de la victime parcourt plus d'un mètre à la seconde (Cass., 16 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 521) ou encore que, selon le plan, tel véhicule n'a qu'une longueur de tant ce qui est inexact (Cass., 6 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, 566) ou que le fait de l'évolution de parités monétaires rendait une vente impossible (Cass., 6 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, 148). Une valeur de véhicule fixée sur la base d'une revue publiée pendant le délibéré ne constitue pas pour le juge un fait notoire ou relevant de l'expérience commune et doit être soumis à la contradiction des parties (Cass., 23 février 2005, P.04.1472.F, www.cass.be). Ne constitue pas un fait général notoire ni une règle d'expérience commune, mais un fait qui, ne ressortant d'aucune pièce à laquelle la Cour peut avoir égard, était connu des juges d'appel de sciences personnelles, qu'un compte en gestion libre à l'étranger exige un dépôt relativement important (Cass., 23 janvier 2004, F.02.0056.F, www.cass.be). Il en est de même de travaux entrepris à un boulevard et qui se sont éternisés, qui étaient de la connaissance de tous et particulièrement d'un juge de paix qui connaît son canton et les événements importants qui s'y déroulent (Cass., 13 octobre 2003, C.03.0067.F, www.cass.be) ou le fait de l'estimation des revenus nets produits par un portefeuille d'actions (Cass., 19 juin 2003, C.01.0383.F, www.cass.be).

2. *J.L.M.B.*, 2005, p. 856 et la note de G. DE LEVAL («Un arrêt fondamental et attendu»); voir également J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», in *Actualités droit judiciaire*, Liège, Formation permanente C.U.P., vol. 83, décembre 2005, p. 194, n° 61.

3. *J.O.C.E.*, n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1.

4. D. MOUGENOT, «Le règlement européen sur l'obtention des preuves», *J.T.*, 2002, p. 17; S. UHLIG, «L'obtention des preuves en matière civile et commerciale et le règlement européen relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres de l'Union du 28 mai 2001: une entrée en vigueur passée inaperçue...», *J.T.*, 2004, p. 789; M. NEUT et L. DEMEYRE, «De grensoverschrijdende bewijsverkrijging binnen de Europese Unie: brengt vordering nr 1206/2001 de verhoopte versoepeling teweeg?», *R.W.*, 2004-2005, p. 361; A. NUJTS, «L'obtention des preuves: Analyse du Règlement (CE) 1206/2001», in *Acquis et enjeux futurs de l'espace judiciaire européen en matière civile*, Journée d'étude du 18 mai 2006, à paraître aux éditions Larcier.

SECTION 4. LES PREUVES EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

- 4.1 En résumé, le Code civil connaît les modes principaux de preuve suivants :
- la *preuve littérale*, c'est-à-dire la preuve par écrit, qui constitue pour ainsi dire la règle de base¹ ;
 - la *preuve testimoniale*, c'est-à-dire les témoignages livrés par des personnes entendues lors d'enquêtes tenues par un juge² ;
 - les *présomptions* qui sont « *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* »³ ;
 - l'*aveu* ou confession, selon l'expression de POTHIER⁴, qui est généralement défini comme une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques⁵ ;
 - le *serment* qui consiste, pour une partie au procès, à faire devant le juge une affirmation sous la foi du serment.
- Ces différents modes de preuve sont examinés dans le titre 4 ci-après.

- 4.2 En matière commerciale, c'est le principe de la liberté des preuves qui prévaut⁶. D'autres modes de preuve que ceux du Code civil sont également connus :
- la *facture acceptée* en matière de vente⁷ ;
 - la *comptabilité* régulièrement tenue⁸.

Ces différents modes de preuve sont examinés dans le titre 4 ci-après.

Il faut noter, dès à présent, que le régime de la preuve commerciale dépend du caractère commercial de l'acte à prouver, peu importe la juridiction saisie ou la qualité des parties en cause. L'article 2 du Code de commerce présume cependant, sauf preuve contraire, que toutes les obligations des commerçants sont commerciales. Il échet de souligner que lorsque le procès met en présence une partie commerçante et une autre qui ne l'est pas, celui qui n'est pas commerçant pourra prouver contre le commerçant conformément aux règles

1. Sur la différence en matière civile et en matière commerciale et sur les conséquences de celle-ci au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, voir ci-après (en préparation).

2. Voir L. VERHAEGEN et D. SCHEERS, *Het getuigenbewijs*, Gand, Mys & Breesch, 1999.

3. C. civ., art. 1349.

4. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, II, Bruxelles, Langlet, 1835, p. 289.

5. Sur le caractère « volontaire » ou non de l'aveu, voir les développements dans le titre 4 ci-après. Voir P. VAN OMMESLAGHE, « L'aveu – Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, pp. 4 et s., n^{os} 5 et s.

6. Pour des exemples d'exception au régime de la preuve libre, voir X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *R.D.C.*, 1986, pp. 98 et s., n^o 6 ; voir également R. MOUGENOT, « La preuve », in *T.P.D.C.*, Bruxelles, E. Story-Scientia, I, 1990, pp. 75 et s.

7. C. comm., art. 26, al. 2. Voir E. DIRIX ET G.L. BALLON, *Factuur*, in *A.P.R.*, 1993. Par un arrêt du 27 janvier 2000 (*Pas.*, 2000, I, 72), la Cour de cassation a considéré, de manière générale, qu'en matière d'engagements commerciaux (donc pas seulement une opération d'achat-vente), le juge peut déduire une présomption de l'homme de l'acceptation de la facture et y puiser la preuve que le débiteur a marqué son accord à l'obligation énoncée dans la facture. La Cour a précisé que c'est aussi le cas lorsque la facture acceptée, envoyée dans le cadre de l'exécution d'une convention écrite, contient des obligations y dérogeant (voir dans le même sens, Cass., 7 janvier 2005, C.03.0129.N, www.cass.be).

8. C. comm., art. 20.

de la preuve en matière commerciale, tandis que le commerçant sera tenu par les règles de preuve en matière civile vis-à-vis du non-commerçant¹⁻²⁻³.

- 4.3 On citera également les *livres de commerce* ou, pour les non-commerçants, les *registres et papiers domestiques*, les *écritures sur titre* et les *tailles et échantillons*. Ces modes de preuve seront brièvement examinés dans le titre 4 consacré aux différents modes de preuve et à leur force probante.
- 4.4 Le Code judiciaire a ajouté à ces modes de preuve l'expertise⁴ et la descente sur les lieux, outre l'interrogatoire des parties⁵.

1. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 115, n^o 59; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 50, n^o 43; comparer X. DIEUX, «La preuve en matière commerciale», *R.D.C.*, 1986, p. 91.

2. Sur la différence en matière civile et en matière commerciale et sur les conséquences de celle-ci au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, il suffit ici de signaler que la différence de traitement en question concerne, à notre avis, des personnes qui ne se trouvent pas dans une même situation et qu'à supposer qu'une différence de traitement existât, cette différence qui est proportionnée et justifiée par la différence des situations en cause, les dérogations qui existent par l'effet de la loi – sous le contrôle du juge – et les pouvoirs du juge en la matière ne constitue pas une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

3. X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 84, n^o 1. Cet auteur souligne que «l'antagonisme entre le droit commercial et le droit civil serait donc déjà moins sensible dans les faits que du point de vue théorique» et que «l'uniformité des règles que le Code judiciaire consacre à l'administration de la preuve contribue certainement à un rapprochement des deux régimes dans la pratique».

4. Voir P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toute matière*, Bruxelles, Bruylant, 1985, I, pp. 67 et s.; A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, in *A.P.R.*, 1975, pp. 33 et s.

5. C. jud., art. 991 à 1004.

Chapitre 2

Objet de la preuve

par Fabrice MOURLON BEERNAERT¹

Plan

- Section 1^{re}. Que faut-il prouver? – Distinction entre le fait et le droit
- Section 2. Preuve des faits
- Section 3. Preuve des règles de droit

SECTION 1^{re}. QUE FAUT-IL PROUVER? – DISTINCTION ENTRE LE FAIT ET LE DROIT²

- 1.1 Conformément à l'article 870 du Code judiciaire, «*chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue*»³⁻⁴.

Il appartient donc à une partie de prouver les *faits* à l'appui de sa prétention. Elle ne doit toutefois pas démontrer la norme juridique. A vrai dire, en droit positif, une partie litigante n'est même pas tenue de préciser le fondement juridique sur lequel elle fonde sa prétention⁵. La preuve ne porte donc que sur l'existence des faits qui conditionnent l'application de la règle de droit. C'est ce

1. Avocat au Barreau de Bruxelles, juge suppléant au tribunal de commerce de Bruxelles et assistant à l'Université Libre de Bruxelles.

2. L. DE GRUYSE et B. DE GRUYSE, «Recht of feit: een hanteerbaar onderscheid», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 71, qui citent une série d'exemples à ce sujet.

3. C. VAN REEPHINGEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Bruxelles, Editions du Moniteur belge, 1964, pp. 326 et s.

4. L'article 9 du nouveau Code de procédure civile français est plus précis: «*Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*». Cons. également J. KIRKPATRICK, «Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105.

5. L'article 1080 du Code judiciaire prévoit cependant que la requête en cassation contient, à peine de nullité, l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée. Encore est-il que, même dans ce cas, le demandeur en cassation ne doit pas, à proprement parler, démontrer la règle de droit, mais indiquer, aux fins mêmes du contrôle de la Cour de cassation, les dispositions légales qui auraient été violées par la décision contre laquelle il se pourvoit.

que traduisent les deux adages suivants: *Da mihi factum, dabo tibi ius* et *Iura novit curia*¹⁻²⁻³.

- 1.2 Le terme «fait» recouvre trois notions:
- le *fait matériel* qui, par lui-même, n'entraîne pas de conséquence juridique, mais qu'une partie peut avoir intérêt à prouver pour faire adjuger sa prétention (par exemple, l'heure du coucher du soleil ou le fait qu'une route était verglacée tel jour à telle heure);
 - le *fait juridique* qui produit des effets de droit sans l'intervention de la volonté d'une personne (par exemple, la majorité d'une personne ou son décès, un délit ou un quasi-délit);
 - l'*acte juridique*⁴ qui est une manifestation de la volonté humaine accomplie en vue de produire des effets juridiques (par exemple, un contrat ou un engagement pris par déclaration unilatérale de volonté).

SECTION 2. PREUVE DES FAITS

- 2.1 Seul un *fait pertinent*⁵ doit être prouvé. C'est un truisme que de rappeler que la preuve d'un fait ne doit être rapportée que si la démonstration de ce fait est utile à la solution du litige. De son côté, le juge ne doit donc pas examiner les faits non pertinents. L'offre de preuve d'un fait non pertinent sera donc rejetée⁶. De même, le juge écartera comme manquant de pertinence tout élément tendant à la démonstration de «*l'existence d'un fait dont l'existence est d'ores et déjà établie ou l'offre de prouver un fait dont l'existence est invraisemblable*»⁷. A cet égard, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation⁸.
- 2.2 On enseigne traditionnellement que l'on ne doit pas prouver les *faits non contestés* et qu'une simple dénégation de celui contre lequel une allégation est

1. Selon P. FORIERS («Introduction au droit de la preuve», in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, II, p. 855), «la preuve judiciaire ne concerne en effet, selon un mécanisme traditionnel, que la preuve du fait, le droit étant censé connu du juge. Il doit le savoir, donc il le sait, il le sait en tout cas parce qu'il le dit».

2. Sur la preuve du droit étranger, voir ci-dessous, section 3.

3. On notera qu'un adage latin ne donne ouverture à cassation que si un texte de loi le consacre ou s'il constitue par ailleurs un principe général du droit (Cass., 17 mai 2001, C.99.0271.F).

4. Sur la distinction entre *negotium* et *instrumentum*, voir, par exemple, R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 79, n^o 20 *in fine* et les références citées.

5. Selon P. CHEVALLIER («Le contrôle de la Cour de cassation, sur la pertinence de l'offre de preuve», *D.*, 1956, chron., 37), «étymologiquement, la pertinence évoque une idée d'un rapport, d'une relation. Le fait pertinent est celui qui se rapporte au litige et dont la preuve est utile à l'instruction de l'affaire».

6. L'article 915 du Code judiciaire prévoit ainsi que «si une partie offre de rapporter la preuve d'un fait précis et pertinent par un ou plusieurs témoins, le juge peut autoriser cette preuve lorsqu'elle est admissible». Voir, par exemple, A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, 2^e éd., p. 365, n^o 487.

7. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 13, n^o 96 (et n^o 97 à propos des suggestions de ces auteurs quant à l'emploi des notions de fait pertinent, de fait concluant et de fait admissible).

8. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 79, n^o 21.

formulée suffit pour qu'elle soit considérée comme contestée¹. Comme telle la première de ces affirmations ne nous paraît pas exacte. A tout le moins, elle doit être nuancée et précisée²⁻³. Certes, mais c'est une chose différente, le juge peut, sans violer les règles relatives à la preuve, fonder sa conviction sur des allégations non contestées d'une des parties. La jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet est constante⁴. Ainsi, en l'absence de contestation explicite ou implicite par une partie d'un élément de fait allégué contre elle par une autre partie, le juge peut se fonder sur cette allégation et la considérer comme suffisamment établie. Mais pour autant, nous ne pensons pas que ce juge soit tenu d'en décider ainsi. En effet, sauf exception, le silence d'une partie n'implique dans son chef ni aveu, ni acquiescement, ni désistement. Du reste, la partie qui n'aurait pas contesté une allégation de la partie adverse en première instance reste fondée à élever pareille contestation en degré d'appel.

2.3 La preuve d'un *fait négatif* est, le plus souvent, malgré une certaine opinion en sens contraire, difficile à rapporter. Il en est tout spécialement ainsi lorsque l'élément à prouver ne comporte aucune antithèse. Est-ce à dire que cette difficulté justifie un renversement de la charge de la preuve? La Cour de cassation censure, à juste titre, les décisions des juges du fond qui soutiennent pareille solution qui ne trouve aucun fondement dans la loi⁵. Cette jurisprudence est toutefois fondée sur une idée d'équilibre qui imprègne d'ailleurs toute la matière de la preuve civile. Ainsi, dans son arrêt de principe du 27 février 1958⁶, la Cour de cassation se prononce en ces termes: «*Attendu que la demanderesse soutient que pareille preuve, étant la preuve de faits négatifs, est impossible [...] ;*

*Mais attendu, d'une part, que la demanderesse ne donne aucune justification de l'impossibilité ainsi alléguée*⁷;

Attendu, d'autre part, que si le juge peut légalement considérer que la preuve négative ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait

1. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 37, n° 58; R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2° éd., 1997, p. 79, n° 22; G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil, v° Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 12, n° 84 et s.: ceux-ci relèvent qu'une partie de la doctrine est fixée en sens contraire, au motif que rien ne garantit que l'absence de contestation traduise la vérité des allégations. A vrai dire, la solution que nous défendons nous paraît être la seule qui ne dénature pas les pouvoirs du juge dont le rôle, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, n'est pas purement passif.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART (*Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 37, n° 58) réserve d'ailleurs expressément le cas de fraude ou de collusion entre parties.

3. Pour sa part, P. FORIERS (« Introduction au droit de la preuve », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, II, p. 855) souligne que « l'investigation de la preuve du fait [...] est tout compte fait une étrange histoire. Nous savons, écrit-il, que tout fait, même évident, même constant, n'est pas réputé tel en droit. C'est selon ».

4. Par exemple Cass., 10 mai 2001, C.9.0355.F, www.cass.be; Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 265; comparer Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, 759; Cass., 17 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, 315: cet arrêt souligne qu'en prenant en considération une affirmation contredite d'une partie, le juge du fond, sans admettre le défaut de contestation comme une présomption dont la force probante s'impose à lui, mais appréciant une situation de fait, peut légalement en déduire la preuve du fait ainsi affirmée.

5. Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42 et note J. KIRKPATRICK (« L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs »).

6. Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 712.

7. La Cour de cassation distingue ainsi l'hypothèse dans laquelle la preuve à rapporter serait « impossible » à démontrer compte tenu des circonstances – ce qui peut concerner tous les faits qui doivent être prouvés – de la simple affirmation que la preuve porte sur un fait négatif.

affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire».

Un fait négatif pourra donc être considéré comme établi si la partie qui l'allègue en démontre la vraisemblance¹.

- 2.4 Les règles de la preuve du fait devant la Cour de cassation ont été synthétisées de manière magistrale par P. FORIERS² comme suit: «*Le fait constaté par la décision déférée à la Cour ou dans une pièce à laquelle elle peut avoir égard est réputé accompli. Le fait non constaté est réputé ne pas exister*³ [...]. La Cour de cassation ne tient pour réel que le fait constaté par le juge ou résultant des actes qui lui ont été soumis. Le seul contrôle qu'elle exerce sur ce fait est celui du respect des règles relatives à la preuve appliquées par le juge du fond pour aboutir à la conclusion que ce fait existait et, de manière plus indirecte encore, du respect des règles de la motivation formelle de la décision constatant l'existence d'un fait [...]. Les faits de la procédure au fond connaissent un régime plus complexe. Les formalités substantielles seront réputées accomplies lorsqu'elles sont constatées mais jusqu'à inscription de faux seulement. La présomption de non-accomplissement est en revanche irréfragable lorsque la formalité n'est pas constatée. Les autres faits de la procédure ne seront établis en principe que par les constatations de la décision attaquée ou des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard. Il faudra, à tout le moins, que ces constatations permettent de démontrer que l'existence du fait allégué est vraisemblable. En présence d'un doute sérieux sur l'existence d'un fait de la procédure influençant sa légalité, la Cour devrait en effet casser la décision attaquée à défaut de pouvoir exercer son contrôle sur la légalité de celle-ci [...]. En revanche, si le fait invoqué ne résulte d'aucune pièce de la procédure, il est réputé implacablement non établi [...]».

J. BORÉ⁴ explique que: «*Lorsque l'on déclare que le juge du fond est souverain pour constater les faits, cela ne veut pas dire que l'appréciation qu'il porte à cet égard soit définitive, ni discrétionnaire. D'une part cette appréciation n'est pas définitive puisque, si l'arrêt est annulé pour une cause quelconque, la juridiction de renvoi qui sera désignée rejugera entièrement le fait et le droit. D'autre part elle n'est pas discrétionnaire, car la Cour de cassation elle-même soumet les appréciations de fait des jugements à son contrôle minimum de la motivation. La souveraineté du juge du fond pour constater les faits signifie donc seulement l'incompétence de la Cour de cassation pour apprécier les preuves et réviser les constatations de fait de l'arrêt attaqué. Cette incompétence revêt d'ailleurs un double aspect: la Cour de cassation ne peut pas plus examiner de nouvelles preuves que réexaminer les preuves qui ont été soumises aux juges du fond*».

1. Sur la répartition du fardeau de la preuve et son application concrète, voir ci-dessous, chapitre 3.

2. P. FORIERS, «La preuve du fait devant la Cour de cassation», in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 123, spéc. pp. 145 à 147.

3. Sous réserve de l'hypothèse d'une procédure en inscription de faux.

4. J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997, p. 290, n° 1215.

SECTION 3. PREUVE DES RÈGLES DE DROIT

- 3.1 Les règles du droit belge ne sont pas l'objet de la preuve. Mais qu'en est-il des coutumes et usages et de la loi étrangère?

La *coutume* étant une règle de droit non écrite, caractérisée par la répétition d'actes semblables, elle ne doit pas être prouvée. L'on serait toutefois bien en peine de citer des coutumes encore en vigueur en droit civil et c'est tant mieux dans un système moderne de droit écrit. Même en matière commerciale, les coutumes ne sont pas légion, au-delà de la présomption de solidarité entre commerçants.

La loi, en particulier le Code civil¹, fait une référence aux *usages*. Le champ d'application de ceux-ci nous semble être relativement limité. D'ailleurs, contrairement à la notion de coutume qui a force de loi, l'usage ne lie les parties que si celles-ci s'y sont référées ou sont censées s'y être référées². L'existence d'un usage doit, à notre avis, être prouvée et ne peut être admise qu'avec la plus grande circonspection. Le juge prendra en considération tous moyens de preuve et, en particulier, le «*parère*», c'est-à-dire en matière commerciale, un certificat délivré par des entreprises commerciales notables ou par un groupement professionnel ou par une chambre de commerce et d'industrie. A notre avis, le juge ne pourrait pas faire application d'un usage de sa connaissance sans donner aux parties l'occasion de s'en expliquer.

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 1980³, il est établi que le juge doit connaître non seulement la loi nationale mais également la *loi étrangère*.

1. Par exemple, les articles 590 et 591 à propos des usufruits portant sur des bois, 663 à propos des clôtures, 1753 et 1754 en matière de baux. En outre et plus fondamentalement, l'article 1135 du Code civil dispose que «*les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*». L'article 1160 indique qu'«*on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées*».

2. Note R.H. sous Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, 217.

3. Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 159; R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 83, n^o 25; comparer, en droit français, G. GOUBEUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), pp. 9-10, n^o 60.

Chapitre 3

Charge de la preuve

par Fabrice MOURLON BEERNAERT¹

Plan

- Section 1^{re}. Siège de la matière – Principes
- Section 2. La pratique – L’enchaînement des preuves
- Section 3. Les effets des présomptions légales sur la charge de la preuve
- Section 4. Applications
 - § 1^{er}. Abus de droit
 - § 2. Action en répétition
 - § 3. Agence
 - § 4. Aléa
 - § 5. Architecte
 - § 6. Astreinte
 - § 7. Bail – Occupation personnelle
 - § 8. Bail – Remise en état des lieux
 - § 9. Bail – Renouvellement
 - § 10. Cas fortuit
 - § 11. Cause illicite
 - § 12. Concession de vente exclusive
 - § 13. Dol
 - § 14. Durée d’un contrat d’assurance
 - § 15. Entreprise – Devis
 - § 16. Entreprise – Travaux supplémentaires
 - § 17. Erreur
 - § 18. Exception d’inexécution
 - § 19. Facture
 - § 20. Fait négatif
 - § 21. Fonds commun de garantie automobile
 - § 22. Indemnité pour retard
 - § 23. Lésion
 - § 24. Marque
 - § 25. Nullité
 - § 26. Obligation conditionnelle
 - § 27. Obligation de délivrance dans la vente
 - § 28. Obligation de garantie d’un assureur
 - § 29. Obligation de moyen – Obligation de résultat

1. Avocat au Barreau de Bruxelles, juge suppléant au tribunal de commerce de Bruxelles et assistant à l’Université Libre de Bruxelles.

- § 30. Obligation de ne pas faire
- § 31. Paiement – Libération
- § 32. Paiement indu
- § 33. Possession
- § 34. Prescription
- § 35. Prêt – Crédit
- § 36. Responsabilité (faute civile)
- § 37. Responsabilité (faute pénale)
- § 38. Responsabilité du fait des choses
- § 39. Responsabilité du fait des animaux
- § 40. Responsabilité médicale
- § 41. Retraits et dépôts bancaires
- § 42. Testament
- § 43. Travaux – Règles de l’art
- § 44. Vol

SECTION 1^{re}. SIÈGE DE LA MATIÈRE – PRINCIPES

- 1.1 Les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire constituent la base du régime légal relatif à la charge de la preuve, c’est-à-dire à l’ordre de la preuve et au risque de la preuve.

L’article 1315 du Code civil dispose que: «*Celui qui réclame l’exécution d’une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement fait ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation*».

Cette disposition légale est directement inspirée de l’enseignement de R.J. POTHIER¹ qui, sous le sous-titre de la quatrième partie de son traité, «De la preuve tant des obligations que de leurs paiements», pose comme règles, d’une part, que «*celui qui se prétend créancier de quelqu’un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu’elle est contestée*»² et, d’autre part, «*au contraire, lorsque l’obligation est prouvée, le débiteur, qui prétend l’avoir acquittée ou qui allègue une autre libération, est obligé d’en faire la preuve*»³.

L’article 870 du Code judiciaire est une généralisation de ces règles qu’il formule ainsi: «*Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu’elle allègue*»⁴.

1. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, II, Bruxelles, Langlet, 1835, p. 204.

2. Comme l’on disait dans l’ancien temps: *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil praestet, obstinebit.*

3. *Reus in exceptione actor est. In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere.*

4. J. KIRKPATRICK («Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105) soutient que l’article 870 du Code judiciaire devrait se lire en réalité comme suit: «chacune des parties a la charge de prouver les faits qu’elle allègue dans la mesure où la charge de l’allégation de ces faits lui incombe». Il en déduit que cette disposition est inutile.

1.2 Les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire organisent donc la charge de la preuve, c'est-à-dire l'ordre dans lequel chaque partie doit rapporter la preuve des éléments qu'elle allègue. Ces dispositions règlent ainsi le «risque» de la preuve.

Le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention. La naissance du droit étant prouvée, c'est au débiteur de démontrer qu'il a exécuté son obligation ou qu'il en est libéré pour une autre cause.

Cet ordre peut être qualifié de logique. Il est conforme à la nature des choses. En effet, «dans l'ordre normal des choses, les hommes sont libres d'obligations les uns vis-à-vis des autres. C'est à celui qui invoque un fait contraire à la normale [...] qu'il incombe de prouver ses allégations»¹.

En outre, la doctrine justifie le système de l'article 1315 du Code civil par le fait de la meilleure aptitude à la preuve. Il serait ainsi plus aisé pour un créancier de prouver l'existence de sa créance que pour le prétendu débiteur de prouver qu'il n'a pas de dette².

1.3 Pour rappel, les règles relatives à la preuve ne sont, sauf exceptions³⁻⁴, ni impératives, ni d'ordre public, en sorte que les parties sont libres de conclure une convention sur la charge de la preuve⁵⁻⁶⁻⁷. Pareille convention pourrait même être tacite et résulter des conclusions des parties au cours du procès. Bien que cette hypothèse nous paraisse limitée, si ce n'est rarissime en pratique, et d'autant plus réduite que, le cas échéant, elle devrait s'interpréter selon nous comme une «renonciation»⁸. Pour éviter toute discussion inutile, la doctrine⁹ recommande, d'un point de vue pratique, que le «défendeur qui participe à l'administration de la preuve ou qui s'y voit contraint par une décision de justice [émette] en conclusions des réserves explicites aux termes desquelles il déclare ne

1. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1967, p. 730, n° 726; R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 86, n° 26.

2. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 40 et s., n° 65.

3. Ainsi, l'article 32 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs répute nulle la clause par laquelle un commerçant impose au consommateur de renoncer, en cas de conflit, à tout recours contre lui ou se verrait apporter des limites aux moyens de preuve qu'il pourrait utiliser.

4. Sur le régime applicable à la publicité commerciale en vertu de l'article 24 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs, voir R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, pp. 96-97, n° 34-1. Cet auteur relève, à juste titre, qu'en cas d'intervention du Ministre en matière de publicité, par le biais d'un avertissement mettant l'annonceur en demeure de mettre fin à sa publicité, le législateur qui impose à l'annonceur de prouver l'exactitude des données que l'autorité qualifiée de trompeuses renverse la charge de la preuve. Cet auteur relève également qu'en cas d'action par des personnes autres que le Ministre, le juge a le pouvoir de décider sur qui pèse la charge de la preuve, ce qui est inhabituel.

5. Voir *supra*.

6. Toutefois, «un aménagement conventionnel de la charge de la preuve ne saurait [...] avoir effet lorsque sont en jeu des droits dont les intéressés ne peuvent disposer» (G. GOUBEUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v° *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 21, n° 168).

7. Voir également O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY, «Validité et force probante des clauses contractuelles relatives à la preuve», in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, p. 107.

8. On rappellera que les renonciations ne se présument pas, qu'elles sont de stricte interprétation et qu'elles ne peuvent se déduire que d'éléments qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation (consulter, par exemple, A. VAN OEVELEN, «Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht», in *Algemene rechtsbeginselen*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 146).

9. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 91, n° 29; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 52, n° 87, laquelle recommande spécialement cette réserve en cas d'enquêtes.

point renoncer au bénéfice de la position favorable que lui accorde l'article 1315 du Code civil».

SECTION 2. LA PRATIQUE – L'ENCHAÎNEMENT DES PREUVES

2.1 La pratique révèle que l'*enchaînement des preuves* prévu par l'article 1315 du Code civil n'est pas toujours aussi ordonné qu'il ne paraît. Ainsi, dans la plupart des débats judiciaires et hormis le cas où la loi impose un mode précis de preuve, le défendeur ne se contente pas d'opposer au demandeur l'ordre de la preuve prévu par l'article 1315 précité, mais soumet d'emblée au juge des éléments de preuve à l'appui de sa propre thèse. Le défendeur «*sait qu'il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps*»¹.

2.2 Peut-on aller jusqu'à soutenir qu'en pratique, «*chacun aligne ses preuves*», le juge apprécie comme il entend les différents moyens de preuve qui lui sont soumis de part et d'autre par les parties au procès «*et qu'il importe peu de savoir sur qui pesait le fardeau de la preuve*»²? Assurément non.

Mais il est vrai que l'interprète a parfois difficile à distinguer dans une décision judiciaire particulière comment les différentes preuves se sont enchaînées et comment le juge les a prises en compte pour former son jugement. La Cour de cassation ne se départit toutefois pas – et à raison pensons-nous – d'une application stricte de l'article 1315 du Code civil³. Il ne faudrait pas pour autant négliger les rapports entre l'article 1315 en question et le principe d'exécution de bonne foi des conventions⁴, ainsi que l'office du juge dans la direction du procès⁵. Enfin, la Cour de cassation permet au juge du fond de se fonder sur des éléments régulièrement soumis aux débats, même s'ils n'ont pas été expressément invoqués par la partie à laquelle incombait la charge de la preuve.

2.3 Nous ne reviendrons pas ici sur le *rôle du juge* dans la direction du procès, la recherche et l'appréciation des preuves. Il suffit de renvoyer aux développements consacrés à ce sujet au § 6 de la section 3 du chapitre 1^{er} ci-avant et de rappeler que «*le fait que le juge ait ordonné des mesures propres à faire apparaître la vérité ne concerne que l'administration des preuves mais ne déplace pas ce risque potentiel*»⁶.

1. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 86, n^o 27.

2. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 86, n^o 27.

3. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 87, n^o 28.

4. Lequel, pensons-nous, devrait être transposé sous cet aspect en matière extra-contractuelle.

5. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 42, n^o 67; voir *supra*.

6. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 87, n^o 27.

2.4 Le principe d'exécution de bonne foi des conventions mérite que l'on s'y arrête, en ce qu'il comprend l'obligation pour les parties de *collaborer* dans la recherche de la preuve¹.

P. VAN OMMESLAGHE a ainsi soutenu, il y a un certain temps déjà, que «*la collaboration des parties à l'administration de la preuve s'explique par un principe général de bonne foi qui excède les limites du contrat et ne s'explique pas par la notion surannée de contrat judiciaire*»². Cet auteur ajoute que cette collaboration se justifie par la loyauté que les parties se doivent mutuellement «*et non pour 'faire plaisir' au juge*» afin de faire éclater la vérité. Nous nous demandons toutefois si, au-delà de la position de principe ainsi affirmée, il y a une réelle place pour une prétendue «loyauté» entre parties, du reste fondée sur un principe général du droit, sans pour autant que celle-ci coïncide avec la défense ou, en tout cas, la recherche de la vérité.

Ceci étant, nous pensons que, quelles que soient l'originalité et la spécificité du principe d'exécution de bonne foi des conventions, en particulier sous l'angle de la preuve, ce principe qui impose aux parties de collaborer dans la recherche de la preuve ne déroge pas, comme tel, aux règles légales relatives à la charge de la preuve et au risque de la preuve. Une chose est, en effet, de prévoir que les parties doivent se comporter de bonne foi et qu'elles ne peuvent faire obstruction dans la recherche de la vérité, fût-elle seulement – et nécessairement – judiciaire. Une autre chose est d'apprécier quelle partie doit supporter le fardeau de la preuve et, en définitive, le «risque» de la preuve, lorsque, sans qu'il puisse être reproché à une partie d'avoir méconnu le principe de bonne foi, la partie au procès à laquelle incombe la charge de la preuve ne rapporte pas cette preuve.

A défaut de s'en tenir à l'ordre de la preuve organisé par la loi, avec bien entendu le correctif du principe de bonne foi, nous sommes d'avis que la sécurité juridique, si ce n'est l'ordre des choses, s'en trouverait affectée de manière préjudiciable non seulement aux parties en procès, mais, plus généralement, à l'ordre politique, économique et social, sur lequel se fonde l'Etat (de droit).

Comme l'a affirmé la Cour de cassation de France, «*l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve*»³.

2.5 Le juge pourrait-il se contenter de la «*vraisemblance*» d'une thèse pour fonder sa décision? Il faut, en principe, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation⁴, une preuve certaine ou à tout le moins une certitude suffisante quant au fait à prouver⁵. Dans le doute, le juge écartera le moyen ou la

1. Le refus de collaborer d'une partie pourra être retenu par le juge à titre de présomption de l'homme.

2. P. VAN OMMESLAGHE, «L'exécution de bonne foi, principe général de droit?», *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s., spéc. p. 108, n° 15.

3. Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. cass.*, 1962, civ. IV, n° 105; consulter en Belgique, Cass., 10 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 410.

4. Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 237 (voir les deuxième à cinquième branches inédites); Cass., 22 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 501 : le juge ne peut admettre des présomptions de l'homme que lorsqu'elles lui apportent la certitude quant à l'existence du fait recherché qu'il déduit d'un fait connu; Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, 759; Cass., 19 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, 416; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 42, n° 65 *in fine*.

5. Sur la preuve des faits négatifs, voir *supra*.

demande qui lui sont soumis. Ce faisant, il statue et ne commet donc pas l'infraction de déni de justice, même si sa décision peut aboutir à renvoyer les parties «dos à dos».

SECTION 3. LES EFFETS DES PRÉSUMPTIONS LÉGALES SUR LA CHARGE DE LA PREUVE

3.1 La charge de la preuve peut être influencée par l'existence de *présomptions légales*. Aux termes de l'article 1352 du Code civil, «*la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe*». Cette affirmation est, en partie, trompeuse. En effet, celui qui se prévaut d'une présomption légale doit prouver les éléments qui permettent de recourir à cette présomption. La présomption légale ne dispense donc pas de toute preuve.

En outre, toutes les présomptions légales n'ont pas les mêmes effets. On distingue traditionnellement les présomptions légales «simples» ou *juris tantum* ou encore «réfragables» des présomptions légales «irréfragables» ou *juris et de jure*.

Les premières ne valent que jusqu'à preuve contraire. Il y a donc seulement un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, par exemple, il appartient aux parents d'un enfant mineur qui a commis un acte (objectivement) illicite de prouver qu'ils ont bien éduqué et surveillé leur enfant, leur faute étant présumée une fois l'acte de leur enfant démontré par celui qui s'en prétend victime. De même, la bonne foi est, en règle, présumée.

Les secondes, dit-on, ne sont susceptibles d'aucune preuve contraire. La doctrine est divisée quant à la possibilité d'opposer à ces présomptions l'aveu et le serment¹. La question gît-elle là? A vrai dire, si l'on ne peut sans doute poser le principe absolu que ces présomptions – au demeurant rares – qui empêchent, par essence, la preuve contraire sont discriminatoires et violent les articles 10 et 11 de la Constitution, nous pensons cependant que cette question doit être appréciée par rapport à chaque présomption légale irréfragable, au regard de la volonté du législateur et des principes d'égalité des Belges devant la loi et de non-discrimination².

3.2 On consultera aussi les mécanismes prévus par la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail³ et par la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination⁴.

1. Voir R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 96, n^o 34 et les références citées.

2. C. PERELMAN («La spécificité de la preuve juridique», *J.T.*, 1959, p. 662) souligne toutefois le «fondement» même de ce type de présomptions, en relevant qu'«*en fin de compte, tout ordre suppose l'existence de faits incontestables : ceux-ci peuvent être garantis par l'évidence ou par la notoriété ; ils peuvent l'être également par le pouvoir qui empêche de les contester*».

3. J.-P. CORDIER, étude du même nom, in *Questions de droit social*, Liège, Formation permanente C.U.P., vol. 56, 2002, p. 443.

4. O. DE SCHUTTER, «La loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, p. 854.

SECTION 4. APPLICATIONS

- 4.1 Nous avons montré ci-dessus que l'ordre d'enchaînement des preuves n'était, en pratique, pas aussi minutieusement et précisément réglé que la loi l'organise de manière générale. Il nous a donc paru utile, spécialement du point de vue du praticien, de nous livrer à un bref examen casuistique. Celui-ci porte sur les situations qui se présentent le plus fréquemment. Ce survol est, pour la facilité, organisé de manière alphabétique.

§ 1^{re}. *Abus de droit*

- 4.2 La meilleure doctrine fonde l'abus de droit sur les articles 1382 et 1383 du Code civil en matière extracontractuelle et sur le principe général du droit relatif à l'exécution de bonne foi des conventions. Conformément à l'ordre issu de l'article 1315 du Code civil, une fois le droit d'une partie démontré, il appartient à l'autre partie qui allègue un abus de son droit par son adversaire de démontrer cet abus. Il en est également ainsi en droit des sociétés à propos de l'*abus de majorité*¹.

§ 2. *Action en répétition*

- 4.3 Le demandeur en répétition doit prouver toutes les conditions de l'action *de in rem verso*, notamment l'absence de cause de son appauvrissement.

§ 3. *Agence*

- 4.4 Conformément à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence, il incombe à celui qui prétend être un «agent» de démontrer qu'il se trouve dans les conditions de cette loi qui vise à protéger les agents. La simple qualification formelle, différente, donnée par les parties n'empêche pas celui qui se prétend être un agent de le démontrer au moyen de tous éléments relevant de l'exécution du contrat et de la volonté réelle des parties.

1. Voir Comm. Bruxelles (réf.), 7 septembre 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 375 (ordonnance rendue à l'occasion de l'offre publique d'acquisition de BNP Paribas sur les titres de la société Cobepa).

§ 4. *Aléa*

- 4.5 Il incombe à celui qui allègue l'inexistence d'un aléa dans un contrat aléatoire – par exemple, une rente viagère – d'en rapporter la preuve¹.

§ 5. *Architecte*

- 4.6 Il appartient au maître de l'ouvrage de démontrer que l'architecte entendait fournir ses services gratuitement, de renverser la présomption de caractère onéreux du contrat d'entreprise. A cet égard, toutefois, et bien que le cumul des professions d'architecte et d'entrepreneur soit interdit de même que l'association d'un architecte et d'un entrepreneur, on sera attentif au fait qu'en pratique, il arrive souvent que l'architecte ait cause liée avec un entrepreneur et qu'il est fréquent que les «honoraires» de l'architecte soient intégrés dans la rémunération de l'entrepreneur.

§ 6. *Astreinte*

- 4.7 Si la charge de la preuve que les conditions de l'astreinte sont réunies incombe à la partie qui poursuit l'exécution de l'astreinte², aucune disposition légale ne prévoit qu'ordonner la mesure d'instruction sollicitée par cette partie impliquerait de la part du juge des saisies un renversement de la charge de la preuve qui incombe à la partie précitée³.

§ 7. *Bail – Occupation personnelle*

- 4.8 Il appartient au preneur qui prétend obtenir l'indemnité prévue à l'article 3, § 2, de la section 2 du chapitre 2 du titre VIII du livre III du Code civil de prouver que le bailleur n'a pas réalisé l'occupation dans les conditions et délais prévus par cet article⁴.

1. Liège, 8 juin 1989, *J.T.*, 1990, p. 11.

2. E. DIRIX, «Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom», in *De dwangsom*, Jura Falconis, 1999, p. 48, n° 21; K. WAGNER, *Ger. W. – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, art. 1385bis-72, n° 74 et les références citées.

3. Cass., 25 septembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 490 et la note 1 (voir Cass., 26 juin 1987, R.G. 5372, n° 653; C. jud. Benelux, aff. A82/8, *S.A. v/h Edgard Vanschoonbeek-Limbuterm c/S.P.R.L. Gebroeders Vanschoonbeek*, 14 avril 1983, *Ben. jur.*, 1983, p. 83, concl. av. gén. KRINGS; Rép. not., t. XIII, livre IV/6, «Astreinte», par J. VAN COMPERNOLLE, n^{os} 89, 90, 96, 97 et 101).

4. Cass., 20 juin 2005, C.03.0483.F, www.cass.be.

§ 8. Bail – Remise en état des lieux

- 4.9 Il appartient au bailleur qui se plaint de l'inexécution de l'obligation de remise des lieux en bon état de rapporter la preuve de l'inexécution. En acceptant les clés et en relouant l'immeuble, il s'est mis dans l'impossibilité de rapporter pareille preuve¹.

§ 9. Bail – Renouvellement

- 4.10 Celui qui invoque le renouvellement doit prouver l'existence du bail, l'accord sur le renouvellement et les conditions de celui-ci².

§ 10. Cas fortuit

- 4.11 En règle, il appartient au demandeur en indemnisation d'apporter la preuve du cas fortuit qu'il invoque pour obtenir du Fonds commun de garantie automobile réparation du dommage³.

§ 11. Cause illicite

- 4.12 Il incombe donc à celui qui poursuit la nullité d'une convention du chef de cause illicite de démontrer quelle était la cause des parties – au sens des mobiles déterminants des parties – ainsi que le caractère illicite de cette cause⁴.

§ 12. Concession de vente exclusive

- 4.13 Celui qui se prétend être le concessionnaire exclusif d'un autre et bénéficiaire de la protection de la loi du 27 juillet 1961 doit démontrer qu'il remplit toutes les conditions requises par ladite loi⁵.

1. Civ. Liège, 4 juin 1984, *J.L.*, 1984, p. 372.

2. Cass., 14 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, 156.

3. Cass., 10 février 2005, C.02.0617.F, www.cass.be.

4. Consulter mon étude : F. MOURLON BEERNAERT, « La théorie de l'objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause », *D.A.O.R.*, 2000/56, p. 358.

5. Liège, 27 avril 1989, *R.R.D.*, 1990, p. 79; P. HOLLANDER et P. KILESTE, « Examen de jurisprudence – La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992 à 1997) », *R.D.C.*, 1998, pp. 3 et s.

§ 13. *Dol*

- 4.14 Le dol ne se présume pas. Celui qui invoque avoir été victime d'un dol doit le prouver¹.

§ 14. *Durée d'un contrat d'assurance*

- 4.15 Celui qui invoque l'existence d'une dérogation à la durée d'un an du contrat de l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs est tenu de la prouver².

§ 15. *Entreprise – Devis*

- 4.16 L'entrepreneur doit prouver le caractère onéreux du devis qu'il a établi et dont il réclame le paiement, dès lors qu'en règle, pareil devis est gratuit³.

§ 16. *Entreprise – Travaux supplémentaires*

- 4.17 Renverse la charge de la preuve et doit être cassée la décision du juge du fond qui condamne le maître de l'ouvrage au paiement de factures relatives à des travaux supplémentaires dont la réalité n'est pas contestée, au motif que le maître de l'ouvrage qui allègue qu'une partie de ces travaux ont été commandés par un tiers et non par lui ne rapporte pas la preuve de l'importance des travaux commandés par le tiers⁴.

Dans le même ordre d'idées, il est généralement admis que le garagiste qui réclame le paiement du coût des réparations doit prouver l'accord de son client relatif auxdites réparations⁵.

§ 17. *Erreur*

- 4.18 Celui qui invoque l'erreur doit la prouver. Ayant posé un acte juridique et donc, *volens nolens*, modifié l'ordre juridique, cette personne doit, pour se libérer de ses engagements, démontrer l'erreur dans laquelle elle aurait versé.

1. On sera attentif à la présomption de bonne foi. A propos de la réticence dolosive, on consultera avec grand intérêt l'étude de J.-P. MASSON, «Les fourberies silencieuses», *R.C.J.B.*, 1979, p. 527.

2. Cass., 16 janvier 2002, P.01.1190.F.,

3. Liège, 6 octobre 1988, *J.T.*, 1989, p. 9.

4. Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1222.

5. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 62, n° 102-18°.

§ 18. Exception d'inexécution

- 4.19 Lorsque, dans un contrat synallagmatique, la partie assignée en dommages et intérêts pour inexécution de ses obligations oppose au demandeur que celui-ci n'a pas exécuté ses propres obligations, la charge de la preuve de cette exception incombe au défendeur¹.

En raison de l'interdépendance des obligations réciproques des parties dans un contrat synallagmatique, la partie à un tel contrat qui demande l'exécution des obligations incombant à l'autre partie à la suite de l'exécution de ses propres obligations, doit établir qu'elle a rempli ou offert de remplir celles-ci².

§ 19. Facture

- 4.20 Le vendeur qui fonde sa demande en paiement sur l'acceptation tacite de factures, déduite du défaut de protestation en temps utile de ces factures, est tenu d'apporter la preuve de la date à laquelle le destinataire a reçu ces factures. En cas de contestation de cette date, le juge ne peut, sans violer les dispositions légales en matière de preuve, justifier la décision que les factures ont été reçues peu après la date des factures par la seule considération qu'il n'est pas prouvé que les factures n'ont pas été envoyées à cette date à l'acquéreur³.

§ 20. Fait négatif

- 4.21 Sauf cas d'impossibilité⁴ à rapporter telle preuve, on admet qu'un fait négatif pourra donc être considéré comme établi si la partie qui l'allègue en démontre la vraisemblance, mais permettant d'aboutir à une certitude suffisante pour adjuger une prétention ou la rejeter. Par son arrêt du 27 février 1958⁵, la Cour de cassation s'est prononcée en ces termes: «*Attendu que la demanderesse soutient que pareille preuve, étant la preuve de faits négatifs, est impossible [...]; Mais attendu, d'une part, que la demanderesse ne donne aucune justification de l'impossibilité ainsi alléguée;*»
- Attendu, d'autre part, que si le juge peut légalement considérer que la preuve négative ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait*

1. Cass., 24 avril 1947, *Pas.*, 1947, I, 174; J. KIRKPATRICK, «Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 113, n° 14, qui critique la solution.

2. Cass., 25 juin 2004, C.03.0326.F, www.cass.be.

3. Cass., 16 novembre 2003, C.01.0600.N, www.cass.be; Cass., 8 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, n° 135 et les références citées dans la note 1.

4. La Cour de cassation distingue ainsi l'hypothèse dans laquelle la preuve à rapporter serait «impossible» à démontrer compte tenu des circonstances – ce qui peut concerner tous les faits qui doivent être prouvés – de la simple affirmation que la preuve porte sur un fait négatif.

5. Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 712.

affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire»¹.

§ 21. Fonds commun de garantie automobile²

- 4.22 Il incombe au Fonds commun de garantie automobile qui prétend n'être pas tenu envers le détenteur du véhicule, de prouver que ce dernier savait que la responsabilité civile à laquelle le véhicule peut donner lieu n'était pas régulièrement couverte³.

§ 22. Indemnité pour retard

- 4.23 Lorsqu'une sanction «de plein droit» a été prévue en cas de retard dans l'exécution d'une convention, le créancier contractuel n'est pas tenu d'apporter la preuve du fait que le retard résulte du manquement du débiteur⁴.

§ 23. Lésion

- 4.24 Celui qui entend se prévaloir d'une lésion doit le prouver⁵.

§ 24. Marque

- 4.25 Lorsque, en vertu de son droit exclusif, le titulaire d'une marque, conformément à l'article 13.A.1 de la loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 sur les marques de produits et dans les limites de cet article, s'oppose à l'usage de la marque, la personne qui fait l'objet de l'opposition du titulaire de la marque et invoque l'épuisement est tenue d'en apporter la preuve⁶.

1. C. PERELMAN («La spécificité de la preuve juridique», *J.T.*, 1959, p. 662) rappelle que, selon Descartes, «les actions de la vie ne souffrant souvent aucun délai, c'est une vérité très certaine que, lorsqu'il n'est pas en notre pouvoir de discerner les plus vraies opinions, nous devons suivre les plus probables».

2. Voir aussi le paragraphe consacré au «cas de force majeure» ci-dessus.

3. Cass., 4 novembre 2004, C.02.0533.F, www.cass.be; Cass., 2 avril 2004, C.02.0030.F, www.cass.be; Cass., 18 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 42; Cass., 7 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 344.

4. Cass., 23 février 2001, C.98.0447.N, www.cass.be; Cass., 20 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 207.

5. Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 703. Dans cette affaire, un marchand de porcs et engraisseur de porcelets soutenait avoir été victime d'une lésion de la part d'une importante banque du pays, en ce qui concerne le type de crédit qui lui avait été consenti et le taux d'intérêt qui avait été appliqué à ce crédit.

6. Cass., 6 juin 2003, C.01.0503.N, www.cass.be (voir loi uniforme Benelux du 19 mars 1962, art. 13.A.9 (ancien A.8), tel qu'il a été numéroté à nouveau par l'article 1^{er}, I, du protocole du 7 août 1996, approuvé par la loi du 3 juin 1999, *M.B.*, 26 octobre 1999).

§ 25. Nullité

- 4.26 Il appartient bien entendu à celui qui se prévaut d'une cause de nullité d'en rapporter la preuve¹.

§ 26. Obligation conditionnelle

- 4.27 Celui qui postule l'exécution d'une obligation conditionnelle doit démontrer la réalisation de la condition².

§ 27. Obligation de délivrance dans la vente

- 4.28 L'acheteur qui agit en restitution du prix en invoquant la non-conformité de la marchandise doit en rapporter la preuve, pense-t-on pouvoir soutenir.

Il existe en cette matière une vive controverse en doctrine et en jurisprudence quant à la charge de la preuve, selon différentes hypothèses envisagées³. La solution que propose N. VERHEYDEN-JEANMART⁴ pour concilier les diverses opinions émises nous semble concorder parfaitement avec le régime légal de la preuve et celui de la vente: «*Le vendeur qui assigne en paiement du prix doit prouver tous les éléments générateurs de son droit et, notamment, qu'il a offert de livrer une chose conforme et il devra maintenir cette offre. En effet, le droit au prix est subordonné, compte tenu du caractère synallagmatique du contrat de vente, à l'exigence de conformité. L'acheteur qui assigne en délivrance des marchandises devra établir qu'il a été convenu qu'elles seraient de telle espèce et de telle qualité et, toujours, compte tenu du caractère synallagmatique, on se trouve en présence d'hypothèses où une inexécution totale est envisagée et les solutions préconisées sont en concordance avec l'article 1315 du Code civil. Lorsqu'une partie à un contrat se plaint non plus de l'inexécution totale mais d'une exécution défectueuse, il appartient au créancier de l'obligation qui a été incorrectement exécutée de rapporter la preuve du défaut annoncé. Dès lors, l'acheteur auquel la chose a été livrée et qui entend se soustraire à l'obligation de payer le prix devra rapporter la preuve du défaut de conformité. Toujours dans la même hypothèse – livraison d'une chose prétendument non conforme –, le vendeur qui assigne en paiement du prix n'a d'autre preuve à rapporter que celle de la vente, la livraison résultant à suffisance du défaut de conformité invoqué par*

1. Voir, en matière d'assurance, Cass., 3 novembre 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 204.

2. Cass., 26 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 396; Cass., 18 février 1926, *Pas.*, 1926, I, 255; J. KIRKPATRICK, «*Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge*», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 113, n° 13.

3. Pour un résumé de ces controverses, voir R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, pp. 88-89, n° 28, d. Voir spécialement P. COPPENS, note sous Liège, 19 janvier 1949, *J.L.*, 1949, p. 56; J. HEENEN, «*Preuve de la conformité des marchandises vendues*», *R.C.J.B.*, 1952, p. 207.

4. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 91 et s., n°s 162 et s.

*l'acheteur*¹. La charge de la preuve qui incombe à l'acheteur sera identique si celui-ci, après livraison d'une chose non conforme, postule la résolution de la vente».

En résumé, l'acheteur qui reçoit livraison de la marchandise sans opposition de sa part est tenu de prouver le défaut de conformité. En revanche, si l'acheteur refuse la livraison, la charge de la preuve de la conformité incombe au vendeur.

§ 28. Obligation de garantie d'un assureur

4.29 En matière d'assurance, l'assuré qui entend obtenir la prestation promise par l'assureur doit prouver l'existence d'un sinistre couvert par le contrat d'assurance. Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1995², ce n'est pas à l'assureur qui entend se prévaloir d'une clause d'exclusion, d'en rapporter la preuve. L'assuré devra également démontrer que le risque qui s'est réalisé n'était pas exclu par le contrat d'assurance.

Cette jurisprudence³ paraît critiquable d'un point de vue tant juridique que social. En effet, même si elle semble techniquement exacte, une autre solution est tout aussi justifiable et plus conforme à la volonté des parties et à l'intérêt social. Ainsi, sauf l'hypothèse où les parties auraient décidé de déroger aux règles relatives à la charge de la preuve et que le contrat d'assurance pourrait être interprété comme imposant à l'assuré de démontrer non seulement l'existence du sinistre et de la couverture d'assurance, mais également qu'une exception (ou une exclusion) pouvant être opposée par l'assureur n'était pas présente en l'espèce, cette jurisprudence alourdit, sans raison, la preuve à rapporter par un assuré et risque d'aboutir à ce que le contrat d'assurance soit privé d'effet (utile). Telle n'est au demeurant certainement pas l'intention qui a animé le législateur de 1992 lorsqu'il a adopté la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

Enfin, cette jurisprudence apparaît contraire à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, selon laquelle il incombe à l'assureur de démontrer les éléments de fait qui permettent d'exclure sa garantie⁴.

1. Et sous réserve que la contestation porte sur la quantité livrée.

2. Cass., 5 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, 19; consulter, à ce sujet, l'étude de H. DE RODE, «La charge de la preuve en matière d'assurance – L'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1995 et ses conséquences», in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, pp. 5 et s.

3. Que l'on retrouve également en France. Voir G. GOUBEUX et P. BIHR, *Répertoire de droit civil*, v^o *Preuve*, Paris, Dalloz, 1979 (et mises à jour), p. 17, n^o 135. Encore faut-il distinguer entre une cause d'exclusion de la garantie et une déchéance de la couverture d'assurance. Dans ce dernier cas, il est affirmé que la charge de la preuve de la cause de déchéance incombe à l'assureur.

4. C.J.C.E., 22 septembre 1983, *R.G.A.R.*, 1985, n^o 10.859; H. MINJAUW, «Bewijslast en bewijsrisico», in *BHVR – Verbintenissenrecht*, Anvers, Kluwer, VI.2-5, n^o 5109. Dans cette affaire, soumise à la Cour de justice, un fonctionnaire européen étant en cause, il a été décidé que dès lors qu'il n'a pas été établi avec certitude que le pilote d'un avion privé a ou non commis un ou plusieurs actes faisant preuve d'imprudence au cours du vol qui s'est terminé par un accident mortel, il incombe à la compagnie d'assurance de prouver que les circonstances de fait permettent de faire application d'une des clauses d'exclusion de responsabilité, spécialement de la disposition excluant de l'assurance les conséquences d'un acte notoirement téméraire.

- 4.30 La jurisprudence de la Cour de cassation a subi depuis lors de nouvelles évolutions. J. KIRKPATRICK souligne à juste titre que «*dans le cas où l'assureur incendie décline sa garantie pour le motif que l'incendie a été causé par le fait intentionnel de l'assuré, il paraît incohérent de décider que la charge de la preuve incombe à l'assureur ou à l'assuré selon que l'assureur fonde sa défense sur l'article 16 de la loi de 1874 (arrêts du 7 juin 2001 et 18 janvier 2002) ou sur une clause du contrat qui exclut de la garantie le fait intentionnel (arrêt du 25 février 2000)*»¹.
- 4.31 Par son arrêt du 25 février 2000, la Cour de cassation avait décidé que l'assuré qui fait valoir à l'égard de son assureur le droit à un paiement doit non seulement apporter la preuve du dommage et de l'événement qui y a donné lieu mais aussi établir que le risque réalisé était celui prévu par le contrat et non exclu par celui-ci.
- 4.32 Le 7 juin 2001, la Cour de cassation décidait, à propos de l'article 16 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances terrestres, que l'assureur, qui prétend être déchargé de sa garantie à l'égard de son assuré parce que ce dernier aurait commis un fait intentionnel qui le prive du bénéfice de l'assurance, a la charge de le prouver.
- 4.33 Le 18 janvier 2002, la Cour de cassation statuait dans le même sens que celui de son arrêt du 7 juin 2001, mais cette fois à propos de l'article 8 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres.
- 4.34 Par un arrêt subséquent du 7 juin 2002, la Cour a décidé que c'est à l'assureur qu'il incombe d'établir qu'il remplit toutes les conditions qui lui permettent d'exercer l'action récursoire. Il n'appartient dès lors pas à l'assuré, qui invoque que l'assureur est déchu du droit de recours, de prouver que l'assureur ne lui a pas notifié son intention d'exercer le recours aussitôt qu'il a eu connaissance des faits justifiant sa décision².
- 4.35 Le 2 avril 2004, statuant conformément aux conclusions de M. l'avocat général DE RIEMAECKER³, la Cour de cassation a une nouvelle fois répété l'enseignement résultant de son arrêt précité du 7 juin 2001⁴.
- 4.36 Par un arrêt du 19 mai 2005, la Cour de cassation a répété qu'il incombe à l'assureur, qui prétend être déchargé de la garantie, de prouver que l'assuré a commis un fait intentionnel qui le prive du bénéfice de l'assurance⁵.

1. J. KIRKPATRICK, «*Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge*», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 118, n° 18; Cass., 18 janvier 2002, C.00.0260.F, www.cass.be; Cass., 7 juin 2001, C.98.0478.F – C.98.0492, www.cass.be; Cass., 25 février 2000, *Pas.*, I, n° 143.

2. C.01.0177.F, www.cass.be; cons. également Cass., 12 octobre 2000, *Pas.*, I, n° 546.

3. Dans le même sens, le rapport annuel 2000-2001 de la Cour de cassation, en page 64, indique que l'arrêt du 7 juin 2001 «*rompt avec le raisonnement dichotomique qui consiste à opposer cause d'exclusion et cause de déchéance, pour lui substituer des règles sûres s'appuyant sur l'article 1315 du Code civil*».

4. C.02.0030.F, www.cass.be.

5. C.03.0103.F, www.cass.be; Cass., 2 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, n° 178, et les conclusions de M. l'avocat général DE RIEMAECKER.

- 4.37 Un arrêt du 17 novembre 2005, dont seul le sommaire est actuellement disponible, semble cependant à nouveau compliquer la situation. La Cour décide que l'assuré qui fait valoir à l'égard de son assureur le droit au paiement doit en principe non seulement apporter la preuve du dommage, mais aussi de l'événement qui y a donné lieu et doit établir que le risque réalisé était prévu par le contrat et non exclu par celui-ci. La Cour précise cependant que lorsque le juge constate que l'assureur a admis être tenu à garantie et a renoncé à son droit de refuser la garantie sur la base de la police et des dispositions légales, l'assuré n'est plus tenu d'établir que le sinistre est prévu par le contrat d'assurance et qu'il n'est pas exclu par celui-ci¹.

§ 29. *Obligation de moyen – Obligation de résultat*

- 4.38 Il n'est pas toujours aisé de distinguer une obligation de moyen d'une obligation de résultat².
 S'il s'agit d'une obligation de moyen, le créancier doit démontrer la négligence ou l'imprudence de son débiteur.
 S'il s'agit d'une obligation de résultat, le créancier doit seulement prouver que l'obligation en question existe et que le résultat promis n'a pas été atteint. Il appartiendra alors au débiteur de prouver une cause étrangère, pour échapper à sa responsabilité. Cette règle est aussi applicable lorsque l'inexécution de l'obligation est imputable à un vice de la chose que le débiteur a sous sa garde³.
- 4.39 Concernant l'action en dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation de résultat, J. KIRKPATRICK enseigne que: «*si l'on admet que le débiteur assigné en dommages et intérêts pour inexécution doit, en règle, prouver qu'il a exécuté son obligation ou qu'il en a été empêché par force majeure, il faut admettre, avec la plupart des auteurs qui défendent cette thèse, que, par dérogation à la règle, le créancier qui réclame des dommages et intérêts doit prouver l'inexécution qu'il allègue dans trois cas: si l'obligation est de ne pas faire; si l'obligation est de moyen; si le créancier se plaint, non de l'inexécution totale d'une obligation de résultat, mais d'une exécution défectueuse*»⁴.

1. Cass., 17 novembre 2005, C.04.0477.N, www.cass.be, sommaire uniquement disponible au 5 avril 2006, se référant à Cass., 25 février 2000, RG C.98.0511.F, n° 143.
 2. Comparer Cass., 17 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, 459; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, pp. 125 et s., n° 105.
 3. Cass., 18 octobre 2001, C.99.0021.N, www.cass.be.
 4. J. KIRKPATRICK, «Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 112, n° 11; cons. également Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 46 et la note du même auteur; Cass., 28 décembre 1911, *Pas.*, 1912, I, p. 58.

§ 30. *Obligation de ne pas faire*

- 4.40 Le créancier d'une obligation de ne pas faire doit seulement démontrer l'existence de cette obligation et le fait que le débiteur a commis l'acte qu'il s'était engagé à ne pas poser¹.

§ 31. *Paiement – Libération*

- 4.41 Ne viole pas les règles relatives à la charge de la preuve, l'arrêt qui charge le débiteur se prétendant libéré de l'exécution de son obligation de la preuve du fait qui a entraîné l'extinction de son obligation².

§ 32. *Paiement indu*

- 4.42 Le jugement qui considère que le mode de répartition des consommations d'eau, en fonction de la superficie, n'est conforme ni au contrat de bail ni à la législation, ne justifie pas légalement sa décision de déclarer non fondée la demande du preneur en remboursement des sommes versées pour ses consommations d'eau au motif qu'il lui appartient de démontrer le caractère indu des montants payés sans réserve de sa part³.

§ 33. *Possession*

- 4.43 Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, il appartient à celui qui allègue qu'une possession est viciée d'en faire la preuve⁴.

Par ailleurs, en cas de dépossesion involontaire de titres au porteur, il appartient à l'opposant qui se prétend dépossédé de prouver la vraisemblance de sa possession et de sa dépossesion⁵.

1. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 80-81, n^{os} 136 et s.

2. Cass., 26 janvier 2001, C.99.0211.N, www.cass.be ; Cass., 26 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, n^o 195.

3. Cass., 28 avril 2005, C.04.0134.F, www.cass.be ; Cass., 16 mai 2002, C.99.0555.N, *Pas.*, 2002, I, n^o 300.

4. Cass., 16 février 1998, *Pas.*, 1998, I, 91 ; Cass., 9 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 609 ; Cass., 20 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 441 ; Cass., 3 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 144 ; Cass., 14 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 171 ; Cass., 4 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 205 ; Cass., 25 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, 112 ; J. HANSENNE, « Examen de jurisprudence (1982-1988) – Les biens », *R.C.J.B.*, 1990, p. 306, n^o 16 ; B. CAPELLE, « Preuve dans le procès civil relatif à un meuble corporel et don manuel », *R.G.D.C.*, 1991, p. 13 (et p. 303), n^{os} 17 à 20.

5. Bruxelles, 15 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1157.

§ 34. *Prescription*

- 4.44 La partie qui allègue que le droit de passage sur un chemin vicinal dont le sol lui appartient s'est éteint par l'effet du défaut d'usage public de ce chemin pendant un certain laps de temps, a la charge de prouver ce fait¹.

§ 35. *Prêt – Crédit*

- 4.45 Le juge qui constate que la preuve d'un prêt allégué par le défendeur n'est pas rapportée, ne renverse pas la charge de la preuve au profit du demandeur².
- 4.46 Il ne suffit pas de rapporter la preuve d'un transfert de fonds, laquelle peut trouver sa cause dans des opérations diverses. Il appartient donc au créancier de démontrer non seulement la remise des fonds mais également l'existence du prêt³.
- 4.47 Le prêteur de crédit est tenu d'examiner les renseignements relatifs à la situation financière et aux facultés de remboursement du consommateur qui fait la demande d'un contrat de crédit. Le consommateur a la charge de la preuve de ce que le prêteur de crédit est resté en défaut, sous réserve de l'obligation du prêteur de crédit de participer, dans les limites légalement déterminées, à l'offre de la preuve⁴.

§ 36. *Responsabilité (faute civile)*

- 4.48 Le demandeur en réparation doit, en règle, démontrer la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage⁵⁻⁶.

Ainsi, par exemple, c'est au patient qui reproche une faute à son médecin de rapporter la preuve de cette erreur médicale.

1. Cass., 28 octobre 2004, C.02.0109.F, www.cass.be.

2. Cass., 12 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 545.

3. Cass., 14 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 307.

4. Cass., 10 décembre 2004, C.03.0143.N, www.cass.be; A.D. BOONE, «La loi relative au crédit à la consommation et ses lois périphériques», in G.A. DAL (éd.), *Le crédit à la consommation*, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 1997, n° 31; D. BLOMMAERT et F. NICHELS, «Kroniek van het consumentenkrediet (1995-1998)», *T.B.H.*, 200, (90) n° 23; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet – De Wet van 12 juni 1991*, Kluwer, 1993, n° 83bis; E. WYMEERSCH, M. DAMBRE et K. TROCH, «Overzicht van rechtspraak – Privaat bankrecht 1992-1998», *T.P.R.*, 1999, (1779) n° 83.

5. Par exemple Cass., 13 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, 917.

6. Pour une analyse détaillée du point de vue de la preuve, voir N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 69 et s., n°s 109 et s.; pour le surplus, on se reportera aux études relatives au droit de la responsabilité.

Il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé. Ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé¹.

§ 37. Responsabilité (faute pénale)

- 4.49 Lorsqu'une action en justice est fondée sur une infraction à la loi pénale, il appartient au demandeur en réparation de prouver tous les éléments constitutifs de cette infraction, l'imputabilité de ladite infraction au prévenu et, le cas échéant, l'inexistence de la cause de justification alléguée par ce dernier, pour autant que cette allégation ne soit pas dénuée de tout élément permettant de lui accorder crédit².

§ 38. Responsabilité du fait des choses

- 4.50 Celui qui se prévaut de la responsabilité du fait des choses doit rapporter la preuve du vice de la chose et du lien de causalité entre ce vice et le dommage qu'il prétend avoir subi³.

§ 39. Responsabilité du fait des animaux

- 4.51 Celui qui, propriétaire ou gardien d'un animal, entend échapper à la responsabilité qui lui incombe en vertu de l'article 1385 du Code civil doit prouver que sa responsabilité est exclue par la faute de la victime ou que le dommage est la conséquence d'une cause étrangère⁴.

§ 40. Responsabilité médicale

- 4.52 J.-L. FAGNART⁵ a souligné que «*la charge de la preuve suscite ainsi des difficultés variables suivant que le patient reproche au médecin un manquement*

1. Cass., 12 octobre 2005, P.050262.F, www.cass.be; Cass., 1^{er} avril 2004, C.01.0211.F-C.01.0217.F, *Pas.*, 2004, I, n° 174, avec les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN.

2. Par exemple Cass., 2 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 154; Cass., 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 261; Cass., 12 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1381; Cass., 22 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 1195; Cass., 1^{er} février 1995, *Pas.*, 1995, I, 114; Cass., 3 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, 1208 et note signée E.L.; R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Swinnen, 1988, pp. 13 et s.

3. Cass., 17 janvier 1985, *Pas.*, 1985, I, 568; Cass., 28 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 139; Cass., 11 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, 765; Cass., 15 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, 1186.

4. Cass., 16 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 54; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 623.

5. J.-L. FAGNART, «Charge de la preuve et responsabilité médicale», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 91 et s.

aux devoirs de la technique ou aux devoirs de l'information». Il a également mis en évidence l'importance en cette matière de la preuve par vraisemblance, tout en affirmant que, conformément aux principes de la preuve, «le juge doit écarter toutes les allégations qui restent au niveau de simples conjectures».

§ 41. Retraits et dépôts bancaires

- 4.53 En droit commun, lors d'un retrait de fonds à un distributeur automatique, la banque supporte la charge de la preuve¹. Les banques ont donc fait souscrire des clauses dérogatoires à leurs clients qui seront peut-être prochainement déclarées nulles comme étant «abusives».

C'est l'inverse en cas de dépôt, par exemple à un coffre de nuit.

§ 42. Testament

- 4.54 Lorsqu'un héritier légitime invoque un testament olographe révoquant un testament authentique antérieur et que les légataires universels ou particuliers désignés dans le testament authentique déclarent ne pas connaître la signature de leur auteur, la charge et le risque de la preuve relative à l'authenticité du testament olographe incombent à l'héritier légitime².

Par ailleurs, selon un arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 2003, ne crée pas une présomption légale et ne se fonde pas sur une telle présomption, l'arrêt qui considère, en s'appuyant sur la doctrine, que les ratures sont présumées avoir été effectuées lors de la rédaction du testament jusqu'à preuve du contraire et être l'œuvre du testateur³.

1. D. MOUGENOT, «Droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives», in *Droit de la preuve*, C.U.P., 1997, p. 94.

2. Cass., 19 janvier 2001, C.98.0400.N, www.cass.be, avec les conclusions de M. l'avocat général BRESSE-LEERS.

3. C.01.0523.F, www.cass.be; la note sous cet arrêt précise que: L'enseignement doctrinal auquel se réfère l'arrêt attaqué et qui considère que les ratures sont présumées être concomitantes au testament s'inscrit notamment dans les difficultés relatives à la charge de la preuve dans le contexte particulier du testament olographe (R. PIRET, «La destruction, lacération ou cancellation d'un testament et l'application de l'art. 1348 du Code civil», *R.C.J.B.*, 1954, p. 287; H. JACOBS, «Les testaments – Forme», *Rép. not.*, t. III, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 81; *R.P.D.B.*, v^o Donations et testaments, n^o 820; A. KLUYSKENS, «Beginnelsen van burgerlijk recht», t. III, Gand, Standaard, 1947, p. 273). Certains auteurs considèrent par ailleurs qu'à côté des présomptions instituées par la loi, qui n'existent qu'en présence d'un texte légal, il existe aussi des présomptions «quasi légales» instituées par la jurisprudence, telles que par exemple la présomption de connaissance des vices cachés qui pèse sur le vendeur professionnel (D. MOUGENOT, *Rép. not.*, 2002, t. IV, «Les obligations», livre II, «La preuve», qui renvoie à cet égard à l'enseignement de H. DE PAGE). Henri DE PAGE (*Traité*, t. III, n^o 925) considère que si le juge ne peut élever des présomptions de l'homme au rang de présomptions légales, il peut, par contre, face à des difficultés de rapporter la preuve, recourir au mécanisme de la présomption dans certains cas. Ainsi, le débiteur auquel le titre a été remis devrait normalement, sur la base de l'article 1315 du Code civil, prouver toutes les conditions requise pour que la présomption de libération joue, et notamment le caractère volontaire de la remise du titre. Cet auteur admet à cet effet que la jurisprudence considère à bon escient que la preuve de la remise du titre suffit car le caractère volontaire de la remise en découlerait. Il ne serait question dans ce cas que d'une présomption *iuris tantum* qui permet la preuve contraire. Cette approche est partagée par N. VERHEYDEN-JEANMART (*Le droit de la preuve*, 1991, p. 103) laquelle considère que si le juge ne dispose pas du pouvoir d'élever au rang de présomption légale des présomptions de l'homme, cette approche relève davantage d'un problème relatif à la charge de la preuve qu'il faudra résoudre en ayant notamment égard aux exigences relatives à l'aptitude à la preuve.

§ 43. *Travaux – Règles de l’art*

- 4.55 Selon l’arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2003, ne méconnaît pas la nature de l’obligation invoquée et ne déplace par le fardeau de la preuve l’arrêt qui considère que c’est au maître de l’ouvrage, qui a invoqué le bénéfice de l’article 43 de l’arrêté ministériel du 10 août 1977, établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de prouver que les conditions d’application de cet article sont remplies¹.

§ 44. *Vol*

- 4.56 Il appartient à l’assuré d’établir, par tous moyens de preuve admissibles, la réalité du vol dont il se prétend victime².

1. C.01.0440.F, www.cass.be.

2. Cass., 10 avril 2003, C.02.0213.F, www.cass.be; Cass., 10 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 236.