

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle

Mougenot, Dominique

Published in:

Le juge et le contrat

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2014, La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien. dans *Le juge et le contrat*. Groupe de recherche en droit des obligations, numéro 5, La Chartre, Bruxelles, pp. 409-427.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

X. La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien

Dominique Mougenot

Juge au Tribunal de commerce de Mons-Charleroi

Maître de conférences invité à l'UNamur et à l'UCL

INTRODUCTION

1. Une question délicate. Comme notre système judiciaire permet rarement d'avoir une idée complète et fiable du déroulement des faits d'un dossier, l'application des règles relatives à la charge de la preuve est très fréquente, soit pour trancher certains points intermédiaires dans le raisonnement du juge, soit pour emporter la décision finale. L'utilisation de ces règles est tellement habituelle qu'elle en devient presque machinale et peut passer inaperçue. On ne compte plus le nombre de fois qu'un juge déclare « il n'est pas établi que... » ou « les pièces auxquelles le tribunal peut avoir égard ne démontrent pas que... » dans la motivation de la décision.

Ce corps de règles est donc déterminant dans le travail quotidien du juge.

Et pourtant, la détermination de la charge de la preuve est tout sauf simple. Derrière l'apparente évidence des règles figurant aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire se cache une jurisprudence complexe et nuancée, qui défie tout effort de classification et de rationalisation. Comme nous le verrons, l'examen de la jurisprudence relative à la responsabilité contractuelle n'échappe pas à ce constat.

Le résultat de ces imprécisions est que, bien souvent, le juge se trouvera face à plusieurs solutions possibles, entre lesquelles il devra choisir. Sur le plan de l'efficacité des règles relatives à la charge de la preuve, c'est un échec. Le but premier de ces règles est de désigner la partie qui succombe, en cas d'obscurité du dossier. Si elles ne permettent pas de déterminer sans hésitation la partie qui supporte la charge de la preuve, elles perdent de leur utilité. Mais, indirectement, ces imprécisions accordent au juge un pouvoir d'appréciation assez étendu. Les règles relatives à la charge de la preuve deviennent alors un instrument de pouvoir, pour asseoir la politique du juge en matière contractuelle. Comme le dit J. Devèze, la recherche d'une théorie générale de la charge de la preuve est vaine, parce que l'attribution du risque de la preuve est en réalité un puissant instrument de poli-

tique juridique¹. De ce fait, le législateur et la jurisprudence ont orienté de manière très pragmatique la détermination de la charge de la preuve afin de l'adapter aux finalités qu'ils poursuivent : la sécurité juridique, la protection de la partie faible... plus largement, la réalisation de la Justice et l'organisation des rapports sociaux en fonction du Droit. Ceci explique la grande diversité des solutions de fait, parfois divergentes et peu rationnelles sur un plan théorique, puisque les finalités recherchées peuvent varier fortement d'un cas d'espèce à l'autre. L'auteur relève qu'il est plus facile de jouer sur la détermination de la charge de la preuve que sur la règle de droit elle-même. En adaptant le risque de la preuve, on ne touche pas aux règles de droit substantiel mais on peut faciliter considérablement leur mise en œuvre. Les incertitudes dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'exception d'inexécution, qui seront examinées dans la suite de cette étude, sont probablement l'illustration de cette réflexion.

2. Plan de l'article. Le présent article commencera par un rappel des concepts de base de charge de la preuve et d'administration de la preuve, afin d'éviter d'éventuelles confusions qui pourraient obscurcir le raisonnement. Ensuite j'examinerai la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la charge de la preuve de l'exception d'inexécution. Ces décisions présentent des contradictions apparentes, qui illustrent les difficultés de cette matière. C'est à ce stade qu'apparaît la distinction entre obligation totalement ou partiellement inexécutée. Celle-ci peut servir d'outil pour remédier à ces contradictions. Enfin, je montrerai comment cette distinction a également été appliquée en matière de preuve du défaut de conformité dans la vente et d'obligations de résultat.

TITRE I. RAPPEL DES CONCEPTS DE BASE : ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET CHARGE DE LA PREUVE

Section 1. L'administration de la preuve

3. Définition de l'administration de la preuve. Si l'article 870 C. jud. impose à toute partie qui allègue un fait d'en rapporter la preuve, l'article 871 énonce un autre principe : celui de la collaboration des parties à l'administration de la preuve. Aucune des parties ne peut se retrancher derrière le fait qu'elle ne supporte pas la charge de la preuve pour refuser de produire les éléments de preuve dont elle dispose et qui sont utiles pour la solution du litige. Ce devoir de collaboration est d'autant plus intense que la partie concernée détient la majorité, voire la totalité des éléments de preuve pertinents. Dans ce cas, l'autre partie est dans l'impossibilité de prouver les faits qu'elle invoque puisque les preuves utiles sont dans les mains de son adversaire. Elle se trouve dans une situation que la doctrine appelle le « besoin de preuve » (*bewijsnood*)². La collaboration des parties à l'ad-

ministration de la preuve est alors le moyen de rétablir l'équilibre entre elles sur le plan probatoire. Les articles 877 et suivants, qui mettent en place la procédure de production de documents, sont une illustration particulière de ce principe général. L'idée qu'il existe un devoir de collaboration à l'administration de la preuve est admise par la majorité de la doctrine³.

Une minorité d'auteurs critique cette affirmation. Ils relèvent qu'il n'existe, dans la loi, aucun devoir explicite pour les parties de collaborer entre elles à l'administration de la preuve. Tout au plus, doivent-elles collaborer avec le juge à l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par celui-ci. Mais il n'y a, selon ces auteurs, aucune obligation pour les parties de fournir les éléments de preuve qu'elles détiennent, si elles ne supportent pas la charge de la preuve et si le juge n'a pris aucune initiative particulière⁴.

van het bewijs in rechte », in *Gerechtigd recht*, Formation permanente Themis, n° 59, Bruges, la Chartre, 2010, pp. 35 et s., n° 7.

³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 348 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », in *Gerechtigd recht*, Formation permanente Themis, n° 59, Bruges, la Chartre, 2010, pp. 35 et s., n° 7 ; A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008 : geruisloze overgang van oud naar nieuw ? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Chartre, 2008, p. 85 ; R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 148 et s. ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 2e éd., p. 187 ; G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », in *La preuve*, Actes du colloque de l'U.C.L. des 12-13 mars 1987, p. 21 ; G. DOMEZ, « La participation des parties dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1976, p. 158 ; A. FERTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de Droit de Liège, 1987, pp. 353-354 ; H. GEENS, « De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringrecht en het gemeen verbintenissenrecht », in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 169, n° 13 ; A. KOHL, « L'obligation de bonne foi en matière d'allégation et de réception des preuves dans le procès civil », in *La bonne foi*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1990, p. 422 ; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire – le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Chartre, 2003, p. 49, n° 33 ; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtigd recht*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 535 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Chartre, 2004, pp. 131-132 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 27 ; S. RUTTEN, « Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces : enkele aandachtspunten », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Chartre, 2008, p. 30 ; S. STIJNS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1989-1990, p. 1016 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, livr. 2, Bruges, la Chartre, 2009, n° 208, p. 156 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 2262-2263 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 46 ; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 161-163, n° 29 et s.

⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 214, n° 177 ; B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtpraak », *R.D.J.P.*, 2010, pp. 55 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 134 et s.

¹ J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, Service de Reproduction des Thèses, 1980, n° 516.

² M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1962, p. 196, n° 105 ; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire – le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Chartre, 2003, p. 49, n° 33 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak

4. Jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation a affirmé l'existence d'un devoir de collaboration entre parties dans plusieurs arrêts. Dans un arrêt du 10 décembre 2004⁵, elle a indiqué que la partie qui ne supporte pas la charge de la preuve peut néanmoins être tenue de *contribuer à la preuve* dans les limites légalement déterminées. La Cour n'est pas plus précise quant aux limites de ce devoir de contribution à la preuve. Dans un arrêt du 18 janvier 2007⁶, elle rejette le pourvoi contre une décision qui condamnait le défendeur pour n'avoir pas rapporté la preuve de ce qu'il avait rempli son obligation de sécurisation d'un chantier fluvial. Au moyen qui soulève un renversement indu de la charge de la preuve par le juge, la Cour répond que l'arrêt attaqué ne dispense pas le demandeur de démontrer que le défendeur a contrevenu à ses obligations et n'impose pas davantage au défendeur de prouver qu'il a rempli ses obligations. Il détermine seulement la mesure dans laquelle cette partie, *tenue à un devoir de collaboration à l'administration de la preuve*, devait s'expliquer sur ce qu'elle avait fait pour prévenir la survenance du dommage. La Cour opère une distinction nette entre charge de la preuve et administration de la preuve : elle indique que le défaut de collaboration à l'administration de la preuve n'a pas d'incidence sur la charge de la preuve. Dans ces différents cas d'espèce, le juge n'avait pas ordonné de mesures d'instruction. On peut donc en déduire que le devoir de collaboration à la preuve ou à l'administration de la preuve, dont parle la Cour de cassation, existe à l'égard des autres parties et pas uniquement à l'égard du juge. Enfin, dans un arrêt du 14 novembre 2013⁷, la Cour relève que des époux peuvent être amenés à s'expliquer sur la gestion du patrimoine commun, non seulement en raison de ce que celui-ci doit être administré dans l'intérêt de la famille mais aussi en vertu du principe général en vertu duquel les parties doivent collaborer loyalement à l'administration de la preuve. Dans cette décision, la Cour paraît attribuer à l'obligation de collaboration à l'administration de la preuve la valeur d'un principe général de droit.

Section 2. La charge de la preuve – risque de la preuve

5. Définition de la charge de la preuve. Dans la doctrine récente, la question de la charge de la preuve se confond généralement avec celle du risque de la preuve⁸. Les règles qui gouvernent la charge de la preuve servent à déterminer la partie qui supportera les conséquences des incertitudes subsistant au terme de l'instruction du dossier. La question de la charge (ou du risque) de la preuve ne se pose donc que si les éléments du dossier ne permettent pas au juge de trancher avec une certitude suffisante. C'est, en quelque sorte, la contrepartie de l'interdiction du déni

⁵ Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note DE PATOUL, *N.J.W.*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE et J.J.P., 2007, p. 392, note STEENNOT.

⁶ Cass., 18 janvier 2007, *Res jur. imm.*, 2007, p. 27.

⁷ R.G. C.13.0015.N.

⁸ A. DE BOECK et H. GEENS, *op. cit.*, p. 88 ; H. GEENS, *op. cit.*, p. 173, n° 20 ; O. MICHIELS, « L'article 1315 du Code civil : contours et alentours », *Act. Dr.*, 1998, p. 371 ; H. MINJAUV et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijslast en bewijsrisico », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2002, feuil. mob., n° 5104, p. VI.2-3 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », *op. cit.*, pp. 131-132 ; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 93, n° 27 ; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, n° 216, p. 162 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 2265-2266, n° 1652 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 43.

de justice : le juge est obligé de décider, même lorsque les éléments de preuve du dossier sont insuffisants pour se forger une conviction. Mais, dans ce cas, il faut mettre en place des mécanismes qui guideront le juge dans sa décision, puisque, par définition, il est incapable de tirer la solution des éléments de preuve qui lui sont soumis. C'est le rôle des règles relatives à la charge de la preuve. Celui qui devait prouver et qui a échoué perd son procès.

Cette conception de la charge de la preuve a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 septembre 1999⁹, qui énonce que : « en vertu de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame la réparation d'un dommage doit apporter la preuve de ce dommage ; que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve ». Dans un arrêt du 20 mars 2006¹⁰, elle répète que : « l'incertitude ou le doute qui subsistent une fois la preuve administrée ne peuvent bénéficier à la partie qui a la charge de la preuve ».

Le fondement de l'attribution du risque de la preuve est-il en définitive une forme de responsabilité ? Cela signifierait que la partie qui était la mieux placée pour se ménager des éléments de preuve et qui ne l'a pas fait commet une forme de négligence. L'attribution du risque de la preuve agirait alors à titre de sanction à l'égard de la partie la plus apte à prouver¹¹. Contrairement à ce qui est généralement affirmé, il y aurait quand même une sorte de contagion entre l'administration de la preuve et la charge de la preuve : le fait de ne pas avoir utilisé toutes les potentialités de l'administration de la preuve, au stade de l'instruction du dossier, induirait une obligation de supporter la charge de la preuve, au stade du délibéré. Selon certains auteurs, les règles relatives à la charge de la preuve contribuent ainsi à la légitimation de la décision : elles limitent les possibilités de contestation du jugement par les parties. Si les règles de la charge de la preuve sanctionnent les lacunes des parties sur le plan de l'administration de la preuve, comment pourront-elles contester la décision, lorsque celle-ci se fonde sur ce qu'elles ont négligé¹² ?

TITRE II.

LA CHARGE DE LA PREUVE DE L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION : ÉMERGENCE DE LA DISTINCTION ENTRE OBLIGATION TOTALEMENT OU PARTIELLEMENT INEXÉCUTÉE

Section 1. Position du problème

6. Point de départ : des contradictions dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour reprendre l'expression de De Page, les obligations, dans un

⁹ Cass., 17 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1119, *Dr. circ.*, 2000, p. 14.

¹⁰ Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 629 et *Chron. D.S.*, 2007, p. 332.

¹¹ J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 418 et n° 459. Sur l'application de cette question en matière de transferts électroniques de fonds, voy. X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namur, Presses universitaires, 1996, n° 168.

¹² X. LAGARDE, « D'une vérité à l'autre – brèves réflexions sur les différences de culture de la preuve », *Gaz. Pal.*, 2010, *Doctr.*, 12.130, p. 2023. Sur la légitimation de la décision de justice, voy. aussi : J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid ?*, Anvers, Intersentia, 2011, n° 77 et s.

contrat synallagmatique, sont si intimement liées qu'elles se servent mutuellement de raison d'être, de justification, de cause [...]. Si l'une disparaît, l'autre advient sans fondement, sans base¹³.

Au niveau de la preuve, c'est donc logiquement que la Cour de cassation considère que 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-ci¹⁴. On peut reprendre l'image du pendule, qui fait peser la charge de la preuve tour à tour sur une partie puis l'autre, au fur et à mesure de l'avancement de l'exécution des obligations résultant du contrat¹⁵.

Dans ce contexte, on aurait dès lors pu considérer que le débiteur qui soulève l'exception d'inexécution n'a rien à prouver puisqu'il ne fait qu'invoquer le fait que le créancier n'a pas préalablement exécuté ses propres obligations. Pourtant, la Cour estime, de manière constante, que la partie qui se retranche derrière l'exception d'inexécution doit prouver le défaut d'exécution des obligations de son adversaire¹⁶. La motivation de ces arrêts n'est pas rigoureusement identique mais est généralement exprimée comme suit : « Dans le cas où les parties sont liées par un contrat synallagmatique, une partie peut suspendre l'exécution de ses obligations si elle prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter ses obligations contractuelles. »

La même contradiction se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France. Après avoir décidé que le créancier doit démontrer qu'il a exécuté sa propre obligation pour pouvoir exiger l'exécution de celle du débiteur¹⁷, elle considère néanmoins qu'il appartient au débiteur qui élève l'exception d'inexécution de prouver cette inexécution¹⁸.

Ces divergences font dire à un auteur que l'article 1315 n'est pas utilisé comme un moyen rigoureux pour organiser la charge de la preuve de l'inexécution en matière contractuelle mais constitue plutôt « un instrument servant à parer les so-

¹³ DE PAGE, t. II, n° 451.

¹⁴ Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1176 et *R.W.*, 2006-2007 (sommaire), p. 1194.

¹⁵ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, Introduction au droit, par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 2000, 12e éd., n° 376, p. 528.

¹⁶ Cass., 24 avril 1947, *R.C.J.B.*, 1949, p. 131 ; Cass., 13 janvier 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 30 ; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977 ; Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1094 ; Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1864, *R.G.D.C.*, 2005, p. 295 et *R.G.D.C.*, 2006, p. 39, note WÉRY ; Cass., 13 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 816 et *R.W.*, 2004-2005 (sommaire), p. 1587 ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 240 et *R.W.*, 2006-2007, p. 476, note ; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2143 et *R.W.*, 2010-2011, (sommaire), p. 1052 ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1979, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1311, *R.W.*, 2010-2011, p. 1346, note DE WEGGHELEIRE et *R.D.C.*, 2010, p. 249.

¹⁷ Cass. fr. com., 23 octobre 1990, *Bull. civ. IV*, n° 251 et *R.T.D. Civ.*, 1991, p. 746, obs. MESTRE.

¹⁸ Cass. fr., 18 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 296 et *R.T.D. Civ.*, 1991, p. 748, obs. MESTRE ; Cass. fr., 7 décembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 181 ; Cass. fr. com., 27 octobre 1981, *Bull. civ. IV*, n° 372 ; Cass. fr., 14 octobre 1969, *Bull. civ. IV*, n° 294 ; Cass. fr., 27 avril 1966, *Bull. civ. III*, n° 206 ; Cass. fr., 21 juin 1965, *Bull. civ.*, III, n° 385.

lutions de la Cour de cassation d'une apparence de rigueur, l'interprétation sollicitée étant étroitement liée au résultat souhaité »¹⁹. On en revient aux considérations de J. Devèze, citées dans l'introduction du présent article : les règles relatives à la charge de la preuve sont manipulées pour obtenir un résultat précis. Mais, est-il véritablement impossible de concilier ces arrêts ? Doit-on se résoudre à considérer qu'ils sont le fruit de considérations pragmatiques et que le praticien sera totalement laissé à lui-même dans cette matière ?

7. Critiques doctrinales. Les commentateurs des deux premiers arrêts de la Cour de cassation belge (prononcés en 1947 et 1949) estiment que la Cour de cassation s'est trompée, lorsqu'elle détermine la charge de la preuve de l'exception d'inexécution. A. de Bersaques²⁰ relève en effet que, puisque l'exécution des engagements nés du contrat synallagmatique doit, en principe, être simultanée, la créance du demandeur n'est exigible que s'il a déjà rempli son engagement ou s'il offre de le remplir en échange de la prestation réclamée. J. Heenen²¹ poursuit dans le même sens : « Si le défendeur se borne à contester l'un des éléments de fait générateurs du droit invoqué par le demandeur, il n'a aucune preuve à fournir ; s'il affirme que ce droit s'est éteint ou modifié, il est tenu de prouver les faits desquels il prétend déduire cette extinction ou cette modification. [...] Lorsqu'il allègue que le demandeur n'a pas rempli sa propre prestation, le défendeur ne soulève pas une « exception » au sens où l'on emploie habituellement cette expression afin de souligner que l'article 1315 alinéa 2 du code civil est applicable ; il conteste l'un des éléments générateurs du droit dont le demandeur poursuit l'exécution. »

A lire ces deux auteurs, les arrêts de 1947 et 1949 participent de la même erreur. La Cour de cassation paraît partir du principe que, en soulevant l'exception d'inexécution, le débiteur tente de prouver sa libération d'une obligation dont la preuve est déjà rapportée. Ceci justifierait que, en application de l'article 1315 al. 2, la charge de la preuve repose alors sur le débiteur. Or, si on reprend l'économie du contrat synallagmatique telle qu'elle est énoncée au point précédent, le débiteur n'a pas à s'exécuter tant que le créancier n'établit pas qu'il a lui-même exécuté ses propres obligations. On en est encore au stade de la preuve de l'obligation du créancier, soit au premier alinéa de l'article 1315. Toutefois, si deux arrêts sont insuffisants pour constituer une jurisprudence constante, il faut bien reconnaître que la Cour a depuis lors confirmé sa position dans de nombreuses décisions. Soit elle se trompe lourdement depuis 50 ans, soit il faut bien s'accommoder de cette jurisprudence et tenter de lui trouver une justification.

Section 2. Tentatives de solution

8. Deux propositions doctrinales. L. Simont a tenté de dépasser cette apparemment contradictoire. Selon cet éminent auteur, la partie qui invoque l'exception

¹⁹ M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doctr., 2011, pp. 465 et s., n° 13.

²⁰ A. DE BERSAQUES, Note, *R.C.J.B.*, 1949 p. 135, n° 11.

²¹ J. HEENEN, « Preuve de la conformité des marchandises vendues », *R.C.J.B.*, 1952, pp. 209 et 211.

²² L. SIMONT, « La charge de la preuve », in *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 29, n° 9.

d'inexécution reconnaît le principe de ses obligations mais demande à en différer l'exécution jusqu'à ce que le demandeur ait rempli ses propres obligations. En revanche, lorsque le défendeur se borne à faire valoir que son adversaire ne prouve pas son droit, il ne reconnaît rien quant à ses propres obligations.

L'explication est juridiquement correcte mais force est de constater que la distinction est subtile. Entre le débiteur qui conteste le droit du créancier parce que celui-ci n'exécute pas ses propres obligations et le débiteur qui reconnaît son obligation mais ne l'exécute pas parce que le créancier n'exécute pas les siennes, la différence est pour le moins ténue. Dans tous les cas, il est nécessaire qu'une contestation du débiteur existe, sans quoi le créancier n'aura pas à prouver les faits qui sous-tendent son droit. Le risque est donc grand que la contestation du débiteur soit interprétée comme l'invocation d'une exception, auquel cas la charge de la preuve lui serait imputée assez systématiquement. En outre, sur un plan tout à fait pratique, les dossiers ne contiennent souvent pas assez d'éléments pour interpréter de manière fine l'intention réelle du débiteur.

B. Vanlerberghe propose une autre explication²³. En cas de contestation du débiteur, le créancier doit effectivement préalablement prouver qu'il a exécuté ses obligations mais il ne doit pas le faire de manière approfondie. Il lui suffit d'établir l'existence de cette exécution mais non pas le fait qu'elle était satisfaisante en tous points. Si le débiteur considère que cette exécution est défectueuse, c'est à lui qu'il incombe d'établir la mauvaise exécution des obligations par le créancier. Cette explication est intéressante parce que, sans nier l'existence d'un partage de la charge de la preuve entre créancier et débiteur, elle se fonde sur un critère plus commode à appliquer. Si l'obligation du créancier est totalement inexécutée, c'est lui qui supporte la charge de la preuve de la réalité de cette exécution. Si l'obligation du créancier a bien été exécutée mais que le débiteur conteste la qualité de cette exécution, c'est celui-ci qui supportera alors la charge de la preuve du fondement de son exception. C'est donc le caractère total ou partiel de l'inexécution qui permet de répartir la charge de la preuve. Par ailleurs, chaque fois que le débiteur apporte des éléments supplémentaires au débat, il lui incombe de les établir.

Section 3. Justification de la position de B. Vanlerberghe

9. Pas de réel fondement dans la jurisprudence belge... Cette explication est séduisante. Toutefois, son auteure fonde sa théorie sur un arrêt de cassation du 6 mars 2006, relatif à la charge de la preuve du motif grave, en matière de droit du travail²⁴. Or, cet arrêt ne me paraît pas constituer un fondement suffisant : il n'a pas trait à l'usage de l'exception d'inexécution. Il porte sur la question de savoir qui de l'employeur ou du travailleur doit établir le caractère justifié ou non d'une absence au travail. La Cour relève que l'absence d'un travailleur constitue un fait susceptible d'être considéré comme une faute grave. L'employeur a donc satisfait à l'obligation de preuve qui pesait sur lui (art. 1315 al. 1 C. civ.). Il appartient alors au travailleur de démontrer que cette absence était justifiée (art. 1315 al. 2).

²³ B. VANLERBERGHE, « Het bewijs in burgerlijke en handelszaken », *CBR Jaarboek*, 2010-2011, Anvers, Intersentia, 2010-2011, pp. 61 et s., n° 18.

²⁴ Cass., 6 mars 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 6. *Par.*, 2006, p. 534, *R.W.*, 2006-2007 (sommaire), p. 682 et *Chron. D.S.*, 2008 (sommaire), p. 313.

Il n'était pas demandé à l'employeur, dans ce cas d'espèce, de prouver l'exécution préalable de ses propres obligations. Le travailleur ne se prétendait pas non plus libéré de son obligation d'exécuter le travail du fait d'un manquement de l'employeur.

10. ... mais dans la jurisprudence française. En revanche, on trouve des traces très claires de cette distinction dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France. Elle considère qu'en l'absence totale d'exécution, la charge de la preuve de l'exécution pèse sur le débiteur²⁵ alors qu'en cas d'exécution défectueuse, la charge de la preuve pèse sur le créancier²⁶.

11. ... et surtout dans la doctrine française. En fait, c'est surtout dans la doctrine qu'il faut rechercher cette répartition de la charge de la preuve entre cocontractants. L'idée que le créancier ne devrait prouver que les éléments essentiels de l'exécution de son obligation se retrouve chez bon nombre d'auteurs classiques.

E. Bartin relève ainsi qu'il est le plus souvent impossible d'exiger du demandeur la preuve rigoureusement complète de tous les faits constitutifs ou générateurs de son droit²⁷. R. Beineix est plus affirmatif²⁸ : « S'il appartient en effet au débiteur²⁹ de prouver qu'il a exécuté les éléments essentiels et caractéristiques de l'obligation, on ne saurait lui imposer de prouver que cette exécution a été parfaite dans ses moindres détails. [...] Nous estimons, en effet, que l'on peut parler d'exécution lorsque les obligations caractéristiques du contrat, c'est-à-dire permettant de le définir, ont été exécutées, au moins pour leur plus grande partie. Par rapport à cette exécution, l'exécution imparfaite est toute exécution dont la définition ne s'inscrit pas dans les limites de l'ensemble des obligations essentielles ou accessoires du contrat. »³⁰

G. Ripert et J. Boulanger écrivent³¹ : « Lorsque la chose a été livrée ou le fait accompli, le débiteur a en apparence exécuté l'obligation. Mais le créancier peut

²⁵ Cass. fr., 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 302, note LARROUMET et *R.T.D. Civ.*, 1989, p. 558, note JOURDAIN ; Cass. fr., 19 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 147, *Dall.*, 1997, sommaires commentés, p. 27, note JOURDAIN, *R.T.D. Civ.*, 1997, p. 142 et *Defrénois*, 1996, p. 1437, note BENABENT.

²⁶ Cass. fr. com., 3 décembre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 409 ; Cass. fr., 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 302, note LARROUMET et *R.T.D. Civ.*, 1989, p. 558, note JOURDAIN ; Cass. fr., 14 février 1996, *Bull. civ. III*, n° 46 ; *R.J.D.A.*, 1996, n° 1418, *Dall.*, 1997, sommaires commentés, p. 27, obs. JOURDAIN, *R.T.D. Civ.*, 1997, p. 142 et *Defrénois*, 1996, p. 1077, note BENABENT ; Cass. fr., 3 juillet 1996, *Dall. Aff.*, 1996, p. 1161 et *R.J.D.A.*, 1996, n° 1418 ; Cass. fr., 7 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 60.

²⁷ E. BARTIN sur AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal-Billard et Godde, t. XII, 5e éd., 1922, § 749, note 19bis.

²⁸ R. BEINEIX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 665.

²⁹ Il ne faut pas trop s'attacher aux termes 'créancier' et 'débiteur' dans les citations qui suivent puisque, dans un contrat synallagmatique, chaque partie est tour à tour créancier et débiteur. Celui qui est qualifié de 'débiteur' dans la citation de BEINEIX et dans plusieurs autres citations est en réalité celui qui réclame l'exécution de l'autre partie.

³⁰ *Ibidem*, p. 676.

³¹ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4e éd., Paris, LGDJ, 1952, n° 700.

prétendre qu'elle n'a pas été exécutée telle qu'elle a été promise. Il invoque alors une exécution défectueuse, c'est-à-dire une faute dans l'exécution. Il lui appartient de faire cette preuve ».

Selon A. Tunc³², « Le débiteur a suffisamment prouvé l'exécution conformément à l'article 1315 § 2 lorsqu'il en a établi les éléments essentiels. On peut alors présumer une exécution parfaite et c'est au créancier qu'incombera la preuve du vice de l'exécution – vice dont le débiteur pourra encore s'exonérer en reprenant la charge de la preuve en établissant qu'il est dû à un cas de force majeure. Ainsi la charge de la preuve passerait de l'une des parties à l'autre selon la question posée – exécution en elle-même, ou bien qualité ou modalité de l'exécution ». L'auteur ajoute toutefois : « Il faut cependant constater que la simplicité du système n'est qu'apparente et que sa mise en œuvre est, en réalité, extrêmement difficile. Dira-t-on, par exemple, qu'une inexécution partielle ou une exécution tardive constituent des exécutions défectueuses, ou des inexécutions partielles ou temporaires ? La question est insoluble. Or, selon qu'on apporte une réponse ou une autre, la charge de la preuve pèsera sur l'un ou l'autre des plaideurs ».

La distinction figure également chez un certain nombre d'auteurs récents³³.

12. ... et en Belgique aussi. En Belgique, on retrouve le même langage chez plusieurs auteurs. A. de Bersaques, dans la note déjà citée³⁴, soutient que : « lorsque le défendeur oppose non pas l'inexécution complète des obligations incombant au demandeur mais l'exécution imparfaite de celles-ci, le fardeau de la preuve pourra être interverti. En effet, dès qu'il existe en faveur du débiteur une probabilité, une vraisemblance suffisante qu'il a rempli son engagement, résultant notamment de l'exécution apparente de celui-ci, c'est au créancier à renverser la présomption de libération du débiteur ». De Page³⁵, indique, de manière un peu lapidaire : « D'abord, il n'y a pas toujours inexécution pure et simple, mais exécution partielle, ou mauvaise exécution. Le débiteur prétendra très souvent, dans ce cas, qu'il s'est valablement libéré (art. 1315, al. 2), et alors s'élèvera un débat sur la qualité de l'exécution, dans lequel le créancier sera inévitablement amené à prouver la faute du débiteur (art. 1137), à la préciser ».

N. Verheyden³⁶, s'exprimant sur la preuve de la livraison conforme en matière de vente, synthétise la question comme suit : « Une harmonisation des diverses solutions jurisprudentielles pourrait être assurée si, pour régler la question de la charge de la preuve, on distingue l'absence totale de livraison et la livraison d'une

chose non-conforme. [...] 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 dénoncé ».

13. Critique. Cette idée a été fort critiquée par J. Heenen³⁷ : « Sans doute le demandeur peut-il se borner à rendre probable ou vraisemblable l'accomplissement de son engagement. Mais c'est là une considération étrangère à la charge de la preuve ; elle concerne uniquement l'intensité de la preuve que l'on peut raisonnablement exiger d'un plaideur. [...] Le demandeur est tenu de prouver tous les éléments générateurs du droit qu'il invoque, sauf ceux que la loi l'aurait, expressément ou implicitement, dispensé d'établir. Or, aucune dispense de ce genre, même provisoire, sous la forme d'une présomption *juris tantum*, n'existe en faveur du demandeur auquel l'*exciptiens* n'oppose qu'une exécution imparfaite. Une telle présomption serait du reste inconcevable. En effet, ou bien l'on devrait admettre que la charge de la preuve est intervertie dès qu'il y a un simulacre d'exécution [...] ou bien si l'on exigeait pour que la présomption pût jouer un certain degré de vraisemblance, il faudrait au préalable définir celui-ci. [...] Or la vraisemblance de l'exécution parfaite d'une obligation échappe évidemment à toute définition ».

Il faut bien reconnaître, avec J. Heenen, que la distinction entre obligation totalement et partiellement inexécutée ne repose sur aucun fondement légal. Sa démonstration n'a qu'un seul défaut : celui d'être contredite par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. La critique de J. Heenen repose sur l'idée que seul le premier principe (le créancier doit préalablement prouver l'exécution de ses obligations) est juridiquement correct. Or, la persistance de la Cour de cassation à affirmer le second principe (le débiteur qui invoque l'exception d'inexécution supporte la charge de la preuve) nous oblige à aller plus loin. Dans ce contexte, l'idée que le créancier ne supporte pas la preuve de tous les éléments de son droit est la seule qui permette de concilier les deux jurisprudences de la Cour.

Section 4. Difficultés pratiques

14. Problèmes d'application de cette théorie. Cela étant, même les auteurs qui ont utilisé la distinction entre obligation totalement et partiellement inexécutée pour dépasser les contradictions de la jurisprudence reconnaissent le caractère malaisé de cette distinction en pratique³⁸. La limite entre inexécution totale et partielle n'est pas toujours aisée à tracer. Si on n'exige pas une preuve totale du créancier, jusqu'à quel point doit-il prouver ? Doit-il prouver un commencement d'exécution ou une exécution quantitativement complète ?

Prenons un exemple : un acheteur commande 100 palettes de marchandises qu'il ne paie pas, prétextant que le vendeur n'a pas exécuté ses obligations. La vente est un contrat synallagmatique. Le vendeur, qui est créancier du prix, va donc devoir

³² A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, t. 1er, 6e éd., 1965, p. 785, note 7.

³³ M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doct., 2011, pp. 465 et s., n° 15 ; A. BENABENT, note sous Cass. 19 mars 1996, *Deffrénois*, 1996, p. 1437 ; P. JOURDAIN, note sous Cass., 14 février 1996 et 19 mars 1996, *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 27 ; J.-L. MOURALIS, v° *Preuve*, *Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n° 994 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil – les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, 4e édition, n° 530, p. 600 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, Sirey, 5e éd., 2007, n° 202.

³⁴ A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, p. 135, n° 11.

³⁵ DE PAGE, t. II, n° 596.

³⁶ N. VERHEYDEN, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 162 et s.

³⁷ J. HEENEN, *op. cit.*, p. 212.

³⁸ M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doct., 2011, pp. 465 et s., n° 15 ; A. BENABENT, note sous Cass. 19 mars 1996, *Deffrénois*, 1996, p. 1437 ; P. JOURDAIN, note sous Cass., 14 février 1996 et 19 mars 1996, *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 27.

prouver qu'il a préalablement exécuté son obligation de délivrance. Jusqu'où le vendeur doit-il prouver l'exécution préalable de son obligation ? Suffit-il qu'il prouve avoir livré une palette (il y a livraison, même si elle est quantitativement très incomplète) ? Doit-il prouver avoir livré les 100 palettes (exécution quantitativement complète) ? Il en est de même en matière de contrat d'entreprise : l'entrepreneur doit-il prouver avoir commencé les travaux ou les avoir terminés ?

La première hypothèse (exécution quantitativement incomplète) paraît difficilement admissible. Elle ouvre la porte à des abus. Comme le dit Heenen, le créancier pourrait mettre en place un simulacre d'exécution pour ensuite rejeter la charge de la preuve sur le débiteur. Il faut que l'exécution par le créancier donne tous les signes extérieurs d'achèvement pour que la preuve du défaut de qualité soit reportée sur le cocontractant.

Puisque la charge de la preuve du fait même de l'exécution pèse sur le vendeur, cela a pour conséquence que, si le litige porte sur la date de livraison, c'est au vendeur qu'il incombera de prouver le moment où cette exécution s'est effectuée. Si le débiteur, pour refuser de payer, invoque l'exécution tardive, c'est donc le créancier qui supporte la charge de la preuve du moment de l'exécution.

TITRE III.

DEUX APPLICATIONS DE CETTE DISTINCTION

Section 1. Premier cas pratique : la preuve de l'exécution de l'obligation de délivrance en matière de vente

15. Exposé des thèses en présence. Une controverse très vive a existé en ce qui concerne la charge de la preuve en matière d'obligation de délivrance dans la vente. Ce terrain peut constituer un banc d'essai intéressant pour notre problème.

Selon De Page, c'est incontestablement le vendeur qui, en toute hypothèse, doit rapporter la preuve de la conformité³⁹. Planiol et Ripert estiment, au contraire, que si l'acheteur refuse de prendre livraison, de payer le prix ou encore demande la résolution, c'est à lui qu'incombe la charge de prouver la non-conformité⁴⁰. Une solution plus nuancée a été proposée en 1949 par P. Coppens, lequel se fonde sur une présomption de conformité dont pourrait se prévaloir le vendeur face à un acheteur qui, sans avoir agréé explicitement la marchandise, l'aurait néanmoins réceptionnée sans faire de réserves. L'acheteur devrait, dans ce cas, prouver la non-conformité. La charge de la conformité incomberait par contre au vendeur en cas de réserves explicites de l'acheteur⁴¹.

Plus nuancée encore, l'opinion de J. Heenen, lequel a distingué quatre hypothèses : si le vendeur assigne en paiement du prix (a) ou s'il demande la résolu-

tion de la vente du chef de non-paiement ou du défaut de retraitement (b), c'est à lui qu'incombe dans ces deux cas la preuve de la conformité; si l'acheteur demande la résolution du chef de non-conformité (c), c'est à lui qu'incombe la preuve de cette non-conformité; si l'acheteur assigne en délivrance (d), il devra simplement prouver le contrat et c'est au vendeur qu'incombera la charge de prouver la conformité⁴². Cette théorie a été bien accueillie la majorité de la doctrine et de la jurisprudence⁴³. Elle ne fait cependant pas l'unanimité et a été critiquée par N. Verheyden⁴⁴. En fait, si on applique la distinction entre obligation totalement ou partiellement inexécutée suggérée par B. Vanlerberghe, c'est la doctrine minoritaire qui a raison. Mais la question mérite un examen nuancé.

16. Confrontation avec la distinction entre inexécution totale et partielle.

Examinons les quatre cas de figure cités par Heenen⁴⁵.

1. Le vendeur assigne en paiement du prix. Selon Heenen, le vendeur demandeur doit prouver les éléments constitutifs de son droit – il doit prouver le caractère conforme de la livraison. Selon N. Verheyden, le vendeur doit juste prouver qu'il a livré (ou offert de livrer) quelque chose – c'est l'acheteur, qui soulève l'exception d'inexécution, qui doit prouver la non-conformité. N. Verheyden applique donc ici la distinction entre inexécution totale ou partielle. Si le vendeur n'a rien livré du tout, il y a inexécution totale de son obligation. C'est donc lui qui doit prouver l'existence de la livraison. S'il a livré une chose non-conforme, il y a inexécution partielle. La livraison a bien eu lieu mais ne donne pas satisfaction. Dans ce cas, c'est l'acheteur qui supporte la charge de la preuve.
2. Le vendeur demande la résolution de la vente pour non-paiement du prix ou défaut de retraitement des marchandises. Le problème va se poser dans les mêmes termes que pour le cas 1.
3. L'acheteur assigne en délivrance des marchandises. Selon Heenen, l'acheteur doit établir l'existence de la vente et l'engagement de livraison du vendeur. Le vendeur doit prouver qu'il a livré ou offert de livrer. Je pense que la même solution doit être admise dans la doctrine de N. Verheyden.
4. L'acheteur demande la résolution de la vente pour défaut de conformité des marchandises. Selon Heenen, l'acheteur doit prouver le défaut de conformité de la marchandise. Même solution dans la doctrine N. Verheyden.

³⁹ J. HEENEN, « Preuve de la conformité des marchandises vendues », *R.C.J.B.*, 1952, p. 207; Mons, 10 janv. 1989, *R.D.C.*, 1991, p. 230.

⁴⁰ P.-A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », in *De koop/La vente*, Bruges, la Chartre, 2002, pp. 17 et s., n° 13 ; L. SIMONT et J. DE GAVRE, « Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence (1969-1975) », *R.C.J.B.*, 1976, p. 403, n° 36; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, op. cit., n° 424 et s.; *R.P.D.B.*, v° Vente, n° 455 ; C. ALTER et R. THUNGEN, « Les obligations du vendeur », in *Manuel de la vente*, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 186 et s., n° 393 et s. ; S. STJNS, B. TILLEMANS et al., « Overzicht van rechtspraak - Bijzondere overeenkomsten - koop en aanneming -1999-2006 », *T.P.R.*, 2008, pp. 1411 et s., n° 106 ; Liège, 17 juin 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 198 ; Liège, 25 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 515 ; Anvers, 2 décembre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 258.

⁴⁴ Voy. développements par N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 158 et s., approuvés par F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 62, n° 75.

⁴⁵ Op. cit., p. 214.

³⁹ DE PAGE, t. IV, n° 99.

⁴⁰ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, Paris, LGDJ, 1932, n° 306. En ce sens, voy. Comm. Courtrai, 16 févr. 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1351.

⁴¹ P. COPPENS, note sous Liège, 19 janv. 1949, *Jur. Liège*, 1949, p. 56. Voy. Bruxelles, 24 sept. 1986, *J.T.*, 1987, p. 57.

17. Quelques commentaires : les deux théories ne s'opposent pas dans tous les cas

Les cas 1 et 2 montrent une opposition frontale des deux théories car ils posent, avec toute son acuité, la question de l'ampleur de l'obligation de preuve du demandeur : doit-il faire la démonstration de tous les éléments constitutifs de son droit et donc prouver tant l'existence de l'exécution que son caractère conforme ? Ou doit-il simplement établir l'existence de l'exécution, la preuve du défaut de conformité reposant sur son cocontractant ? Par ailleurs le demandeur ne doit pas démontrer le défaut d'exécution du défendeur (le vendeur ne doit pas prouver que l'acheteur n'a pas payé – c'est l'acheteur qui doit prouver le paiement – 1315 al. 2). La question litigieuse se concentre donc sur la preuve de l'exécution préalable des obligations du demandeur.

Le cas 3 montre au contraire une concordance des deux théories parce qu'il n'est pas contesté que, dans ce cas, l'obligation de preuve du demandeur est limitée : il doit juste prouver l'engagement du défendeur, sans rien devoir prouver de l'exécution de ses propres engagements. Le vendeur – défendeur à l'action – qui prétend avoir livré soulève une « véritable » exception, au sens de 1315 al. 2 : il se prétend libéré par l'exécution de son obligation. C'est le cas classique : le créancier prouve sa créance, le débiteur prouve sa libération.

Le cas 4 montre également une concordance parce que la preuve qui pèse sur le demandeur ne lui impose pas de démontrer l'exécution préalable de ses obligations. Il doit juste démontrer le défaut d'exécution du défendeur.

On voit donc que la difficulté – et la distorsion entre les deux théories – n'apparaît que lorsque se pose la question de l'exécution préalable par le créancier de ses obligations. Lorsque cette question ne se pose pas – et l'examen des quatre cas montre qu'elle ne se pose pas toujours – le conflit entre les deux théories n'apparaît pas.

L'évolution récente de la doctrine démontre en tout cas que la position au contrat (vendeur ou acheteur) n'importe pas. Il n'est plus soutenu que la charge de la preuve repose systématiquement soit sur le vendeur, soit sur l'acheteur. C'est la position procédurale (demandeur – défendeur) qui prime. Dans les quatre cas, la charge de la preuve pèsera alternativement sur le vendeur ou sur l'acheteur suivant qu'il est demandeur en justice ou non. La différence entre les deux théories repose simplement sur l'ampleur de la preuve qui est attendue du demandeur. En définitive, c'est plus un problème d'objet de la preuve que de charge de la preuve : il n'est pas contesté que la charge de la preuve pèse sur le demandeur, mais que doit-il prouver exactement ? Dans la thèse de N. Verheyden, lorsque la chose a été livrée, c'est toujours la partie qui invoque le défaut de conformité qui supporte la charge de la preuve, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse. Cette théorie offre à cet égard à la fois simplicité et cohérence.

Section 2. Second cas pratique : application de cette distinction dans le cadre de la distinction entre obligations de moyens – obligations de résultat

18. Rappel de la théorie... La distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, introduite par Demogue⁴⁶, constitue toujours, dans la jurispru-

dence belge, un critère majeur de détermination de la charge de la preuve, même si les apports de cette théorie sont de plus en plus critiqués par la doctrine française⁴⁷. Lorsque l'obligation peut être qualifiée comme une obligation de moyens, la charge de la preuve de la faute du débiteur pèse sur le créancier⁴⁸. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, il suffit au créancier d'établir l'absence de résultat. La faute du débiteur est alors présumée et il lui incombe d'établir l'existence d'une cause d'exonération.

19. ... moins claire qu'elle n'y paraît. La doctrine a toutefois introduit des distinctions et des nuances qui ne simplifient pas le problème.

Tout d'abord, il y a lieu de vérifier si l'obligation litigieuse ne peut être considérée comme une obligation de ne pas faire. En effet, la doctrine est à peu près unanime à considérer qu'imposer la preuve de l'exécution d'une obligation de ne pas faire au débiteur l'obligerait à rapporter la preuve de l'exécution d'une proposition négative indéfinie⁴⁹ : il n'a jamais accompli l'acte qu'on lui reproche. C'est donc systématiquement le créancier qui supporte la charge de la preuve dans cette hypothèse, même s'il s'agit d'une obligation de résultat. Cette exception est toutefois étrangère au sujet qui nous occupe.

Ensuite, bon nombre d'auteurs soutiennent que la preuve de cette inexécution incombe malgré tout au créancier *lorsque l'inexécution n'est que partielle*⁵⁰. On

⁴⁷ J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 1965, n° 189 et 196 ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Mélanges offerts à G. Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 437 ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994, p. 231, n° 23 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUYNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, n° 948.

⁴⁸ B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. XVII, déc. 1998, p. 104, n° 11 ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, 4e éd., n° 28 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, 8e éd., n° 577 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 131 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil – les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, 4e édition, n° 521, p. 590 ; X. THUNIS, *Théorie générale de la faute*, Vol. 2, in *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2006, n° 53 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 15, p. 39 ; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 547 et s.

⁴⁹ En France : PLANIOL, note sous Paris, 8 février 1896, *Dall. pér.*, 1896, II, 457 ; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 694-5 ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Droit civil français*, t. II, n° 860 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, LGDJ, 1952, n° 781 ; P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *RTD Civ.*, 1933, pp. 627 et s., n° 12 ; R. BEINEIX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 664 ; J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD Civ.*, 1953, p. 14, n° 17. En Belgique : DE PAGE, t. II, n° 596, *litt. B* ; J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *R.C.J.B.*, 1959, p. 57, n° 12 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 15, p. 40.

⁵⁰ R. BEINEIX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 664 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9e éd., Paris, Dalloz, 1942, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. II, n° 134 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4e éd.,

⁴⁶ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911.

voit ici réapparaître la distinction entre obligation totalement ou partiellement inexécutée, que nous avons déjà rencontrée au niveau de l'exception d'inexécution.

Cette règle s'expliquerait par des raisons de meilleure aptitude à la preuve : le débiteur est mal placé pour prouver l'absence de défaut dans l'exécution alors que, bien souvent, la réclamation ne survient qu'après la remise du résultat de l'obligation entre les mains du créancier⁵¹. Ainsi, le vendeur aura plus de mal à prouver la conformité de la chose vendue, alors que celle-ci a déjà été livrée à l'acheteur. Cette considération peut être tempérée par l'application des règles relatives à l'administration de la preuve : même si l'objet de la vente n'est plus entre les mains du vendeur, il doit pouvoir compter sur la collaboration de l'acheteur pour établir la livraison conforme. En outre, la théorie de la meilleure aptitude à la preuve a fait l'objet de critiques sévères en doctrine. A première vue, elle repose sur une confusion entre administration de la preuve et charge de la preuve (sur ces concepts, voy. *supra* n° 3 et 5). Lorsque l'on se place sur le terrain de la charge de la preuve, c'est, par définition, parce que la phase d'instruction du dossier est terminée et qu'il subsiste des lacunes, qu'aucune des parties ne peut combler. Même si l'une d'entre elles était mieux placée pour fournir des moyens de preuve au juge, elle n'a pas été en mesure d'apporter des éléments décisifs. A ce stade, il n'y a plus de partie mieux placée pour prouver : les deux parties ont « épuisé leurs munitions » et sont dans l'incapacité d'apporter des preuves supplémentaires. Dès lors, Motulsky considère qu'il est choquant de voir succomber une partie sous le seul prétexte que la preuve lui aurait été plus facile qu'à son adversaire, alors que, par hypothèse, cette preuve n'a pu être faite⁵². La théorie de la meilleure aptitude à la preuve est davantage justifiable si on voit se profiler une forme de responsabilité derrière les règles de la charge de la preuve (voy. *supra* n° 5). La charge de la preuve repose alors sur la partie qui n'a pas fait preuve de toute la diligence requise au stade de l'administration de la preuve : alors qu'elle était mieux placée que son adversaire pour produire devant le juge des éléments susceptibles d'emporter sa conviction, elle n'a pas profité de cet avantage.

D'autres auteurs relèvent que la distinction entre obligation de résultat totalement ou partiellement inexécutée n'est guère justifiable sur un plan théorique⁵³ : pourquoi faudrait-il réserver un sort différent, au niveau de la preuve, à l'obligation totalement inexécutée et l'obligation partiellement inexécutée ? Elle paraît effectivement inspirée bien plus par des considérations pratiques relatives à la facilité de la preuve que par une cohérence théorique.

Paris, LGDJ, 1952, n° 700 ; A. DE BERSAQUES, *loc. cit.* ; DE PAGE, t. II, n° 596, *lit.* B ; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 694-4, note 7 ; J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *R.C.J.B.*, 1959, p. 62, n° 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 15, p. 40.

⁵¹ R. BEINEIX, *op. cit.*, p. 667 ; M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doctr., 2011, pp. 465 et s., n° 15.

⁵² H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, n° 125, p. 139.

⁵³ M. STORME, *op. cit.*, n° 423 et s. ; J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 2001, p. 278, note 1257 ; J. HEENEN, *op. cit.*, p. 212 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1523.

20. Distinction pas (encore) consacrée par la Cour de cassation belge.

J. Kirkpatrick estime cependant avoir retrouvé des traces de cette distinction dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁴. Il relève une contradiction entre un arrêt du 28 décembre 1911⁵⁵ et un arrêt du 10 décembre 1953⁵⁶. Il considère toutefois que cette contradiction pourrait être levée, si on admet que la charge de la preuve diffère suivant que l'inexécution alléguée est totale ou partielle. Les deux arrêts qu'il cite sont toutefois isolés et séparés par une longue période, de telle sorte qu'il est difficile d'en tirer une conclusion décisive. L'auteur adopte d'ailleurs un ton plus interrogatif qu'affirmatif. On ne peut donc affirmer avec certitude que cette distinction a été consacrée par notre Cour de cassation.

21. Charge de la preuve et objet de la preuve.

Cela étant, pour bien apprécier la portée de cette distinction en pratique, il faut garder à l'esprit une autre distinction : celle qui existe entre charge de la preuve et objet de la preuve. La charge de la preuve détermine la partie qui supporte les conséquences des obscurités du dossier. Si on applique la distinction qui fait l'objet de notre étude aux obligations de résultat, on devrait conclure que le débiteur d'une obligation de résultat supporte la charge de la preuve en cas d'inexécution totale et le créancier en cas d'inexécution partielle. Mais cela ne modifie pas l'objet de la preuve, c'est-à-dire ce que le demandeur en justice devra prouver. En cas d'obligation de moyens, il devra prouver la faute du débiteur. En cas d'obligation de résultat, il devra simplement prouver l'absence du résultat escompté, sans devoir prouver la faute du débiteur⁵⁷. Qu'il supporte ou non la charge de la preuve n'y change rien⁵⁸. On se situe sur deux plans différents. L'objet de la preuve intéresse l'administration de la preuve alors que la charge de la preuve n'a d'intérêt qu'au terme du débat.

Quelques exemples permettront de mieux saisir ces nuances.

Il est admis que l'obligation du promoteur est une obligation de résultat. L'acheteur d'un appartement sur plans qui veut obtenir la résolution du contrat et l'indemnisation de son dommage devra donc uniquement prouver l'absence de résultat, c'est-à-dire le fait que l'appartement ne lui a jamais été livré en bon état (objet de la preuve). Il ne doit pas prouver la faute du promoteur. Imaginons que l'acheteur dépose un dossier de pièces tout à fait lacunaire devant le tribunal, d'où il ne ressort pas clairement que les travaux ont été ou non terminés. Cette obscurité va dès lors provoquer l'application des règles de la charge de la preuve. Si l'acheteur soutient que le chantier a été abandonné et que l'appartement n'a jamais été mis à sa disposition (obligation totalement inexécutée), c'est le promoteur qui devra prouver que l'appartement a bien été livré. S'il n'y arrive pas, il sera condamné à indemniser l'acheteur. Si en revanche, l'acheteur admet que l'appartement a bien été terminé mais soutient qu'il est affecté de malfaçons (obligation partiellement

⁵⁴ J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *R.C.J.B.*, 1959, p. 62, n° 16.

⁵⁵ Cass., 28 décembre 1911, *Pas.*, 1912, I, p. 58.

⁵⁶ Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 290.

⁵⁷ Cass., 14 novembre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15009, note.

⁵⁸ P. JOURDAIN, note sous Cass., 14 février 1996 et 19 mars 1996, *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 28 ; C. LARROUMET, note sous Cass. 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 303 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 177, p. 179.

inexécutée), c'est lui qui devra prouver que le résultat n'a pas été atteint, c'est-à-dire qu'il devra prouver l'existence de malfaçons. Mais dans tous les cas, l'acheteur ne devra jamais prouver la faute du promoteur. Cette preuve est exclue dans son chef parce qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Une fois les malfaçons établies, le promoteur devra donc prouver la cause étrangère pour se libérer. S'il invoque la faute d'un tiers, il devra démontrer que ce fait est élisif de sa responsabilité.

Prenons maintenant le cas d'un entrepreneur ordinaire, qui n'est tenu que d'une obligation de moyens. Le maître de l'ouvrage devra cette fois prouver non seulement l'existence de malfaçons mais en outre le fait que l'entrepreneur n'a pas respecté les règles de l'art. A nouveau, si le maître de l'ouvrage soutient que le chantier n'a jamais été terminé (obligation totalement inexécutée), l'entrepreneur devra prouver qu'il a mené les travaux à leur terme. En revanche, si les travaux sont bien terminés mais que le maître de l'ouvrage invoque des malfaçons (obligation partiellement inexécutée), il devra prouver l'existence des malfaçons et la faute de l'entrepreneur. Si l'entrepreneur soutient que les malfaçons découlent d'un vice de conception imputable à l'architecte, il appartiendra au maître de l'ouvrage de démontrer que la responsabilité de l'entrepreneur est bien engagée, parce que c'est lui qui supporte la charge de la preuve de la faute de l'entrepreneur.

On voit donc que l'intérêt pratique de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat n'est pas anéanti par la distinction entre obligation totalement ou partiellement inexécutée. La position du créancier est cependant affaiblie, puisque la charge de la preuve qu'il supporte sera plus étendue, en cas d'inexécution partielle de l'obligation.

CONCLUSION

22. La distinction entre obligation totalement ou partiellement inexécutée : avantages et inconvénients. En définitive, la distinction entre obligation totalement et partiellement inexécutée est une curiosité. Elle ne repose sur aucun fondement légal et est le fruit d'une réflexion doctrinale, dans le but de concilier des incohérences dans la jurisprudence.

En France, elle est globalement assez bien acceptée en doctrine et se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, même si les applications que celle-ci en fait peuvent souvent paraître opportunistes et peu cohérentes. En Belgique, on la retrouve sous la plume d'auteurs éminents. En revanche, elle paraît quasiment absente de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Sur un plan pratique, cette distinction apparaît à la fois commode et malaisée à appliquer. Commode parce qu'elle satisfait aussi bien des motifs d'équité que de facilité de preuve. Équité tout d'abord, parce que le fait d'imposer la charge de la preuve à la partie qui invoque l'exécution non-conforme évite des contestations dilatoires. Autrement, il suffirait, pour s'exonérer de ses obligations, d'invoquer la mauvaise exécution des obligations du cocontractant, sans devoir apporter la moindre preuve. Une simple allégation ferait l'affaire. Facilité de preuve ensuite, parce que, bien souvent, la partie qui invoque l'inexécution partielle a la maîtrise

de l'objet de l'obligation et se trouve donc mieux placée pour établir le caractère insatisfaisant de l'exécution (l'acheteur est en possession de la chose vendue, le maître de l'ouvrage dispose de l'objet des travaux, etc.). Malaisée cependant, parce que la frontière entre inexécution totale et inexécution partielle est difficile à tracer. J'ai suggéré d'assimiler l'exécution quantitativement partielle à l'inexécution complète mais cette opinion demandera confirmation.

Enfin, outre qu'elle permet de laver la jurisprudence de la Cour de cassation de ses contradictions, cette distinction aboutit à un résultat assez homogène, que l'on retrouve aussi bien dans l'examen de l'exception d'inexécution que dans l'analyse des obligations de moyens ou de résultat : une fois l'obligation exécutée, la preuve de la mauvaise exécution (existence de malfaçons, d'un défaut de conformité, information fournie insuffisante ou erronée, prestations accomplies non satisfaisantes...) incombe toujours à celui qui l'invoque. Cela vaut aussi bien que l'obligation soit de moyens ou de résultat (la seule différence est que, en cas d'obligation de résultat, le créancier ne doit pas prouver la faute du débiteur). Cela vaut également que cette partie soit demanderesse (en résolution, en dommages-intérêts — la preuve de la mauvaise exécution est alors nécessaire pour établir le fondement de la demande) ou défenderesse et soulève l'exception d'inexécution pour refuser d'exécuter ses propres obligations.

Comme je l'ai dit d'emblée, les problèmes de charge de la preuve sont complexes. La théorie simple et utilisable de manière généralisée relève du mythe en cette matière. Dans ce contexte, la distinction entre obligation totalement et partiellement inexécutée est un effort doctrinal estimable pour rétablir une cohérence dans la jurisprudence et fournir aux praticiens des critères relativement clairs et opérationnels pour déterminer la charge de la preuve. Même si elle reste assez méconnue, elle est pourtant admise en Belgique par des auteurs éminents. Reste à passer la barrière de la Cour de cassation pour qu'on puisse définitivement considérer qu'elle a droit de cité dans notre pays.