

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'administration de la preuve et les mesures d'instruction

Mougenot, Dominique

Published in:
Actualités en droit judiciaire

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2013, L'administration de la preuve et les mesures d'instruction. dans H Boularbah & F Georges (eds), *Actualités en droit judiciaire*. vol. 145, CUP, vol. 145, Larcier , Bruxelles, pp. 303-345.

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.

5

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES MESURES D'INSTRUCTION

Dominique Mougenot

juge au tribunal de commerce de Mons

maître de conférences à l'UNamur et maître de conférences invité à l'U.C.L.

Sommaire

Section 1	
Thèmes généraux	304
Section 2	
La production de documents	317
Section 3	
L'enquête	322
Section 4	
L'expertise	331
Section 5	
L'administration de la preuve transfrontalière	341

Section 1

Thèmes généraux

1. **Utilité des mesures d'instruction.** En principe, la production des preuves devant le juge relève de l'initiative des parties. Chaque partie a l'obligation de prouver les faits qu'elle allègue (C. jud., art. 870) et supporte donc la responsabilité d'apporter au débat les éléments de preuve utiles pour conforter sa thèse. Toutefois, les parties peuvent demander au juge d'organiser des mesures d'instruction pour récolter les preuves dont elles ne disposent pas. C'est une des facettes du « droit à la preuve »¹, qui est lui-même une manifestation du droit au procès équitable. La cause n'est pas entendue équitablement lorsqu'une partie est privée de son droit à rapporter la preuve des faits qui appuient ses prétentions². Ces mesures d'instruction sont énumérées par le Code judiciaire mais certains auteurs considèrent que cette liste n'est pas exhaustive et que le juge pourrait ordonner des mesures non prévues par la loi³. La jurisprudence reconnaît toutefois le caractère subsidiaire de ces mesures d'instruction : elles ne sont pas prévues pour suppléer la carence des parties sur le plan probatoire⁴. En d'autres termes, il appartient à chacun de constituer son propre dossier. Le juge n'interviendra pour combler les lacunes que lorsqu'une partie ne peut utilement fournir les éléments de preuve adéquats. Ce caractère subsidiaire est le plus marqué pour l'expertise, vu la lourdeur et le coût de cette procédure.

Avant de se pencher sur les problèmes spécifiques posés par chaque mesure d'instruction, il est utile d'évoquer quelques thèmes transversaux, qui touchent de manière générale à toute la matière de l'administration de la preuve devant le juge.

1. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n° 100, p. 410; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, L.G.D.J., 2010, n° 329.
2. A. KOHL, « Arbitrage et production de documents. Du droit à la preuve dans la procédure arbitrale de droit interne », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 318, n° 9; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, pp. 7 et s., n° 14. A. BERGEAUD (op. cit., n°s 252 et s.) fonde ce droit sur les principes de loyauté et d'effectivité de la justice, qui s'apparentent au droit au procès équitable.
3. G. DE LEVAL, « Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ? », *Ann. dr. Liège*, 1990, pp. 417 et s. Voy. aussi : G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, p. 35; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., n° 93, p. 405; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 633.
4. Civ. Mons, 29 mai 1991, *Bull. ass.*, 1994, p. 128; Civ. Gand, 3 novembre 1989, *Bull. ass.*, 1991, p. 585; Civ. Termonde (réf.), 15 février 1996, *T.G.R.*, 1996, p. 196.

A. La collaboration des parties à l'administration de la preuve

2. **Un principe largement admis.** Si l'article 870 du Code judiciaire impose à toute partie qui avance 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*)⁵. La collaboration des parties à l'administration de la preuve est alors le moyen de rétablir l'équilibre entre elles sur le plan probatoire. L'idée qu'il existe un devoir de collaboration à l'administration de la preuve est admise par la majorité de la doctrine⁶.

5. 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 Charte, 2003, p. 49, n° 33; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtelijk recht*, Themis, n° 59, Bruges, La Charte, 2010, pp. 35 et s., spéc. p. 39, n° 7.
6. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 348; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », op. cit., p. 39, 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 Charte, 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*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, 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. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., 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, op. cit., p. 49, n° 33; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk 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 Charte, 2004, pp. 131-132; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93, n° 27; S. RUTTEN, « Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, La Charte, 2008, p. 30; S. STUNS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1989-1990, p. 1016; S. STUNS, *Verbindenissen-*

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 particulière⁷.

3. Position 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 2004⁸, 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 2007⁹, 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.

recht, livr. 2, Bruges, La Charte, 2009, n° 208, p. 156; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 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°s 29 et s.

7. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia rechtswetenschappen, 2000, p. 214, n° 177; B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak », *R.D.J.P.*, 2010, pp. 55 et s.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 125, p. 134.

8. 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 J.-P. BUYLE; *J.J.P.*, 2007, p. 392, note R. STEENNOT.

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

B. La légalité des preuves

4. La jurisprudence Antigone et son application en matière civile. Le droit à la preuve, dont l'existence a été relevée ci-dessus (*supra*, n° 1), se manifeste tout d'abord par le droit pour chaque partie de produire les preuves qu'elle détient. Lorsque des mesures d'instruction ne sont pas nécessaires, parce que le dossier des parties est suffisamment complet, celles-ci doivent avoir la possibilité, pour défendre équitablement leur thèse, d'apporter au débat l'intégralité des preuves qu'elles ont pu rassembler. Ce droit n'est toutefois pas sans limite. En effet, il était traditionnellement admis que les preuves recueillies en violation de la loi ou de manière déloyale, par surprise ou par ruse, devaient être écartées¹⁰. La jurisprudence récente a toutefois remis cette règle en question.

En matière pénale, la Cour de cassation a décidé, de manière constante depuis plusieurs années, que les preuves recueillies de manière irrégulière ne pouvaient être écartées que si elles violaient une règle prescrite à peine de nullité ou si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou encore lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable¹¹. En dehors de ces trois cas, les preuves illégales doivent être reçues. Ce courant jurisprudentiel est fréquemment désigné sous le nom de jurisprudence « Antigone » ou « Antigoon », du nom de l'affaire dans laquelle le premier arrêt a été rendu. Cette jurisprudence n'a pas été considérée comme contraire au droit au procès équitable par la Cour constitutionnelle¹².

10. B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geloofwaardigheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 18; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 56.

11. Cass., 14 octobre 2003, *N.j.W.*, 2003, p. 1367; *Pas.*, 2003, p. 1607, concl. DE SWAEF; *R.A.B.G.*, 2004, p. 333, note SCHUERMANS; *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note F. KUTY; *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. DE SWAEF; *R.W.*, 2003-2004, p. 814, concl. DE SWAEF; *T. Strafr.*, 2004, p. 129, note P. TRAEST; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1795, concl. M.P.; *R.A.B.G.*, 2005, p. 504, avis DUINSLAEGER; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note VAN MEERBEECK et MAHIEU; *R.W.*, 2005-2006, p. 387, note POPELIER; *T. Strafr.*, 2005, p. 285, note VERSTRAETEN et DE DECKER; Cass., 16 novembre 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 587; *Pas.*, 2004, p. 1802, concl. M.P.; *R.A.B.G.*, 2005, p. 511, avis DUINSLAEGER, note SCHUERMANS; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36 et p. 40, note VAN MEERBEECK et MAHIEU; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 665 (somm.), note DE VALKENER; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500; *R.A.B.G.*, 2004, p. 1061, note SCHUERMANS; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 661 (somm.), note DE VALKENER; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, obs. BEERNAERT; *Journ. proc.*, 2005, p. 23, concl. VANDERMEERSCH, note TOUSSAINT; *Pas.*, 2005, p. 505, concl. VANDERMEERSCH; *R.A.B.G.*, 2005, p. 1161, concl. M.P., note BERNEMAN; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668, concl. VANDERMEERSCH, note DE VALKENER; *Chron. D.S.*, 2006, p. 10, note; Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109; *J.L.M.B.*, 2006, p. 585, note; *Pas.*, 2005, p. 1904; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211; *T. Strafr.*, 2006, p. 25, note VERBRUGEN; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437; *Chron. D.S.*, 2008, p. 379 (somm.), note; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226; *R.W.*, 2008-2009, p. 110, note DE SMET; *T. Strafr.*, 2008, p. 274; Cass., 23 mars 2010, *R.G.* n° P.10.0474.N.

12. C.C., 22 décembre 2010, arrêt n° 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298; *R.W.*, 2010-2011, p. 895.

L'application de cette jurisprudence en matière civile fait toujours débat actuellement. Dans un premier temps, cette jurisprudence n'a pas été suivie par les juridictions de fond en matière civile et commerciale¹³. Celles-ci ont persisté à écarter les preuves recueillies de manière illégale ou déloyale. Certaines juridictions ont pris la peine d'indiquer que cette jurisprudence nouvelle n'était pas transposable et ne concernait que la matière pénale¹⁴.

Le 10 mars 2008¹⁵, la Cour de cassation a rendu, en matière de chômage, un arrêt reprenant, au mot près, l'enseignement des arrêts pénaux. Cette curieuse rédaction a amené certains auteurs à se demander si la portée de cette jurisprudence n'était pas limitée aux matières touchant à l'ordre public¹⁶. En outre, la répression du travail en noir s'apparente très fort au droit pénal, ce qui plaiderait pour une lecture assez restrictive de l'arrêt. La plupart des commentateurs ont toutefois estimé que l'enseignement de la Cour dans cette décision était général et valait comme décision de principe pour toute la matière civile¹⁷. Cependant, dans un

13. C. trav. Bruxelles, 10 février 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 141; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 143; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1507; Pol. Bruges, 15 septembre 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 334; Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117; Gand, 11 février 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117; Gand, 6 septembre 2006, *D.A.O.R.*, 2007, p. 326; C. trav. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, *R.G.* n° 8038/06, www.juridat.be; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177; *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER; C. trav. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER, *R.G.C.F.*, 2008, p. 463. Voy. aussi, en matière disciplinaire: Conseil appel Ordre des médecins, 22 décembre 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 493, note BREWAEYS.
14. C. trav. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 392; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389.
15. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, obs. R. DE BAERDEMAEKER; *N.j.W.*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK; *Ors.*, 2008, p. 27; *Pas.*, 2008, p. 652; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KEFER.
16. S. GILSON et K. ROSIER, «La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore», *Chron. D.S.*, 2010, pp. 289 et s., n° 3; Th. LÉONARD et K. ROSIER, «La jurisprudence "Antigone" face à la protection des données: salvatrice ou dangereuse?», *R.D.T.I.*, 2009, pp. 5 et s., n° 3; D. MOUGENOT, «Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles», *D.A.O.R.*, 2011, p. 246, n° 11.
17. F. KEFER, «Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves», *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 9; F. KEFER, «La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié», in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191 et s., n° 24; R. DE BAERDEMAEKER, «Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens...», *J.L.M.B.*, 2009, p. 585; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, «Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise», in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32; I. VERHELST et N. THOLEN, «Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs», *Ors.*, 2008, pp. 197 et s., spéc. p. 205; J. VAN COMPERNOLLE, «L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil», in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, pp. 7 et s., n° 10.

arrêt du 10 novembre 2008, la Cour a confirmé une décision qui appliquait la règle classique, selon laquelle une preuve irrégulière (en l'occurrence une correspondance arrivée irrégulièrement en possession de son utilisateur) devait être écartée¹⁸. Toutefois, à nouveau, la majorité des auteurs a estimé qu'il ne fallait pas y voir un retour en arrière de la Cour et que la portée de cet arrêt était limitée¹⁹. La situation n'a pas évolué depuis lors et on attend toujours un arrêt qui ferait la lumière sur la position précise de la Cour.

Les atermoiements de la Cour de cassation sur ce point n'ont pas empêché la majorité des juges du fond, en matière civile, d'appliquer l'arrêt du 10 mars 2008 et d'utiliser ce que l'on a maintenant coutume d'appeler le «test Antigone», pour vérifier si les preuves illégales ou déloyales doivent être écartées²⁰. Récemment toutefois, la cour du travail de Bruxelles²¹, suivant la doctrine minoritaire, a considéré que l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 ne s'appliquait que lorsque l'ordre public est en cause et a refusé d'utiliser le «test Antigone» en droit du travail. Tant que la Cour de cassation ne se sera pas prononcée de manière plus claire, cette discordance pourrait se maintenir.

5. Le «test Antigone». Si on applique les critères généraux mentionnés dans l'arrêt du 10 mars 2008, les juges devront vérifier si les preuves litigieuses:

- a) ne violent pas une forme prescrite à peine de nullité; les cas de nullité sanctionnant des irrégularités relatives à la réception de preuves en matière civile étant extrêmement rares, l'écartement de preuves pour ce motif sera peu fréquent²²;
- b) ne voient pas leur fiabilité affectée par l'irrégularité; les commentateurs font toutefois observer que les preuves non fiables ne peuvent

18. Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347; *J.T.T.*, 2009, p. 18.

19. En fait, le pourvoi lui-même partait du principe classique de l'écartement des preuves illégales, ce qui limitait évidemment le pouvoir d'appréciation de la Cour. Voy.: F. KEFER, «Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves», *op. cit.*, n° 10; B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken in recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte», *Gerechtigd recht*, Themis, n° 59, Bruges, La Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 36; J. VAN COMPERNOLLE, «L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil», *op. cit.*, n° 10, note 36 (où figure une coquille: il faut lire 10 novembre 2008 au lieu de 10 mars 2008); voy. cependant, pour une autre lecture de cet arrêt: D. MOUGENOT, «Antigone face aux juges civils», *op. cit.*, n° 12.

20. N'ont toutefois pas fait usage du «test Antigone»: C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 236, note D. MOUGENOT; Trib. trav. Liège, 9 septembre 2008, *R.G.* n° 371.015, www.juridat.be; C. trav. Bruxelles, 5 novembre 2009, *R.G.* n° 2009/AB/52381, www.juridat.be, cette dernière décision considérant, à tort, que l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 a été prononcé en matière pénale.

21. C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT.

22. D. MOUGENOT, «Antigone face aux juges civils», *op. cit.*, n° 16.

en tout état de cause pas être retenues par le juge, qu'elles soient recueillies de manière légale ou non²³;

- c) ne portent pas atteinte au droit au procès équitable; sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le fait d'utiliser des preuves portant atteinte à un autre droit fondamental protégé par la Convention, tel que le droit à la vie privée, n'a pas automatiquement pour conséquence que le procès n'a pas été équitable²⁴; la question de savoir si des preuves recueillies de manière déloyale portent atteinte au principe du procès équitable est controversée; certains auteurs considèrent que le manque de loyauté peut donner lieu à une atteinte au procès équitable²⁵ alors que d'autres s'y opposent, considérant que la loyauté procédurale et le procès équitable constituent des principes distincts²⁶; le critère du respect du procès équitable reste assez flou à l'heure actuelle et on peut noter à ce niveau un risque de dérive; en effet, si on limite le respect du procès équitable au respect du contradictoire, il suffirait qu'un débat puisse s'instaurer devant le tribunal concernant la légalité des preuves pour que, *ipso facto*, elles soient déclarées recevables par le juge²⁷; une telle interprétation rend le débat sur l'irrégularité des preuves pure-

23. B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte», *op. cit.*, n° 18; M.-A. BEERNAERT, «La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites», *J.L.M.B.*, 2005, p. 1103; F. KÉFER, «Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves», *op. cit.*, n° 14; Fr. KUTY, «La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale», in *La preuve. Questions spéciales*, CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, pp. 7 et s., n° 36; Ph. TRAEST, «Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit», *T. Strafr.*, 2004, p. 137.
24. Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, §§ 34-35; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, §§ 76-77; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, §§ 42-43; Cour eur. D.H., 1^{er} mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, §§ 85-86; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, §§ 89-90; Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, §§ 41-42, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1928; *R.A.B.G.*, 2010, p. 5, note SCHUERMANS; *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 312, note COLETTE-BASECQZ; *T. Strafr.*, 2009, p. 289.
25. F. KÉFER, «Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves», *op. cit.*, n° 16; D. MOUGENOT, «Antigone face aux juges civils», *op. cit.*, n° 19.
26. B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte», *op. cit.*, n° 21.
27. C'est le genre de raisonnement que l'on trouve dans les décisions suivantes: C. trav. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 555; C. trav. Liège, 20 septembre 2010, *Ors.*, 2010, n° 9, p. 27, note PATERNOSTRE; *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899; *J.T.T.*, 2011, p. 90; C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715; *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note RUCKAERT. Même si le respect de la contradiction est un élément capital de l'appréciation des preuves (arrêt *Lee Davies*, cité ci-dessus; voy. aussi J. VAN COMPERNOLLE, «Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil», *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 729 et s., spéc. pp. 733 et s.), l'appréciation des preuves irrégulières ne peut se réduire à cet aspect des choses.

ment formel et démontre que des critères d'appréciation plus fins doivent être mis en place; certains auteurs suggèrent de se placer sur le terrain de l'égalité des armes: la partie qui utilise des preuves irrégulières bénéficierait d'un avantage anormal par rapport à la partie qui respecte strictement la légalité²⁸; d'autres proposent d'écarter les preuves recueillies par le biais d'une infraction pénale²⁹...

La Cour de cassation ajoute, dans l'arrêt du 10 mars 2008 précité, plusieurs critères secondaires d'appréciation, pour guider le juge dans sa démarche:

- le caractère purement formel de l'irrégularité;
- sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée;
- la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement;
- la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité;
- le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction;
- le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

Ces différents critères proposés en ordre subsidiaire sont probablement plus éclairants, dans cette matière, que les trois critères principaux évoqués ci-dessus. Ainsi, le caractère intentionnel ou non de l'irrégularité, le fait que le droit que l'on cherche à protéger (droit à la vie privée ou tout autre droit) est totalement annihilé ou simplement amoindri, ou encore la comparaison entre la gravité de l'irrégularité et celle du manquement que l'on cherche à prouver, sont des éléments importants de l'appréciation du juge. On aimerait savoir si ces critères peuvent être appliqués de manière autonome ou si, comme la rédaction de l'arrêt le donne à penser, ils ne peuvent servir que de critères complémentaires dans la détermination des trois critères principaux³⁰. En tout cas, la Cour a précisé que le juge n'était pas tenu d'examiner la totalité des critères cités³¹.

28. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, «Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigone'», *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 14.
29. V. PERROCHEAU, «Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves», *Petites Affiches*, 2002, pp. 6 et s., spéc. p. 16; N. COLETTE-BASECQZ, «L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable: la jurisprudence "Antigone" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 335; M.-A. BEERNAERT, «La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites», *J.L.M.B.*, 2005, p. 1108.
30. Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, *op. cit.*, n° 20.
31. Cass., 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N.

Dans la plupart des cas, les preuves irrégulières ont passé victorieusement le test et ont été retenues par les cours et tribunaux³². Toutefois, ont été écartées, malgré l'application du test Antigone, des preuves recueillies lors d'un vol³³ ou d'investigations d'un détective privé se faisant passer pour un client³⁴.

On voit donc que la matière reste parsemée de questions dont la réponse est incertaine. Même si la jurisprudence des juges du fond est assez convergente, il n'est pas sûr, au stade actuel des choses, que la jurisprudence Antigone soit intégralement applicable en procédure civile. Par ailleurs, les critères proposés par la Cour de cassation restent très calqués sur la matière pénale et sont d'une application délicate en matière civile. La mise en balance des intérêts des parties et de la gravité respective de leurs fautes est délicate. J. van Compernelle relève à juste titre que, dans les litiges civils, les parties sont *a priori* sur pied d'égalité, ce qui rend plus difficiles les pondérations entre leurs intérêts respectifs³⁵. Si l'application de cette jurisprudence en matière civile se confirme, il faudra sans doute attendre un certain temps avant de voir émerger des critères récurrents, avec le risque que l'appréciation se fasse à chaque fois en fonction des exigences du cas d'espèce et qu'il soit difficile de tirer des lignes de conduite des décisions prononcées.

C. La confidentialité des preuves

6. **Position du problème.** Un autre aspect embarrassant de cette problématique est le conflit entre droit à la preuve et confidentialité des preuves. Il se peut en effet qu'une partie ne souhaite pas divulguer certaines informations confidentielles, bien que celles-ci soient importantes ou décisives pour la solution du litige. Différents cas de figure peuvent se présenter. Soit la partie en question a besoin de cette preuve pour établir le droit qu'elle invoque. Elle doit alors choisir entre produire cet élément de preuve, au risque que cette divulgation d'information lui soit préjudiciable, et occulter ces informations, au risque de perdre son procès pour insuffisance de preuve. Si elle choisit de produire ces pièces se pose alors la question de savoir si elles devront nécessairement être portées à la connaissance de la partie adverse et, dans l'affirmative, comment. Il se peut également que ce soit la partie adverse qui exige la production de

32. Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, *www.juridat.be*; C. trav. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK, note sous Cass., 10 mars 2008, précité, nos 18 et 19; C. trav. Mons, 14 septembre 2009, R.R.D., 2008, p. 535; C. trav. Liège, 20 septembre 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1899.

33. C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833, *www.juridat.be*.

34. Mons, 2 mars 2010, J.T., 2010, p. 296, note D. MOUGENOT.

35. J. VAN COMPERNELLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *op. cit.*, spéc. p. 743.

ces informations, dans le cadre de la collaboration des parties à l'administration de la preuve. La confidentialité pourrait alors être invoquée par le destinataire de cette injonction pour refuser de fournir les pièces ou informations demandées.

7. **Le secret des affaires.** En matière commerciale, la question de la confidentialité des preuves se pose sous les contours du respect du secret des affaires. Le secret des affaires n'a pas de définition légale. Plusieurs définitions de ce concept ont été données par la doctrine³⁶. Je retiens la dernière en date, qui me paraît la plus complète et la plus adéquate : le secret des affaires concerne toute information de l'entreprise, que celle-ci considère comme confidentielle et dont la divulgation à des tiers lui causerait un préjudice commercial ou financier sérieux³⁷. Le fondement juridique du secret des affaires est traditionnellement recherché dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée, également applicable aux entreprises³⁸). Certains auteurs estiment toutefois que l'article 6 de cette convention (droit au procès équitable) constituerait un fondement plus adéquat³⁹. Le respect du secret des affaires est considéré comme un principe général en droit européen⁴⁰. Les procédures devant les autorités européennes sont d'ailleurs organisées pour que la confidentialité de certaines informations soit préservée⁴¹. Mais ces procédures sont très particulières et de nature très inquisitoire. En revanche, la question de savoir si des preuves confidentielles pourraient être admises par le tribunal sans avoir été soumises à débat, dans le cadre d'une procédure civile ordinaire, n'a pas encore trouvé de réponse claire⁴². En effet, la procédure classique est régie de manière forte par le principe du contradictoire. Celui-ci s'oppose à ce que

36. J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93 et s., n° 12; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 555; B. TILLEMANS, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », J.T., 1993, p. 552; S. JOCHIMS, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof », R.A.B.G., 2008, p. 389.

37. B. ALLEMEERSCH, « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », in *Zakengeheim*, coll. *Recht en onderneming*, vol. 41, Bruges, La Charte, 2012, pp. 1 et s., n° 4.

38. Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*.

39. B. ALLEMEERSCH, « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », *op. cit.*, n° 18.

40. C.J.C.E., 24 juin 1986, *AKZO Chemie*, aff. C-53/85; C.J.C.E., 19 mai 1994, *SEP*, aff. C-36/92; C.J.C.E., 14 février 2008, *Varec*, aff. C-450/06. Voy. P. L'ECLUSE et K. T'SYEN, « De bescherming van zakengeheimen in het Belgisch en Europees mededingingsrecht: wat geheim is blijft geheim ... of toch niet ? », *Cah. jur.*, 2011/1, pp. 20 et s.

41. D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 112 et s., n° 9.

42. Dans l'arrêt *Mobistar*, la Cour européenne de justice a déclaré ces principes applicables devant une juridiction ordinaire (relevant de l'Ordre judiciaire) – C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Mobistar c. I.B.P.T.*, aff. C-438/04. On se trouve toutefois toujours dans un cas de contentieux régulateur.

le juge puisse prendre en considération des pièces qui n'auraient pas été portées à la connaissance de toutes les parties. La confidentialité ou le secret des affaires devront-ils dès lors être systématiquement sacrifiés ?

8. Quelques principes à respecter. La lecture des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme permet de retenir quelques principes, assez généraux, qui donnent des lignes de conduite à respecter dans cette matière.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la confidentialité de certaines parties du dossier sera admise lorsque la divulgation d'informations causerait à la personne ou l'entreprise concernée un *préjudice particulièrement grave*⁴³. La procédure doit respecter, *dans son ensemble*, le principe du procès équitable (ce qui autorise une dérogation ponctuelle au principe du contradictoire)⁴⁴.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme précise que les restrictions aux droits de la défense du fait de la confidentialité de certaines données doivent rester *exceptionnelles*⁴⁵. En matière civile, les exceptions à la contradiction doivent se fonder sur des *motifs légitimes*⁴⁶. Si des entorses au principe du contradictoire sont ainsi admises, elles doivent être *compensées par la garantie qu'offre la procédure suivie devant la juridiction*⁴⁷.

Ces principes sont rappelés par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 19 septembre 2007⁴⁸.

9. Solutions pratiques. Tous les dossiers où se posent des questions de confidentialité ne créent pas des problèmes insolubles, surtout si les parties mettent un peu de bonne volonté à les résoudre. Ainsi, il est possible de produire une version non confidentielle du dossier, dont les données à protéger ont été exclues. On peut aussi fournir des documents dont certaines mentions ont été masquées⁴⁹. Il est possible de laisser un tiers de

confiance soumis au secret professionnel (réviseur, expert...) procéder au tri des données confidentielles et non confidentielles⁵⁰. Dans les dossiers de marchés publics ou de concurrence, on utilise parfois le procédé de la *data room*: les pièces confidentielles sont mises à disposition de la partie adverse dans une pièce, dont elles ne peuvent sortir et où aucune copie ne peut être prise.

La cour d'appel de Bruxelles⁵¹ a clairement indiqué qu'il n'était pas question de transmettre la responsabilité du tri des données à un expert. Elle a donc invité les parties à lui transmettre les données sensibles pour faire le tri elle-même. Cette solution est certainement la plus conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁵², qui exige que le contrôle de confidentialité soit réalisé par un juge indépendant et impartial. Cette technique pose cependant un problème: pour apprécier si une pièce est confidentielle ou non, il faut en prendre connaissance. Donc, même s'il s'agit, à ce stade, d'un simple tri des données, le juge a déjà lu la pièce litigieuse. Le fait de déléguer la mission à un tiers évite cette difficulté.

Cela étant, l'opprobre jetée sur l'intervention de l'expert est-elle justifiée ? Il est inévitable que l'intervention d'un expert entraîne une forme de délégation du pouvoir de juridiction. Mais c'est un phénomène général en matière d'expertise: le juge, par son incompétence dans le domaine technique, n'est pas en mesure de remettre en cause l'avis de l'expert, qui servira de fondement à son jugement. Le phénomène est connu et admis, pour autant que l'expert soit lui-même indépendant et impartial et que l'expertise soit conforme au principe du procès équitable⁵³. Il ne me paraît donc pas critiquable que l'appréciation du caractère confidentiel ou non des documents soit laissée à un expert, sachant qu'en tout état de cause, le dernier mot appartient au juge. C'est lui qui tranchera si l'expert bute sur une difficulté.

10. Position de la Cour de cassation. La Cour de cassation s'est penchée sur cette problématique, dans un arrêt du 2 novembre 2012⁵⁴. Le cas qui lui était soumis concernait précisément une *data room*. Dans le cadre d'une expertise, certaines pièces confidentielles ont été rassemblées dans une pièce, où la partie adverse pouvait les consulter aussi longtemps et aussi souvent qu'elle le souhaitait, mais sans pouvoir en prendre ou en recevoir de copie. Cette partie a considéré que ses droits de la défense étaient méconnus.

43. C.J.C.E., 24 juin 1986, *AKZO Chemie*, aff. C-53/85, §§ 28-29.

44. C.J.C.E., 14 février 2008, *Varec*, aff. C-450/06.

45. Cour eur. D.H., 21 juin 2007, *Antunes et Pires c. Portugal*, § 35.

46. Cour eur. D.H., 9 juin 1998, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, § 86. Th. BOMBOIS et C. DUBOIS (« La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics: l'arrêt *Varec* de la Cour de justice », *J.T.*, 2008, pp. 426 et s., II, b. et note 53) relèvent que, dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, les exigences du contradictoire sont en principe les mêmes au civil et au pénal mais que, concrètement, la Cour paraît moins exigeante en matière civile.

47. Cour eur. D.H., 20 février 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, § 72; Cour eur. D.H., 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, §§ 51-53; Cour eur. D.H., 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, § 184.

48. C.C., 19 septembre 2007, arrêt n° 118/2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1498; *R.A.B.G.*, 2008, p. 382, note JOCHEM; *R.W.*, 2007-2008, p. 423 (somm.); *R.W.*, 2007-2008, p. 1318 (somm.).

49. Comm. Hasselt, 18 avril 2001, *Ann. prat. comm.*, 2001, p. 284; voy. aussi Comm. Gand (prés.), 8 janvier 1990, *Ing.-Cons.*, 1990, p. 60.

50. Liège, 22 mai 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 468; Comm. Tongres (réf.), 13 février 2007, *R.D.J.P.*, 2009, p. 110; Anvers, 20 novembre 2007, *R.D.J.P.*, 2009, p. 109.

51. Bruxelles, 30 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1181; *J.D.S.C.*, 2012, p. 8, note COPEL; *R.D.J.P.*, 2011, p. 48, note.

52. C.C., 19 septembre 2007, arrêt n° 118/2007, *J.L.M.B.*, 2007, 1498; *R.A.B.G.*, 2008, p. 382, note JOCHEM; *R.W.*, 2007-2008, p. 423 (somm.); *R.W.*, 2007-2008, p. 1318 (somm.).

53. Cour eur. D.H., 2 juin 2005, *Cottin c. Belgique*, §§ 31 et s.

54. Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174, note DE LOPEM; *R.D.J.P.*, 2013, p. 53.

La Cour commence par rappeler que l'exigence du procès équitable impose de respecter le principe du contradictoire. Ce principe s'applique essentiellement devant le juge et non devant l'expert. Toutefois, l'expertise doit se dérouler de manière à ce que les parties puissent défendre efficacement leur position devant le juge. La Cour rappelle aussi que le secret des affaires trouve son fondement dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui assure la protection de la vie privée. Après ce préambule, elle s'attaque aux questions litigieuses. Elle indique que la personne lésée a également le droit de voir reconnue la confidentialité de son dossier. Elle n'est donc pas obligée de sacrifier ses secrets d'affaires par le seul fait qu'elle est demanderesse en justice. La Cour poursuit en décidant que les garde-fous mis en place par la cour d'appel suffisaient à garantir le droit au procès équitable. En effet, l'impossibilité de recevoir copie des pièces placées dans la *data room* était adéquatement compensée par le fait que les visiteurs pouvaient y accéder autant de fois et aussi longtemps qu'ils le souhaitaient. En outre, les pièces non confidentielles ont été communiquées normalement à la partie adverse. Enfin, la Cour a rejeté comme relevant de l'appréciation discrétionnaire du juge du fond le grief relatif à la limitation des droits de la défense résultant de l'accès restreint aux pièces, ainsi que l'absence de contrôle juridictionnel de la confidentialité des documents.

L'un des points les plus importants de cet arrêt est certainement la reconnaissance du droit du demandeur, victime d'une faute, à voir respecter ses secrets d'affaires, en ce compris pour des pièces pertinentes pour la solution du litige⁵⁵. En effet, dans l'arrêt du 20 novembre 2007 cité plus haut⁵⁶, la cour d'appel d'Anvers avait considéré que la communication des pièces à la partie adverse pouvait, après un tri effectué par un expert, se limiter aux seules pièces nécessaires pour la solution du litige. Comprenez par-là que la confidentialité des données n'était pleinement respectée que pour les données sans pertinence pour l'issue du procès. Pour les données pertinentes, la confidentialité était sacrifiée au profit du principe du contradictoire. Selon la Cour de cassation, même pour ces données pertinentes, des aménagements au principe du contradictoire sont envisageables. Le demandeur n'est donc plus nécessairement tenu de choisir entre la peste et le choléra, à savoir produire des pièces et sacrifier leur confidentialité ou ne pas les produire, pour sauvegarder ses secrets d'affaires, au risque de ne pas obtenir gain de cause devant le tribunal. Pour le surplus, la Cour confirme la solution adoptée par le juge du fond pour ménager à la fois la confidentialité des pièces et le principe du contradictoire. En l'espèce, il s'agissait de garantir l'accès illimité à ces pièces par le biais d'une *data room*, sans possibilité de copie. On conçoit volontiers que cette solution, assez lourde

55. Principe également affirmé par la cour d'appel de Bruxelles dans l'arrêt du 30 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1181; *J.D.S.C.*, 2012, p. 8, note COPEL; *R.D.J.P.*, 2011, p. 48, note.

56. Anvers, 20 novembre 2007, *R.D.J.P.*, 2009, p. 109.

et coûteuse, n'est possible que dans des dossiers particuliers. En outre, dans certains litiges, la simple communication des données à la partie adverse, même sans possibilité de copie, suffirait à faire naître le dommage dans le chef de la partie qui souhaite préserver ses secrets d'affaires. Dans ce cas, il sera plus délicat de trouver des mécanismes qui permettront à la fois de garantir une forme de contradiction, même alléguée, et la préservation de la confidentialité de ces informations. La Cour a renvoyé à l'appréciation du juge du fond certaines questions délicates, telles que l'appréciation du caractère suffisant des contreparties à la diminution de la contradiction. On aurait pu imaginer que le caractère confidentiel des données soit contrôlé par le juge⁵⁷. Enfin, la portée exacte de cet arrêt reste à déterminer. En effet on peut se demander si les solutions acceptées par la Cour ne s'appliquent qu'à la protection des secrets d'affaires, c'est-à-dire à l'égard d'une entreprise, ou pour toute atteinte à la vie privée en général⁵⁸. Par ailleurs, les arrêts commentés par la doctrine ont été rendus dans des affaires concernant des marchés stratégiques, importants pour l'économie. Dès lors, des atteintes aussi importantes au principe du contradictoire auraient-elles été admises dans des affaires plus banales⁵⁹?

Section 2

La production de documents

11. Liberté d'appréciation du juge quant à l'opportunité de la mesure. De manière générale, le juge apprécie toujours l'opportunité d'organiser une mesure d'instruction quelle qu'elle soit. Ce principe vaut également pour la production de documents. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que le juge n'est jamais tenu d'ordonner la production de pièces et décide souverainement en fait si la remise des pièces est nécessaire pour rendre son jugement⁶⁰. Un refus d'ordonner cette procédure n'induit pas, par principe, au manquement au droit au procès équitable⁶¹.

57. B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, « Geheim en bewijs in aansprakelijkheid procedures », *R.D.C.*, 2013, à paraître, n° 30. Cette question était toutefois moins cruciale dans le cas d'espèce, dès lors que les données confidentielles restaient accessibles, même si cet accès était limité. La partie adverse soutenait toutefois que cet accès limité était insuffisant, parce que l'impossibilité de prendre copie de ces pièces ne lui permettait pas d'assurer une défense efficace de ses intérêts.

58. E. DE LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir », *J.T.*, 2013, p. 180.

59. H. KEULERS, « De tegensprekelijkheid in het gerechtelijk deskundigenonderzoek versus de bescherming van bedrijfsgeheimen en de know-how: kunnen water en vuur verzoend worden? », *Bestendig handboek Deskundigenonderzoek*, Malines, Kluwer, 2012, p. III.8-7.

60. Cass., 24 juin 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 151, note VANDENBUSSCHE et SAMOY; Cass., 28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1504; *R.A.B.G.*, 2013, p. 250, note GOVAERTS; *T. Fam.*, 2012, p. 226, note SENAËVE.

61. Cass., 18 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 133.

12. Interdiction des mesures exploratoires. Sur quelles bases le juge pourra-t-il se fonder pour apprécier l'opportunité de la mesure ? Il faut qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou par un tiers d'un document⁶² contenant la preuve d'un fait pertinent. Il n'est pas exigé que le fait à prouver soit décisif mais il doit à tout le moins présenter une utilité pour la solution du litige. Le principe d'économie de procédure s'oppose en effet à ce que le juge ordonne des mesures dont l'utilité est douteuse. L'exigence de présomptions de l'existence du document empêche également les mesures d'instruction purement exploratoires⁶³. Cela vise les hypothèses dans lesquelles le demandeur n'a pas d'idée précise de ce qu'il cherche. En demandant de telles mesures d'instruction, il espère trouver des éléments utiles à sa thèse, sans toutefois être certain de leur existence. Il pourrait ainsi demander la production de toute la correspondance échangée entre son adversaire et un tiers, de tous les extraits bancaires relatifs à un compte donné, etc. Notre système judiciaire est marqué par l'idée que le juge civil ne peut se muer en juge d'instruction et que les parties sont les premières responsables de la constitution de leur dossier. Le rapport du Commissaire royal Van Reepinghen indiquait déjà à ce sujet : « L'obligation de collaborer à l'administration de la preuve doit cependant être soumise à certaines conditions, sous peine de dégénérer en un droit d'inquisition. Elle ne portera dès lors que sur des faits ou documents précis et pertinents, dont la connaissance est utile à la solution du litige. Le juge se montrera particulièrement vigilant à cet égard, rejetant toute demande de collaboration ou de production de pièces insuffisamment précise ou concluante. »⁶⁴ En d'autres termes, la production de documents ne peut pas se transformer en « perquisition privée »⁶⁵.

62. À noter qu'en France, l'exigence de présomptions de l'existence des pièces à produire est absente des art. 138 et 142 du Code de procédure civile. La simple vraisemblance de l'existence des pièces suffit donc : Cass. fr. (2^e civ.), 17 novembre 1993, *Dall.*, 1994, inf. rap., p. 6 ; voy. L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p. 860 ; L. CADIEU et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Lexis Nexis, 2006, n° 565.

63. Appelées aussi *fishing parties* ou *fishing expeditions* en droit anglo-américain ou *Ausforschungsbeweis* en Allemagne (voy. : G. WALTER, « Le droit à la preuve au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Constitution fédérale suisse », in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, CEDAM, 1994, p. 681).

64. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1963-1964, p. 212. Voy. aussi R. DEKKERS, « De la collaboration des parties dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 146 et s., n° 20 : il faut éviter « l'étalement de toute la documentation de l'adversaire dans l'espoir d'y trouver quelque chose de défavorable pour lui » ; J. VAN COMPERNOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. Dr. Louvain*, 1981, p. 93 ; S. STUNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *Jur. Falc.*, 1984-1985, p. 210 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antvers, Intersentia, 2007, p. 108, n° 417 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, op. cit., n°s 642 et 643.

65. R. PERROT, obs., *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 787.

La jurisprudence récente reste défavorable aux demandes de production d'informations ou de documents formulées de manière imprécise. Le tribunal de première instance de Bruxelles a ainsi considéré que détourne la procédure de son but la partie qui demande qu'une partie ou des tiers produisent tous les documents relatifs à certaines transactions dans l'espoir qu'il s'y trouve quelque chose de défavorable pour la partie adverse⁶⁶. La présidente du tribunal de commerce de Bruxelles a également refusé, à défaut de présomption suffisante de détention d'une pièce utile, que Google Belgium soit condamnée à communiquer l'identité de chaque personne qui, directement ou indirectement, a créé ou utilisé un mot clef déterminé, que ce soit comme lien sponsorisé et/ou lien associé, dans une période déterminée⁶⁷.

Notre droit se démarque ainsi du système américain, dans lequel, au contraire, les parties sont tenues de dévoiler tous les éléments généralement quelconques relatifs au litige, dans le cadre de la procédure de *discovery*⁶⁸. L'avantage majeur de la *discovery*, par rapport à nos techniques de constitution du dossier de pièces soumis au tribunal, est qu'elle permet d'avoir une idée plus complète des éléments de fait du litige, parce que tous les documents pertinents ont en principe été produits, en ce compris des pièces dont la partie demanderesse n'avait pas nécessairement connaissance⁶⁹. L'aboutissement de la *discovery* est évidemment la découverte du *smoking gun*, la pièce défavorable à la partie adverse qui emportera la décision du tribunal. Une des principales critiques adressées à ce système est son coût : la *discovery* engendre la production de masses de documents, dont le lien avec le litige est parfois assez ténu. Le traitement d'une telle quantité de pièces s'avère lourd et fastidieux⁷⁰.

66. Civ. Bruxelles, 3 février 2011, *T.R.V.*, 2011, p. 199.

67. Comm. Bruxelles (prés.), 12 janvier 2011, *I.R. D.I.*, 2011, p. 26.

68. « No longer can the time-honored cry of 'fishing expedition' serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying his opponent's case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession » (Hickman v. Taylor-329 U.S. 495 (1947)). Le lecteur trouvera un exposé sommaire de ces règles in P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de *discovery* ? », *J.T.*, 1997, pp. 225 et s. ; P. WAUTELET, « *Discovery* en W.H.P. », *R.D.C.*, 2000, pp. 244 et s.

69. R.L. MARKUS, « Extremism in the pursuit of truth is our 'virtue': the american infatuation with broad discovery », in *Truth and Efficiency in Civil Litigation*, Cambridge-Antvers, Intersentia, 2012, pp. 165 et s., spéc. pp. 167 et s.

70. R.L. MARKUS, op. cit., p. 170. Le droit anglais a tenté, lors de l'adoption des Civil Procedure Rules (C.P.R.) en 1999, de mettre un terme aux excès de la jurisprudence antérieure. Celle-ci se fondait sur la décision *Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* ((1882) 11 QBD 55), qui envisageait les documents pertinents pour la solution du litige de manière extrêmement large. Le concept de pertinence est actuellement défini de manière plus stricte en Angleterre qu'aux États-Unis. Pour bien marquer l'abandon des vieilles pratiques, la « *discovery* » a été rebaptisée « *disclosure* » en Angleterre. Des démarches similaires ont été menées dans d'autres pays du Commonwealth. L'impact

Comme indiqué ci-dessus, notre jurisprudence s'est montrée assez imperméable à toute contamination par ces principes⁷¹. Et pourtant, certains auteurs sont favorables à un assouplissement des règles d'admission de la production de documents⁷². Il est vrai que le droit à la preuve, déjà évoqué plus haut (*supra*, n° 1), est en cause dans cette réflexion. La production de documents ne peut certainement pas pallier les carences d'une partie dans la constitution de son dossier. Il n'est pas question non plus de transformer le juge civil en juge d'instruction, instruisant « à charge et à décharge ». Mais il se peut qu'une partie soit dans l'incapacité de prouver ses allégations, alors que la preuve se trouve, selon toute vraisemblance, en possession de la partie adverse. Dans ce contexte, refuser toute mesure d'instruction au motif que l'on n'est pas certain de la détention de l'élément de preuve en question par la partie adverse ne porte-t-il pas atteinte au droit de la partie qui demande cette mesure à rapporter la preuve des faits qui sous-tendent sa position ? N'est-ce pas l'enfermer dans un piège mortel : elle ne dispose pas de ces éléments de preuve, ne peut les obtenir par elle-même et ne peut les obtenir par l'intervention du juge⁷³. On bute cependant sur le texte clair de l'article 877, qui exige plus qu'une probabilité de détention : il faut des présomptions graves, précises et concordantes. Cela étant, entre la certitude de détention de pièces par la partie adverse ou un tiers et la détention tout à fait hypothétique se situe une zone grise, soumise à l'appréciation du magistrat. Certaines mesures d'instruction ne tendent pas à la production d'une pièce précise mais servent plutôt à se faire une idée générale du dossier de la partie adverse, voire même à pratiquer de l'espionnage commercial ou industriel⁷⁴. De telles mesures doivent certainement être refusées. En revanche, pour ce qui est des demandes qui tendent à la preuve d'un fait précis, les exigences du droit à la preuve doivent amener le juge à faire preuve de

de cette réforme est resté modeste, les avocats continuant généralement à appliquer la jurisprudence « Peruvian Guano » et à produire tous les documents généralement quelconques ayant trait au litige, soit par habitude, soit pour éviter d'engager leur responsabilité (R. JACKSON, *Review of civil litigation costs: final report*, Norwich, TSO, 2010, p. 368, 3.2). Même limitée, la procédure de *discovery* dans les États de *common law* reste bien plus extensive que notre procédure de production de documents (J.A. JOLOWICZ, « Discovery of documents in the common law and the forced production of documents in civil law systems », in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 535 et s., spéc. 538 et 547).

71. Même si elle admet leur validité dans leur propre ordre juridique. Ainsi, un juge belge s'est déclaré incompétent pour faire obstacle à une procédure de *discovery* écrasante, menée dans le cadre d'une procédure américaine impliquant une entreprise belge : Comm. Termonde (prés.), 3 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 242.
72. P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, *op. cit.*, n° 58 et s. ; W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, « Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs », *T. Fam.*, 2012, pp. 152 et s., n° 9 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, *op. cit.*, n° 643.
73. B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *op. cit.*, pp. 35 et s., n° 7.
74. A. BERGEAUD, *op. cit.*, n° 490 et s.

prudence et à ne pas rejeter trop vite la demande, au motif qu'il n'existe pas de présomptions suffisantes de la détention d'une telle pièce par la partie adverse ou par un tiers. Le juge devrait bien peser tous les éléments de la situation, vérifier si le demandeur ne poursuit pas un but illégitime et s'assurer que, en rejetant la demande de production de documents, il n'empêche pas définitivement la partie qui formule cette demande de rapporter la preuve de faits qu'elle est dans l'incapacité de prouver autrement. Le caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation du juge à cet égard autorise certainement un tel examen. Ainsi donc, sans rejeter les exigences de l'article 877, qui constituent un barrage aux procédures imprudentes ou vexatoires, le juge devra veiller à une application correcte du droit à la preuve des parties concernées. Il devra cependant aussi veiller au caractère exécutable des injonctions qu'il délivre. Un ordre de production de documents imprécis, assorti d'une astreinte, ne pourra que conduire à des difficultés d'exécution.

13. Utilisation de cette procédure à l'égard d'auxiliaires de justice. Selon la cour d'appel d'Anvers⁷⁵, il peut être ordonné au notaire commis qui, malgré une promesse formelle, néglige sérieusement de déposer son avis motivé concernant les dires et difficultés avancés par les parties, de déposer une copie certifiée conforme de son avis, sous peine d'astreinte, en application de l'article 877 du Code judiciaire. La question de l'application de l'article 877 à l'égard d'un auxiliaire de justice négligent revient de temps en temps dans la jurisprudence. Le tribunal de première instance de Gand avait déjà fait usage de cette procédure à l'égard d'un expert qui tardait à déposer son rapport⁷⁶. Cette solution n'apparaît pas très adéquate⁷⁷. En effet, l'article 877 n'est applicable que lorsqu'une partie ou un tiers *détient* une pièce pertinente. On peut douter que le notaire ou l'expert retiennent un rapport déjà rédigé mais non déposé. Si la pièce n'est pas fournie, c'est tout simplement parce qu'elle n'existe pas encore. Appliquer la procédure de production de documents dans ces circonstances revient à contraindre une personne à rédiger un document, donc effectuer une prestation, et non à remettre un document déjà existant. Cela me paraît un détournement manifeste de la procédure⁷⁸.

14. Sanction du refus de production de pièces. La production de documents peut être assortie d'une astreinte, ce qui la rend particulière-

75. Anvers, 9 mars 2011, *Limb. Rechtsl.*, 2011, p. 364, note SMEETS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 881.

76. Civ. Gand, 29 juin 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 77.

77. D. MOUGENOT, « La procédure de production de documents au secours d'une expertise en panne », *R.D.J.P.*, 2006, pp. 78 et s., n° 5.

78. Dans le même sens, Mons, 1^{er} octobre 2002, *J.T.*, 2002, p. 815, relativement à une demande d'injonction faite à une personne de produire le résultat d'une recherche dans une base de données, qui n'était pas encore effectuée.

ment efficace. À défaut, aucune exécution forcée de la mesure n'est possible. L'article 882 du Code judiciaire dispose que la partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra. C'est au demandeur de tels dommages-intérêts de démontrer que la partie condamnée à produire des documents est de mauvaise foi et qu'elle n'est pas en mesure d'invoquer un motif légitime pour appuyer son refus⁷⁹.

Section 3

L'enquête

La jurisprudence publiée en matière d'enquête est peu abondante. Les nouveautés viennent plutôt de l'intervention du législateur et de la jurisprudence européenne (cette dernière sera toutefois abordée à la fin du présent article).

A. Les témoignages écrits

15. Motif de la modification. Jusqu'en 2012, les témoignages constituaient l'archétype de la preuve orale. En effet, la réception des déclarations de témoins ne pouvait se faire qu'en respectant la procédure d'enquête détaillée dans le Code judiciaire aux articles 915 et suivants. Les témoins sont entendus par le juge lors d'une audience. Les déclarations écrites – même sous serment⁸⁰ – ne constituaient pas des témoignages mais des présomptions⁸¹. Sur le plan pratique, cela ne changeait pas grand-chose, étant donné que le régime des témoignages et présomptions est identique sur le plan probatoire : ils sont tous deux privés de force probante. Ils ne lient pas le juge et la preuve contraire peut être administrée par les parties par toutes voies de droit.

Dans leur rapport de synthèse sur l'état de la justice, rédigé à la demande de la ministre de la justice de l'époque, G. de Leval et F. Erdman ont stigmatisé la lourdeur de la procédure d'enquête et suggéraient

79. Bruxelles, 24 mai 2012, *ICIP*, 2012, p. 373; Anvers, 22 février 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 66.

80. De telles déclarations sont connues en droit anglo-américain sous le nom de *affidavit*.

81. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1790, p. 2415. Au contraire de la France, où, même sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, la Cour de cassation admettait déjà des formes écrites de témoignages (Cass. fr. civ., 2 mai 1950, *S.*, 1951, 1, p. 79; Cass. fr., 3^e civ., 11 janvier 1978, *Bull. civ.*, III, n° 30; *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 925, note PERROT).

d'admettre les attestations écrites, à l'instar du droit français⁸². Ils ont relevé qu'en France, le succès de ce nouveau type de mesure d'instruction a quasiment relégué les enquêtes aux oubliettes. Ils proposaient dès lors d'insérer dans le Code judiciaire un texte nouveau, qui était en fait la reproduction des dispositions du Code de procédure civile. Cette suggestion a été suivie par le législateur. La loi du 16 juillet 2012, modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil a introduit le mécanisme du témoignage écrit dans les articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire. Ces articles constituent, en réalité, la transposition littérale des articles 200 à 203 du Code procédure civile français.

16. Principe. Le principe est énoncé à l'article 961/1 nouveau du Code judiciaire : « Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir de tiers des déclarations, sous forme d'attestation, de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance ».

Ces attestations constituent désormais de vrais témoignages. Elles ne peuvent être remplies que par des personnes qui peuvent être entendues comme témoins (art. 961/2). Donc, par exemple, les enfants ne pourront établir d'attestations dans les litiges opposant leurs parents, sauf les exceptions prévues par la loi (art. 931, al. 2). Par ailleurs, l'attestation contient « la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés » (art. 961/2). Il ne s'agit donc pas d'avis ou d'explications techniques ou d'une production de documents qui ne contiennent pas un témoignage. Ces derniers tomberaient dans le champ d'application des dispositions relatives à la production de documents (art. 877 et s.). Le témoignage indirect est-il autorisé en cette matière ? Il n'est pas interdit pour les auditions orales de témoins, même si la prudence s'impose dans son interprétation⁸³. On peut dès lors établir un parallélisme pour les témoignages écrits⁸⁴. Certains auteurs toutefois, se fondant sur une lecture littérale de l'article 861 ainsi que sur la jurisprudence française, excluent toutefois le témoignage indirect dans cette matière⁸⁵.

82. F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice – Rapport de synthèse rédigé à la demande de Madame Laurette Onkelinx, vice-première ministre et ministre de la Justice*, juillet 2004, p. 223.

83. Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 768; *R.W.*, 1980-1981, col. 384.

84. D. MOUGENOT, « La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil », *J.T.*, 2012, pp. 633 et s., n° 10; D. PIRE, « La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 57; W. VANDENBUSSCHE et W. SYS, « Het bewijs door een schriftelijke verklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. *Verba volant, scripta manent?* », *T. Fam.*, 2013, pp. 30 et s., n° 8.

85. A. Hoc, « Les attestations écrites dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2013, p. 278; B. SAMYN, « Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel », *Juristenkrant*, 2012, p. 7.

En revanche, une déclaration enregistrée n'est, jusqu'à nouvel ordre, pas une preuve écrite et ne peut constituer une attestation. Il s'agira donc d'une présomption⁸⁶.

17. Procédure. Les règles de réception de ces attestations figurent à l'article 961/2 nouveau du Code judiciaire. Elles sont produites par les parties ou à la demande du juge. Le juge communique aux parties celles qui lui sont directement adressées, de façon à ce qu'elles puissent faire l'objet d'un débat contradictoire.

L'attestation mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

L'attestation indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature. Faut-il comprendre par là qu'elle doit être totalement manuscrite ? La doctrine française fait le parallèle avec le testament olographe et exige la forme intégralement manuscrite⁸⁷. Un auteur relève que l'obligation de rédiger l'attestation à la main incitera le témoin à peser davantage les termes qu'il utilise⁸⁸. Elle diminue peut-être un peu le risque d'attestations dictées par un tiers mais il ne faut pas faire preuve de trop de naïveté à ce sujet. Cette forme peut en revanche s'avérer gênante si l'attestation est longue ou un peu technique. Il ne faut toutefois pas trop s'appesantir sur ce débat puisque le juge apprécie librement l'incidence du non-respect des formes sur la validité de l'attestation (voy. *infra*) et qu'une attestation irrégulière en la forme peut toujours être admise comme présomption.

Les exigences sont donc plus poussées que pour les attestations produites antérieurement à l'adoption de la présente loi. À défaut de régime juridique particulier, elles n'étaient soumises à aucune règle de forme spécifique. Dès lors, un courrier simple émanant d'un tiers constituera, la plupart du temps, une attestation irrégulière pour non-respect des conditions de forme, même si ce courrier contient la relation d'un fait litigieux⁸⁹.

86. J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 2002, n° 635.

87. S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, 28^e éd., Paris, Dalloz, 2006, n° 1253.

88. A. HOC, *op. cit.*, p. 279.

89. H. CROZE et Ch. MOREL, « De l'effet probatoire des simples lettres », *Gaz. Pal.*, 1991, panor., p. 468.

La manière dont la demande d'attestation peut être communiquée aux tiers n'est pas régie par la loi. Un auteur suggère à cet égard d'appliquer la procédure prévue à l'article 877 pour les demandes de production de documents⁹⁰. C'est un peu solliciter le texte, dans la mesure où la rédaction d'une attestation ne correspond pas à la production d'un document préexistant. En outre, l'application littérale de l'article 878, qui régit la production de documents par des tiers, n'est pas possible. En effet, cet article permet au tiers de déposer la pièce en original ou en copie. Le dépôt d'une copie de l'attestation ne paraît en revanche pas conforme à l'exigence de signature de celle-ci.

Dans le cadre de la procédure d'enquête classique, le témoin récalitrant peut être cité à comparaître (art. 925). Une telle procédure n'est pas prévue et n'est d'ailleurs pas transposable en matière d'attestation écrite⁹¹. On ne peut utiliser la citation que pour contraindre quelqu'un à comparaître devant un tribunal. Le juge confronté à un refus de dépôt d'attestation pourrait basculer vers la procédure classique. Il me semble par ailleurs que l'astreinte pourrait également être utilisée en cette matière, si une partie en fait la demande.

18. Sanction du non-respect des règles de procédure. La loi ne prévoit aucune sanction en cas de violation des règles édictées au nouvel article 961/2. Cette problématique a donné lieu, en France, à un contentieux relativement important. Tout d'abord, les règles relatives à la preuve en droit belge ne sont pas d'ordre public⁹². Donc, ces règles nouvelles relatives aux témoignages écrits ne le sont pas non plus. À défaut de mention expresse du texte, il n'y a aucune raison de considérer comme nulles les attestations qui ne répondent au prescrit légal⁹³. En effet, l'article 961/2 du Code judiciaire constitue une règle de procédure. Or, en droit judiciaire, le juge ne peut prononcer aucune nullité qui ne serait prévue par la loi (C. jud., art. 860). L'absence de nullité est confirmée dans les travaux préparatoires de la loi⁹⁴.

90. D. PIRE, *op. cit.*, p. 51.

91. W. VANDENBUSSCHE et W. Sys, *op. cit.*, n° 14.

92. Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 520; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256; Cass., 11 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 697; *R.W.*, 2002-2003, p. 1219; Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1785; *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 266; *N.J.W.*, 2008, p. 120, note JOCQUE; *R.C.J.B.*, 2008, p. 527, note KIRKPATRICK; *R.D.C.*, 2008, p. 767; *C.R.A.*, 2008, p. 93; Cass., 22 février 2010, *R.G.* n° S.08.0153.F.

93. Jurisprudence constante en France: Cass. fr. (2^e civ.), 14 mars 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, jurispr., p. 419, note VIATTE; *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 665, note PERROT; Cass., fr. (2^e civ.), 21 novembre 1979, *Dall.*, 1980, inf. rap., p. 466, note JULIEN; Cass. fr. (3^e civ.), 12 décembre 1979, *ibid.*; Cass. fr. (2^e civ.), 23 avril 1980, *Bull. civ.*, II, n° 81; Cass. fr. (2^e civ.), 20 novembre 1988, *J.C.P.*, 1989, IV, p. 41; *Gaz. Pal.*, 1989, panor., p. 27; Cass. fr. (com.), 7 novembre 1989, *J.C.P.*, 1990, IV, p. 3; Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 novembre 1997, *Dall.*, 1998, inf. rap., p. 14; *Bull. civ.*, I, n° 327.

94. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53 0075/003, p. 4.

En revanche, le juge pourrait écarter une attestation qui ne répond pas aux conditions de forme édictées par la loi⁹⁵. Il l'écartera, non pas parce qu'elle est irrégulière, mais parce que les irrégularités dont elle est entachée ne permettent plus d'y ajouter foi⁹⁶. Il devrait évidemment motiver sa décision, en indiquant en quoi l'attestation n'est pas régulière et l'impact de cette irrégularité sur la preuve du fait contesté⁹⁷. Cette sanction n'est toutefois pas obligatoire⁹⁸. Le juge du fond est souverain pour apprécier si une attestation non conforme aux règles légales, présente ou non des garanties suffisantes pour emporter sa conviction⁹⁹. Il devrait être également possible de régulariser le vice de forme, même après qu'il ait été soulevé par la partie adverse¹⁰⁰. Cette solution souple est tout à fait conforme au principe d'économie de procédure.

19. Force probante. La preuve testimoniale n'a aucune force probante légale¹⁰¹. Cela signifie que le juge n'est pas tenu de considérer un fait comme établi, même en présence d'une déclaration d'un témoin en ce sens. Il doit tout au plus respecter la foi due aux actes, c'est-à-dire qu'il ne peut faire dire au témoin ce qu'il n'a pas dit¹⁰². Les parties pourront apporter la preuve contraire des faits affirmés par les témoins par toutes voies de droit, en ce compris d'autres témoignages ou des présomptions. Dans la mesure où les attestations constituent des formes écrites de témoignages, ces règles leur sont également applicables.

20. Audition subséquente des auteurs des attestations. La rédaction d'une attestation n'exclut pas que son auteur puisse être ultérieurement entendu dans le cadre d'une procédure d'enquête classique (art. 961/3). En effet, le témoignage écrit garantit moins que la procédure classique la

95. En France : Cass. fr. (2^e civ.), 20 mars 2003, *J.C.P.*, 2003, II, n° 10131, note Rusquec.

96. R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 901, n° 5.

97. Cass. fr. (soc.), 24 avril 1980, *Dall.*, 1981 p. 92, note LÉGIER ; Cass. fr., 10 février 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 81.

98. Cass. fr. (1^{re} civ.), 29 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 143 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 900, note PERROT ; Cass. fr., 6 mai 1981, *Bull. civ.*, I, n° 153 ; Cass. fr. (2^e civ.), 21 avril 1982, *Bull. civ.*, II, n° 59 ; Cass. fr. (2^e civ.), 23 janvier 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, panor., p. 93, note GUINCHARD ; Cass. fr. (soc.), 12 juin 1986, *J.C.P.*, 1986, IV, p. 245 ; Cass. fr., 8 octobre 1987, *J.C.P.*, 1987, IV, p. 382 ; Cass. fr. (2^e civ.), 9 janvier 1991, *Gaz. Pal.*, panor., p. 468, note CROZE et MOREL.

99. Les travaux préparatoires confirment que l'intention du législateur était de transposer cette jurisprudence en droit belge : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53 0075/003, p. 4.

100. Cass. fr. (2^e civ.), 21 novembre 1979, *Dall.*, 1980, inf. rap., p. 466, note JULIEN.

101. D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 225 ; J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 2002, n° 657 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijsrecht*, *op. cit.*, n° 452 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 946 et 947 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1791, p. 2416.

102. Cass., 8 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 473 ; Cass., 11 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 866 ; Cass., 11 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 452.

sincérité et la spontanéité des témoins¹⁰³. Il est intéressant de noter qu'en procédure anglo-américaine et en arbitrage international, l'audition des témoins est précédée de la rédaction d'attestations écrites¹⁰⁴. Celles-ci permettent de procéder à un tri et de vérifier quels témoins méritent d'être interrogés et les points sur lesquels l'audition devra porter. Désormais, une telle procédure pourrait être appliquée en droit belge. Au vu des attestations rédigées par les témoins, les parties et le juge pourront apprécier l'opportunité d'une audition des auteurs des témoignages écrits.

21. Faux témoignage. L'article 961/2 précise que l'attestation indique qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales. Le faux témoignage en procédure civile est pénalement sanctionné par l'article 220 du Code pénal. Toutefois, pour que l'infraction de faux témoignage puisse être établie, tant en matière civile qu'en matière répressive, le témoin doit avoir déposé sous serment¹⁰⁵. Or l'article 961 nouveau ne précise pas que les attestations doivent être revêtues d'une formule de serment quelconque. Dès lors, à défaut de serment, l'article 220 du Code pénal devrait être inapplicable. Cela ne signifie pas que toute sanction pénale doit être écartée. Il faudra plutôt chercher du côté du faux en écriture¹⁰⁶. À ce sujet, la Cour de cassation a déjà décidé que le faux témoignage n'excluait pas l'infraction de faux en écritures (C. pén., art. 196)¹⁰⁷.

B. L'audition des mineurs

22. Le principe de l'audition des mineurs. L'audition de l'enfant capable de discernement est un droit prévu à l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant de New York du 20 novembre

103. L. CADIEU et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2006, n° 602.

104. P. HOLLANDER, « L'importance des preuves orales dans la procédure arbitrale », *J.T.*, 2011, pp. 41 et s., n° 3.

105. Cass., 5 avril 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 217 ; Cass., 29 juillet 1954, *Pas.*, 1954, I, p. 1016 ; Cass., 7 août 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 16 ; A. MARCHAL et J.-P. JASPAR, *Droit criminel*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 822, p. 255 ; J.-M. PIRET, « Faux témoignage et faux serment », *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1967, n° 2763 ; V. GUERRA, « Faux témoignage et faux serment », *Postal memorialis - Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, 2003, F27/5 et F 27/ 21 ; R.P.D.B., v° Faux témoignage et faux serment, Bruxelles, Bruylant, 1950, n° 15 et n° 124 et s., et mise à jour par J. THILMANT, compl. t. III, Bruxelles, Bruylant, 1969.

106. A. Hoc, *op. cit.*, p. 280 ; D. MOUGENOT, « La loi du 26 juillet 2012... », *op. cit.*, n° 15 ; D. PIRE, *op. cit.*, p. 54.

107. Cass., 17 novembre 2009, *N. C.*, 2010, p. 126 ; *Pas.*, 2009, p. 2667 ; R.A.B.G., 2010, p. 416, note WAETERINGX et DE SCHEPPER.

1989¹⁰⁸. La transposition en droit interne de cette disposition a été réa-

108. La doctrine en matière d'audition de mineurs est très abondante. On peut citer: F. AFS, «De procedures inzake voogdij en het hoorrecht van minderjarigen», in *De hervorming van het voogdijrecht*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 253-291; G. BEAUTHIER, «L'audition des mineurs: hochets ou otages?», *J.D.J.*, 1994, pp. 4-5; P. DAENENS, «Het horen van kinderen in procedures tussen de ouders», in *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 487-493; J. DE GAVRE, «La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce», *J.T.*, 1994, pp. 581-596; E. DE KEZEL, «De procesbekwaamheid van de minderjarige», *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 249 à 273; E. DE KEZEL, «Over horen van kinderen en procesbekwaamheid», *E.J.*, 1999, pp. 56-58; D. DELI, «Het horen van minderjarigen volgens het gewijzigde artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek», *R.G.D.C.*, 1995, pp. 183 à 197 et pp. 269 à 277; S. DELVAL, «Fondement à l'intervention des mineurs», *Act. dr.*, 2001-2002, p. 349; P. DONNY, «L'audition de l'enfant, pratiques et dérives», *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, pp. 169 à 174; F. DRUANT, «La question de l'audition de l'enfant en justice», *J.D.J.*, 2001, pp. 43-45; F. DRUANT et K. JOLTON, «L'audition de l'enfant dans les procédures civiles: situation actuelle et perspectives?», *J.D.J.*, 2002, pp. 29-36; N. GALLUS, «Le témoignage des descendants et l'article 931.2 du Code judiciaire», *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, pp. 57-59; N. GALLUS, «De la dérive du droit d'audition: lorsque la liberté d'expression se transforme en une implication de l'enfant dans le débat judiciaire», *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 410-412; A. GIESELINK et B. DE SMET, «Hoorrecht van minderjarigen in burgerlijke zaken», in *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 163-174; F. GRANDHENRY, «L'audition de l'enfant mineur dans une cause qui le concerne», *J.J.P.*, 1993, pp. 376-378; M. GROGNARD, «L'audition de l'enfant depuis l'application des articles 931 nouveau du Code judiciaire et 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse», *Div. Act.*, 2002, pp. 149-159; K. HERBOTS, «Over de toepasselijkheid van art. 931, lid 2 Ger.W. op niet-gemeenschappelijke kinderen», *E.J.*, 1997, pp. 126 à 128; V. D'HUART et P. HENRY, «Audition des mineurs et droits de la défense», *J.D.J.*, 1997, pp. 195 à 202; V. D'HUART, «Le mineur face à la justice: de l'audition à l'action», *J.L.M.B.*, 1996, pp. 664 à 666; Th. MOREAU, «Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale», *J.D.J.*, 2006, pp. 23-38; Th. MOREAU, «Divorce et enfants, Questions particulières», in *Divorce – Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles; Th. MOREAU, «L'audition de l'enfant», in *Vade-mecum des droits de l'enfant*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles; S. MOSSELMANS, «Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen: het E.V.R.M. 'The recommendations on parental responsibilities' en het I.V.R.K. als leidraad», *T.R.R.*, 1997, pp. 543-646; Ch. PANIER, «Faire entendre sa parole en justice: un droit pour l'enfant», *J.L.M.B.*, 1993, pp. 786-788; B. POELEMANS, «Hoorrecht van minderjarigen: praktijk van de vrederechters», *J.J.P.*, 1995, pp. 279-293; B. POELEMANS, «Het hoorrecht van een meerderjarig nog thuiswonend en onderhoudsbehoefig kind bij toepassing van art. 931 Ger.W.», *E.J.*, 1997, pp. 141-143; I. RAVIER, «L'audition en justice de l'enfant 'partagé'», *J.D.J.*, 1997, pp. 152-153; J.-L. RENCHON, «Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice», *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, pp. 109 à 167; J.-L. RENCHON, «Les droits de l'enfant dans le conflit parental», in *Enfant, sujets de droits: rêve ou réalité*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1995, pp. 153 à 182; P. SENAËVE, «De invoering van het hoorrecht van minderjarigen», in *De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht*, coll. Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht, K.U. Leuven, n° 24, Louvain, Acco, 1994; P. SENAËVE, W. PINTENS, F. BUYSENS et B. POELEMANS, *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen. Commentaar op de wetten van 30 juni 1994, 27 december 1994 en 20 mei 1997*, coll. Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht, K.U. Leuven, n° 34, Anvers, Maklu, 1997; J. SERVAIS, «Audition de l'enfant. Essai d'exploration», *J.D.J.*, 1997, pp. 148-150; J. SERVAIS, «Présence du mineur dans les procédures qui concernent sa personne», *J.D.J.*,

lisée par deux dispositions différentes: l'article 931 du Code judiciaire et l'article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Ces deux procédures poursuivent des objectifs globalement comparables mais ne se superposent cependant pas. L'article 931, alinéa 3, dispose que, dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, à sa demande ou sur décision du juge, sans préjudice des dispositions légales prévoyant son intervention volontaire et son consentement, être entendu, hors la présence des parties. Il n'y a donc pas de limitation relative à l'objet de la procédure ni d'obligation pour le juge. En revanche, le discernement du mineur est exigé. Selon l'article 56bis de la loi sur la protection de la jeunesse, le tribunal de la jeunesse doit convoquer la personne de douze ans au moins aux fins d'audition, dans les litiges qui opposent les personnes investies à son égard de l'autorité parentale, lorsque sont débattus des points qui concernent le gouvernement de sa personne, l'administration de ses biens, l'exercice du droit de visite, ou la désignation de la personne visée à l'article 34¹⁰⁹. Cette disposition, à l'opposé de l'article 931, ne s'applique que devant le tribunal de la jeunesse, dans les procédures entre personnes exerçant l'autorité parentale. Il s'agit d'une obligation pour le tribunal, qui n'est pas liée au discernement de l'enfant mais qui s'applique à tous les enfants de douze ans au moins. Ces dispositions ont fait l'objet de critiques assez vives¹¹⁰.

23. Régime nouveau de l'audition des mineurs. La loi du 30 juillet 2013 créant un tribunal de la famille et de la jeunesse, reprenant le texte de propositions de lois antérieures relatives à l'audition des mineurs¹¹¹, a totalement remanié cette matière¹¹². Désormais, l'audition du mineur sera régie par une seule disposition: l'article 1004/1 nouveau du Code judiciaire. Les parlementaires ont constaté, de manière judicieuse, que

- 1997, pp. 150 et 151; E. VANGOIDSENHOVEN, «Het hoorrecht van minderjarigen en het co-ouderschap», in *Het echtscheidingsrecht geactualiseerd*, Bruges, La Charte, 1996, pp. 65-96; C. VERGAUWEN, «Over de bevoegdheid van de jeugdrechtbank en het hoorrecht van minderjarigen», *R.A.B.G.*, 2005, pp. 1782-1787; E. VIEUJEAN, «L'audition des mineurs», *J.J.P.*, 1995, pp. 267 à 278; A. WYLLEMAN, «Hoorplicht minderjarigen», *E.J.*, 1995, pp. 93-94; A. WYLLEMAN, «Het horen van minderjarigen en de verkokering van het gerechtelijk recht», *R.D.J.P.*, 1996, p. 18; X., «Audition de l'enfant en justice», *J.D.J.*, 1997, pp. 147-157 et pp. 195-202; X., «La parole de l'enfant... (mal)entendus?», *J.D.J.*, 2006, pp. 21-65.
109. C'est-à-dire la personne qui exerce l'autorité parentale lorsque les parents en sont déchus.
110. Voy. not. J.-L. RENCHON, «Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice», *Rev. dr. U.L.B.*, n° 13, 1996, pp. 109 et s. Dans le même sens: V. D'HUART et P. HENRY, *op. cit.*, pp. 195 et s.
111. Proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'accès des mineurs à la justice et instituant les avocats des mineurs (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53 738/001) et proposition de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53 739/001).
112. *M.B.*, 27 septembre 2013.

l'audition du mineur n'est pas une véritable audition de témoins et qu'il n'était donc plus adéquat de placer la réglementation de ce mécanisme parmi les dispositions relatives à l'enquête.

Le texte prévoit que, dans les litiges familiaux civils relatifs à l'autorité parentale, au droit d'hébergement ou au droit aux relations personnelles, tout enfant mineur de plus de douze ans sera automatiquement informé de la possibilité d'être entendu par le juge ainsi que de la possibilité de refuser d'être entendu s'il ne le souhaite pas. Cette disposition devrait répondre aux critiques qui dénoncent le caractère automatique de l'audition, dans la loi sur la protection de la jeunesse. La possibilité de refus doit également maintenir l'idée qu'il s'agit avant tout d'un droit du mineur et non d'une prérogative du juge.

Le juge fera parvenir au mineur un courrier dont le modèle sera établi par arrêté royal, aux adresses de chacun de ses deux parents afin de s'assurer qu'il a bien été touché par cette information. Un formulaire sera joint, de manière à permettre au mineur de répondre facilement au juge quant à sa volonté ou non d'être entendu.

Le mineur de moins de douze ans, pour sa part, sera entendu à sa demande, à la demande des parties, du ministère public ou d'office par le juge. Le juge pourra refuser la demande si elle émane des parties ou du ministère public. En revanche, il ne pourra pas la refuser si elle émane du mineur lui-même, sauf si le mineur a déjà été entendu au cours de la procédure ou dans une instance précédente et si aucun élément nouveau ne justifie un entretien. Le refus doit être motivé. Il n'est plus fait référence à l'absence de discernement, comme dans le régime précédent de l'article 931. De manière générale, le juge pourra indiquer, dans le rapport de l'entretien, qu'il estime que le mineur n'a pas le discernement nécessaire. On peut donc en déduire indirectement que l'absence de discernement n'est pas nécessairement un motif de refus. Aucun recours contre le refus n'est prévu.

En principe, le mineur est entendu seul, donc hors la présence de son avocat. Le fait que l'enfant doive normalement être entendu sans assistance, sauf si le juge en a décidé autrement, paraît, selon certains, difficilement compatible avec l'idée que l'audition est un droit de l'enfant¹¹³. Le juge choisit le lieu le plus adéquat pour l'audition.

Un rapport de l'entretien est rédigé par le magistrat, qui informe le mineur que ce rapport sera communiqué aux parents. Pour assurer la sécurité du mineur, le magistrat décide ce qu'il consigne dans le rapport. Le rapport d'entretien est déposé au greffe, où il pourra être consulté par les parties. Celles-ci ont également le droit d'en prendre une copie. Les

113. J.-L. RENCHON, « Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice », *op. cit.*, n° 10.

travaux parlementaires justifient cette solution par le fait que la situation actuelle, qui interdit la copie, est restée lettre morte, puisque les parties recopient intégralement au greffe le compte-rendu de l'entretien. Par ailleurs, cette possibilité d'obtenir une copie confère la possibilité aux parties de faire valoir leurs observations par l'intermédiaire de conclusions et donc, de respecter le principe du contradictoire¹¹⁴.

Le juge ne devra prendre en considération les éléments de l'audition du mineur qu'en fonction de son âge et de ses capacités de discernement. Il informe le mineur que l'avis de celui-ci n'emportera pas la décision du magistrat.

En aucun cas, le mineur ne peut être considéré comme partie à la cause.

Le formulaire d'information au mineur est rédigé par le Roi afin d'uniformiser les pratiques des différents arrondissements (art. 1004/2).

Ces dispositions entreront en vigueur le 1^{er} septembre 2014, ou plus tôt, à la date prévue par arrêté royal.

24. Statut particulier de l'audition du mineur. L'audition des mineurs ordonnée en application de ces dispositions est une forme tout à fait particulière de mesure d'instruction¹¹⁵. Il ne s'agit pas d'une comparution personnelle, puisque l'enfant n'est pas partie à la procédure. Ce n'est pas non plus une audition de témoin, puisque l'enfant ne vient pas témoigner sur des faits auxquels il a assisté mais expose son opinion et ses sentiments sur certains aspects du litige qui oppose ses parents. Lorsque l'enfant est entendu par un tiers, il ne s'agit pas d'une enquête sociale ou d'une expertise : le tiers doit simplement relater les propos de l'enfant, sans procéder à d'autres investigations et sans établir un rapport rassemblant le fruit de ses démarches.

Section 4

L'expertise

Il n'y a plus eu de grandes modifications en matière d'expertise depuis la réforme de 2007 et la loi réparatrice de 2009. La jurisprudence poursuit dans les voies déjà explorées auparavant.

114. *Doc. parl.*, Sénat, n° 5-1189/7, p. 19.

115. G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000 à 2010) – Droit judiciaire privé – Les mesures d'instruction », *R.C.J.B.*, 2011, pp. 89 et s., spéc. n° 61, p. 141; Th. MOREAU, « Questions particulières », in *Séparation de fait – Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, feuil. mob., p. 272.

A. Caractère technique de l'expertise

25. **Mission portant sur des concepts juridiques.** Le principe est connu depuis longue date : l'expertise ordonnée par le juge ne peut avoir pour objet que des constatations de fait ou un avis d'ordre technique. Le juge délègue sa juridiction lorsqu'il demande à l'expert de donner un avis sur le bien-fondé de la demande. La Cour de cassation rappelle toutefois que¹¹⁶ : « Afin d'examiner si le juge charge l'expert de procéder à des constatations ou de donner un avis technique ou s'il délègue sa juridiction en ce qui concerne l'appréciation du bien-fondé du litige, il y a lieu d'examiner la formulation de la mission dans son ensemble et de tenir compte de tous les éléments propres à l'expertise comme les motifs du jugement qui l'ordonne, la technicité de la mission et le contexte dans lequel l'expert est chargé de celle-ci. Il peut advenir que la question à laquelle l'expert est chargé de répondre d'un point de vue technique se confonde avec celle que doit trancher le juge sur le plan juridique ». Il y a en effet un certain nombre de concepts, à commencer par ceux de faute, dommage ou lien causal, qui sont indiscutablement juridiques mais qui présentent également des aspects techniques, de telle sorte que le juge ne pourra pas les appliquer sans l'avis d'un expert. Il n'y aurait délégation interdite que si la mission de l'expert porte sur des points juridiques qui ne présentent aucune particularité technique ou s'il apparaissait que le juge a véritablement abandonné son pouvoir de décision. Par exemple, le juge ne peut prescrire à l'expert de formuler des directives directement obligatoires pour la partie qui doit effectuer des travaux de réparation¹¹⁷. Cela dit, comme indiqué plus haut, toute expertise entraîne toujours indirectement une part de délégation du pouvoir de juridiction : l'avis de l'expert aura une incidence déterminante sur la décision du juge, parce que le juge est dans l'incapacité de critiquer cet avis sur le plan technique, sauf si la qualité du travail de l'expert est manifestement déficiente, même pour un profane, ou si une des parties fournit une contre-expertise convaincante.

Cela étant, le fait que le juge invite l'expert à se prononcer sur des notions juridiques n'entraîne ni l'irrégularité des constats purement techniques réalisés par l'expert ni la nullité de l'expertise¹¹⁸. Le juge devra apprécier si le rapport reste utilisable, en faisant abstraction des questions juridiques abordées par l'expert.

116. Cass., 15 novembre 2012, *R.D.J.P.*, 2013, p. 18 ; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2463 ; *R.D.J.P.*, 2011, p. 27 ; Cass., 10 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1794.

117. Cass., 27 février 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 735.

118. Cass., 29 novembre 2011, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 45 ; *J.T.*, 2012, p. 463, note RIGAUX ; *Pas.*, 2011, p. 2628 ; *T. Strafr.*, 2012, p. 447, note LIBOTTE ; *T. Strafr.*, 2013, p. 176, note BAEYENS.

B. Limitation du choix de l'expert à certaines professions

26. **Le problème des expertises comptables.** En principe, toute personne peut être désignée comme expert, pour autant qu'elle dispose des compétences techniques nécessaires¹¹⁹. Certaines lois particulières apportent toutefois des limitations à la liberté de désignation du juge. C'est le cas de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, qui prévoit l'obligation de désigner un expert-comptable externe ou un réviseur d'entreprises (art. 34 et 37)¹²⁰. Dans ce cas, la fonction d'expert est réservée par la loi à des personnes présentant un titre particulier. Il paraît donc difficile d'envisager que le juge désigne comme expert judiciaire une personne ne répondant pas aux conditions imposées par la loi. Mais que se passe-t-il si le juge, outrepassant le prescrit légal, désigne un expert n'offrant pas les qualifications requises ? Un arrêt de cassation récent répond à cette question¹²¹. La Cour commence par rappeler l'obligation légale de confier les expertises comptables à un expert-comptable externe ou à un réviseur d'entreprises. Elle décide toutefois que la violation de cette règle n'entraîne pas la nullité de l'expertise. Pour le surplus, il appartient au juge de vérifier si cette irrégularité porte atteinte au droit au procès équitable. Le juge devra faire application des critères de la jurisprudence Antigone pour apprécier l'impact de cette irrégularité sur l'élément de preuve que constitue l'expertise.

C. Récusation et remplacement de l'expert

27. **Différence entre remplacement et récusation.** On nomme récusation d'un magistrat le droit accordé à un plaideur de faire écarter du siège, pour le jugement de son procès, un juge dont l'impartialité à son égard peut légalement être suspectée. Les experts peuvent être récusés par les motifs pour lesquels la récusation est permise à l'égard des juges. La récusation n'est pas le remplacement. Celui-ci est justifié par un obstacle qui empêche l'expert de remplir sa mission (maladie, départ à l'étranger...) ou par une négligence caractérisée de l'expert. Les motifs qui mènent à introduire ces deux procédures ne sont donc pas identiques et les procédures elles-mêmes ne sont pas similaires¹²². Il faut donc se garder de les confondre. La procédure de remplacement est prévue à l'article 979 (qui

119. Cass., 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 111 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 97, n° 99 ; P. VANLERSBERGHE, « De beslissing tot aanstelling van een deskundige », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 24, n° 33.

120. Cass., 26 juin 2001, *Pas.*, 2001, p. 1237 ; *T. Strafr.*, 2002, p. 90.

121. Cass., 29 novembre 2011, précité, note 118.

122. C. DE BOE, « De la récusation et du remplacement de l'expert », *J.T.*, 2007, pp. 812 et s. ; T. TOREMANS, « art. 979 », in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2012, art. 979-5.

renvoie à l'art. 973). La procédure de récusation est décrite aux articles 966 et suivants. Les règles qui gouvernent l'introduction d'une demande de récusation sont assez draconiennes (art. 969 et 970) : la récusation ne peut plus être proposée après la réunion d'installation ou, si cette réunion n'a pas lieu (ce qui est devenu la règle), après le début des travaux de l'expert, sauf si les motifs sont connus ultérieurement. En outre, la requête doit être déposée dans la huitaine de la prise de connaissance de la cause de récusation. Toutefois, ce délai, à défaut de sanction expresse, n'est pas prescrit à peine de déchéance¹²³. Compte tenu de ces restrictions, il arrive que les parties, qui ne sont plus dans les conditions pour introduire une procédure de récusation, tentent de se rattraper en introduisant une demande de remplacement. En principe, les tribunaux ne pourront pas faire droit à cette demande¹²⁴. Comme le relève à juste titre la décision citée en note, ce glissement de la récusation vers le remplacement n'a pas toujours été interdit. En effet, avant 2001, les causes de récusation étaient limitativement énumérées et toutes d'interprétation restrictive. Les parties se trouvaient parfois dans une situation dans laquelle le manque d'impartialité de l'expert était flagrant, quoique difficile à raccrocher à une des causes de récusation mentionnées par le Code judiciaire. Dès lors, la procédure de remplacement pouvait offrir une solution de rechange. Depuis 2001, la suspicion légitime a été introduite parmi les causes de récusation du juge et de l'expert. Il s'agit d'un concept souple, qui est susceptible de recouvrir un éventail large de situations diverses. L'utilisation du remplacement, à titre de doublure d'une procédure de récusation insuffisamment développée, ne se justifie donc plus. La jurisprudence qui se montre intransigeante pour faire respecter la distinction entre les deux procédures est donc parfaitement justifiée.

28. La suspicion légitime. Il y a suspicion légitime chaque fois qu'un observateur neutre a des raisons sérieuses de douter de l'impartialité de l'expert. Il convient cependant d'apprécier cette cause de récusation de manière rigoureuse, à peine d'ouvrir la porte à des récusations en cascade. Poussée trop loin, elle permettrait d'obtenir la récusation de n'importe qui. En effet, tout expert s'inscrit dans un cadre familial, social, professionnel... qui peut affecter sa manière de raisonner. Il faudra donc des motifs sérieux pour obtenir sa récusation. La Cour de cassation française précise sagement, quoique de manière un peu sibylline, que « l'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement »¹²⁵. Il faut sans doute comprendre cette formule, comme le suggère R. Perrot, en ce sens qu'une

123. Cass., 17 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 709, Fr. HENRY, *Les procédures de récusation et de dessaisissement*, J.L.M.B., Opus 6, Larcier, 2009, n° 132.

124. Bruxelles, 10 février 2009, *For. Ass.*, 2009, p. 148, note De Boe.

125. Cass. fr., 28 avril 1998, *Bull. civ.*, I, n° 155; *Dall.*, 1998, I.R., p. 131; *J.C.P.*, 1998, IV, n° 2313.

éventuelle partialité doit s'apprécier en partant de faits précis clairement définis, et non point à travers les doutes d'un plaideur sur les états d'âme de son juge (et on peut ajouter : ou de son expert)¹²⁶.

Il ne suffit donc pas que l'une des parties ait des appréhensions relativement à l'impartialité de l'expert. Encore faut-il qu'elles soient objectivement justifiées¹²⁷. Le juge peut tenir compte d'une activité exercée par l'expert dans sa vie privée¹²⁸ ou des propos qu'il a tenus en cours d'expertise¹²⁹. En revanche, le fait de faire des déductions sur l'objet du litige sort de la mission de l'expert mais ne permet pas de douter de son impartialité¹³⁰.

D. Possibilité d'interjeter un recours contre les décisions rendues en cours d'expertise

29. Recours contre la décision ordonnant l'expertise. Il ne faut pas confondre l'appel des décisions ordonnant une expertise et l'appel des décisions tranchant des incidents survenus en cours d'expertise. L'appel et l'opposition contre la décision ordonnant l'expertise sont possibles dès le prononcé. La seule restriction, en ce qui concerne l'appel, est que la cause ne doit pas être jugée en premier et dernier ressort (art. 617). En effet, la décision désignant l'expert ne sera pas susceptible d'appel si le jugement définitif au fond ne l'est pas non plus (art. 621). En outre, en application de l'article 1055, l'appel contre une décision avant dire droit est toujours possible, en même temps que l'appel contre le jugement définitif, même si cette décision avant dire droit a été exécutée sans réserves. C'est le principe de la « résurrection » ou de la « résurgence » du droit d'appel¹³¹. Il faut pour cela que l'appel contre le jugement avant dire droit soit formé en même temps que l'appel contre le jugement définitif (règle de la simultanéité)¹³². Il importe peu, pour l'application de cette règle, que le jugement ordonnant l'expertise ait ou non été exécuté ou signifié¹³³ ou qu'il y ait eu acquiescement.

126. R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé ; procédure, jugements et voies de recours », *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 746.

127. Cass., 24 octobre 2012, R.G. n° P.12.0805.F.

128. Cass., 7 juin 2012, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1262.

129. Civ. Nivelles (réf.), 10 mars 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 112, qui relève en outre que l'expert a donné des conseils à l'une des parties, ce qui est également interdit par l'art. 828, 9°.

130. Anvers, 30 novembre 2011, *R.D.J.P.*, 2012, p. 177.

131. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 219 B.

132. Cass., 22 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 942; Cass., 23 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 859; Cass., 2 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 896.

133. Cass., 17 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 710 et obs. G. DE LEVAL.

L'appel de la décision ordonnant l'expertise ne dessaisit pas le juge qui a désigné l'expert, qui reste compétent pour trancher les incidents qui peuvent survenir en cours d'expertise¹³⁴.

30. Recours contre la décision organisant les modalités ou tranchant un incident en cours d'expertise. La règle évoquée au point précédent ne s'applique qu'à la décision initiale, celle qui met l'expertise en mouvement. Mais le cours de l'expertise sera généralement émaillé d'autres décisions : adaptation de la mission, prolongation du délai, consignation d'une nouvelle provision, remplacement de l'expert, taxation de ses honoraires, etc. Sur ces derniers points, la loi de 2007 ne prévoyait rien, ce qui a rapidement donné lieu à une controverse doctrinale¹³⁵. En principe, la règle générale qui veut que toute décision soit susceptible d'appel dès son prononcé devrait dès lors s'appliquer. Toutefois, parmi les exceptions générales aux voies de recours, l'article 1046 mentionne les mesures d'ordre (appelées aussi mesures d'ordre intérieur). Il s'agit de décisions qui ne font qu'organiser la procédure, sans trancher, même indirectement, les questions en litige entre parties¹³⁶. Les décisions prises par le juge pour organiser les modalités de l'expertise constituent-elles des mesures d'ordre, auquel cas elles ne pourraient pas faire l'objet d'un appel ? La question a provoqué des discussions en doctrine et n'a guère eu d'écho en jurisprudence. La loi du 30 décembre 2009 a apporté des précisions à ce sujet. L'article 963 nouveau dispose en effet que les décisions relatives au déroulement de l'expertise ne sont normalement pas susceptibles d'opposition ou d'appel. Font exception à cette règle les décisions relatives à la récusation de l'expert (art. 971), au remplacement de l'expert (art. 979), la fixation de la provision et la désignation de la partie

134. Civ. Bruxelles, 29 septembre 2011, *Res. jur. imm.*, 2012, p. 350. Solution constante : Civ. Liège (réf.), 25 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1490 ; Pol. Charleroi, 14 janvier 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.853 ; Bruxelles, 17 novembre 2004, *R.G.* n° 2003/AR/2244, *www.juridat.be* ; J. GILLARDIN, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. St Louis, 1994, p. 147 ; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., n° 535 ; P. LURQUIN, op. cit., n° 200 ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 80, n° 49.

135. Voy. : O. MIGNOLET, « Nouveautés en matière d'expertise », in *Nouveautés en droit judiciaire applicables aux droits de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 5 et s., spéc., p. 41 ; D. MOUGENOT, « La rémunération de l'expert – Deuxième partie : le régime nouveau », *Ius & Actores*, 2007/3, pp. 65 et s., n° 19 ; P. Taelman, « Kosten en ere-loon van deskundigen », *Ius & Actores*, 2007/3, pp. 51 et s., n° 10 ; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling ?*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 154, 157, 171, 195 et 196 ; R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *J.T.*, 2008, p. 244, n° 43.

136. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., op. cit., n° 195 ; H. BOULARBAH (m. à j. par J.-B. HUBIN), « Dispositions générales », in *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, t. II B, *Les voies de recours*, Bruges, La Charte, 2011, p. 28 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 101.

tenue de la consigner (art. 987, al. 1) et à la taxation de l'état de frais et honoraires de l'expert (art. 991). Le maintien des recours pour ces décisions est logique et justifié, étant donné qu'elles peuvent avoir un impact important sur la situation des parties. Le fait qu'un appel soit possible ne signifie pas que tout appel est nécessairement recevable. Ainsi, comme le remplacement de l'expert fait partie des incidents qui peuvent être soumis au juge dans le cadre du suivi de l'expertise (art. 979), un appel d'une décision désignant un expert qui aurait pour seul objet le remplacement de l'expert serait irrecevable¹³⁷.

Toutefois, l'appel de ces décisions n'a pas l'effet dévolutif habituel. En effet, l'article 963, § 2, également modifié en 2009, précise que l'appel contre ces décisions ne saisit pas le juge d'appel du fond du litige. Cette précision était heureuse, parce qu'il aurait été peu adéquat que le juge d'appel ait à trancher l'intégralité du litige suite à l'appel contre une décision anecdotique rendue en cours d'expertise. L'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire oblige le juge d'appel qui confirme une décision de première instance ordonnant une mesure d'instruction à renvoyer la cause au premier juge. Cette disposition n'apportait pas tous les apaisements à ce sujet, dans la mesure où, littéralement parlant, une décision organisant les modalités d'une mesure d'instruction n'est pas une décision ordonnant une mesure d'instruction. La modification de l'article 963 est donc heureuse, dans la mesure où elle écarte toute discussion concernant l'effet dévolutif de l'appel de ces décisions.

Enfin, dans un cas où le juge, faisant application de l'article 875 du Code judiciaire, a décidé de mettre un terme à l'expertise, parce qu'une des parties refusait d'y collaborer, la cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une décision relative au déroulement de l'expertise, telle que visée à l'article 963¹³⁸. L'appel restait donc possible.

31. Pourvoi en cassation contre la décision organisant les modalités ou tranchant un incident en cours d'expertise. On aurait pu croire la question définitivement éclaircie. Malheureusement non. En effet, l'article 963 n'évoque que l'opposition et l'appel mais est muet concernant le pourvoi en cassation. *A priori* donc, celui-ci restait soumis aux règles de droit commun. La question a été soumise à la Cour concernant une décision prolongeant une expertise, alors qu'une partie estimait que cette demande de prolongation était tardive et donc irrecevable. Comme le relève à juste titre l'avocat général Werquin, dans les conclusions qui précèdent l'arrêt¹³⁹, une telle décision pouvait être envisagée de trois

137. C. trav. Bruxelles, 2 décembre 2010, *B.I.-INAMI*, 2010, p. 426 ; voy. aussi T. TOREMAN, « art. 979 », in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2012, art. 979-11.

138. Bruxelles, 2 octobre 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1468.

139. Concl. av. gén. WERQUIN, *J.T.*, 2013, p. 196.

manières différentes. Première possibilité: il s'agit d'une mesure d'ordre. Or, à défaut de texte explicite, il est traditionnellement admis qu'une telle mesure n'est pas susceptible de pourvoi en cassation¹⁴⁰. Le pourvoi était dès lors irrecevable. Deuxième possibilité: il s'agit d'une mesure avant dire droit. Dans ce cas, le pourvoi aurait également été irrecevable parce que prématuré. En effet, le pourvoi contre un jugement d'avant dire droit ne peut être formé qu'après le jugement définitif (C. jud., art. 1077). Dernière possibilité: cette décision tranchait un point litigieux et constituait dès lors un jugement définitif sur incident, épuisant la saisine du juge sur cette question (C. jud., art. 19). La Cour¹⁴¹, suivant en cela les conclusions de l'avocat général, a considéré qu'il s'agissait d'un jugement définitif, vu l'existence d'une contestation concernant l'opportunité de la prolongation de l'expertise, et a déclaré le pourvoi recevable.

Dans leur commentaire de cet arrêt, G. de Leval et J. van Compernelle relèvent que cette décision perd de vue la définition actuellement donnée du jugement d'avant dire droit¹⁴². En effet, selon l'article 19 du Code judiciaire, tel que modifié en 2007, le juge peut, avant dire droit, à tout stade de la procédure, ordonner une mesure préalable destinée soit à instruire la demande ou à régler un incident portant sur une telle mesure, soit à régler provisoirement la situation des parties. Le législateur a donc indiscutablement rangé parmi les mesures avant dire droit les décisions qui tranchent des incidents survenus en cours d'exécution d'une mesure d'instruction, même si une véritable contestation s'est élevée entre parties sur ce point. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le juge tranche, à cette occasion, une question litigieuse qu'il prononce pour autant un jugement définitif sur incident. Les deux commentateurs, allant plus loin, considèrent que cette décision constitue en fait une mesure d'ordre, parce que, même s'il y a eu discussion concernant l'opportunité de prolonger l'expertise, cette décision ne préjuge en rien des droits des parties. Pour clore la discussion, ils proposent d'amender l'article 963 pour exclure également le pourvoi en cassation, sous réserve de l'hypothèse de l'excès de pouvoir du juge. J. Van Doninck relève également le manque de cohérence de la jurisprudence de la Cour sur cette question¹⁴³.

32. Droit de recours de l'expert contre une décision de remplacement. Si la loi règle la possibilité de former appel contre une décision rendue en matière d'expertise, elle ne dit par contre rien de la personne qui peut

140. G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, n° 274.

141. Cass., 24 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 196, note DE LEVAL et VAN COMPERNELLE; *R.A.B.G.*, 2013, p. 323, note VAN DONINCK; *R.W.*, 2012-2013, p. 1159 (somm.).

142. G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNELLE, « L'instruction sans obstructions ? À propos de la nature de la décision prorogeant le délai pour le dépôt du rapport d'expertise », *J.T.*, 2013, pp. 198 et s.

143. J. VAN DONINCK, « De aard van beslissingen inzake het deskundigenonderzoek: on the noble art of distinguishing », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 329 et s., n° 7.

interjeter appel. Lorsque l'appel est autorisé, il est évident que les parties peuvent l'introduire, mais qu'en est-il de l'expert ? Il faut qu'il ait un intérêt à faire appel et donc que la décision lui cause grief. Ce peut être le cas lorsque le juge refuse, en tout ou en partie, de taxer les honoraires de l'expert. Mais la réponse est moins claire en ce qui concerne le remplacement de l'expert. La cour du travail de Bruxelles¹⁴⁴ relève assez justement à ce sujet que l'expertise constitue une mission à laquelle l'expert n'a pas d'intérêt personnel. Le juge désigne l'expert aux fins de l'éclairer dans le but d'une bonne administration de la justice. L'expert n'a pas de droit à être désigné. Il n'a pas davantage de droit au maintien de sa mission d'auxiliaire de justice. Les parties peuvent d'ailleurs obtenir son remplacement de commun accord sans que le juge puisse le refuser, ni l'expert s'y opposer (C. jud., art. 979, § 1^{er}, al. 2). La cour fait le parallèle avec le notaire liquidateur, qui n'a aucun droit à se maintenir en place¹⁴⁵. Elle estime que l'absence d'appel de l'expert ne contrevient pas au principe du procès équitable, parce que celui-ci ne garantit pas le double degré de juridiction. La cour termine donc son raisonnement logiquement en déniaut à l'expert le droit de faire appel de la décision qui le remplace¹⁴⁶.

E. Assistance judiciaire

33. Assistance judiciaire pour couvrir l'assistance technique. Dans bon nombre de cas, lorsque le juge a ordonné une expertise, l'intervention d'un avocat sera insuffisante pour assurer une assistance efficace du justiciable, compte tenu du caractère technique du litige. Outre l'avocat, le justiciable a alors besoin d'un spécialiste compétent dans le domaine concerné par l'expertise, pour l'assister et fournir les informations techniques utiles à l'expert. Jusqu'en 2006, aucun mécanisme légal n'était prévu pour assurer l'assistance des justiciables incapables de payer les

144. C. trav. Bruxelles, 19 décembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.872, note BDC.

145. Cass., 20 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 513, note.

146. Dans le même sens: O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 108; D. MOUGENOT, « Expertise judiciaire – Approche juridique », in *Expertise – Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, 2010, III.3-13; R. DE BRIEY et B. PETIT, « La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister », *J.T.*, 2008, p. 244; R. DE BRIEY et B. PETIT, « Le déroulement de l'expertise », in *L'expertise judiciaire: des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 79; D. MOUGENOT et O. MIGNOLET, « La loi du 30 décembre 2009 "réparant" la procédure d'expertise judiciaire », *J.T.*, 2010, p. 212; T. LYSSENS et L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken, Bruxelles*, Kluwer, 2010, pp. 77 et 186 et s.; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling ?*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 171; M. CASTERMANS, *De hervorming van het deskundigenonderzoek*, Gand, Story Publishers, 2007, n° 66; T. TOREMANNS, « art. 979 », in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., 2012, art. 979-11; contra: C. DE BOE, « De la récusation et du remplacement de l'expert », *J.T.*, 2007, p. 812.

frais d'un conseil technique. Dans un arrêt du 26 octobre 2005¹⁴⁷, la Cour d'arbitrage a considéré que cette situation violait le principe du procès équitable et que les frais de conseil technique devaient être couverts par l'assistance judiciaire. Le gouvernement a réagi par une loi-programme du 20 juillet 2006, modifiant le Code judiciaire en vue d'intégrer les frais d'assistance technique dans l'assistance judiciaire (C. jud., art. 665, 8°)¹⁴⁸.

Selon la Cour de cassation, cette disposition ne s'applique que si une expertise est ordonnée. Par conséquent, lorsque le juge décide de ne pas ordonner d'expertise, l'assistance judiciaire n'est pas applicable à l'assistance d'un conseiller technique¹⁴⁹. À noter que la cour du travail de Liège¹⁵⁰ considère que, lorsque le justiciable bénéficie de l'aide juridique de deuxième ligne, il est en droit de prétendre à l'assistance judiciaire pour couvrir les frais d'assistance technique, aussi pour décider du bien-fondé d'une mesure d'expertise qui doit être sollicitée. Si la position de la Cour de cassation constitue une application littérale des termes de la loi, celle de la cour du travail de Liège est assez conforme au bon sens. Si une assistance technique accordée en temps utile peut éviter une expertise lourde et coûteuse, c'est finalement de l'argent bien dépensé.

F. Emploi des langues

34. Application de la loi sur l'emploi des langues au rapport d'expertise. En vertu de l'article 33 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, les rapports des experts et des hommes de l'art sont rédigés dans la langue de la procédure. Toutefois, le juge peut, pour des raisons spéciales et dans des matières spéciales, autoriser l'expert à faire usage de la langue de son choix. La décision du juge doit être motivée. Elle n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel. Tous les auteurs s'accordent à considérer que cette règle concerne à tout le moins le rapport lui-même, c'est-à-dire les conclusions de l'expert¹⁵¹. La Cour de cassation a confirmé que l'article 33 ne s'applique qu'au rapport lui-même, c'est-à-dire le compte rendu de l'exécution de sa mission que l'expert adresse, sous sa signature et en prêtant serment, au juge qui l'a mandaté à cette fin. Donc une documentation informatique puisée dans

147. C.A., 26 octobre 2005, arrêt n° 160/2005, *J.T.*, 2006, p. 101, note MOUGENOT.

148. *M.B.*, 28 juillet 2006.

149. Cass., 31 janvier 2012, R.G. n° P.11.1227.N.

150. C. trav. Liège (sect. Namur), 22 novembre 2012, *Ius & Actores*, 2012/3, p. 77.

151. M. BOSMANS, « De taal van het deskundigenonderzoek », in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 78; T. LYSSENS et L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Malines, Kluwer, 2005, n° 214, p. 134; J. RAMPENBERG, « Het taalgebruik bij gerechtelijk deskundigenonderzoek met bijzondere aandacht voor het medisch deskundigenonderzoek », *R.G.D.C.*, 2002, p. 569, n° 71 s.

une revue scientifique et déposée à l'audience par l'expert ne constitue pas un rapport au sens de la loi sur l'emploi des langues, ni un acte de procédure au sens de l'article 38 de cette loi¹⁵².

Cela ne l'empêche pas de rédiger des passages dans une autre langue, pour autant qu'il fournisse une traduction. C'est notamment nécessaire pour les nombreux usages de la langue anglaise dans les domaines techniques.

G. Taxation des honoraires

35. Délai de contestation de l'état de frais et honoraires. Le délai imparti aux parties pour contester l'état de frais et honoraires de l'expert est de trente jours à compter du dépôt de l'état au greffe. Dans une étude antérieure, j'écrivais à ce sujet : « Cela étant, le délai de trente jours est court et demandera une certaine vigilance de la part des avocats. Il n'est assorti d'aucune sanction particulière. La partie qui n'a pas réagi dans les trente jours n'est pas déchue de son droit à contester. Mais, une fois le délai écoulé, la taxation peut intervenir à tout moment. Une fois la décision prononcée, le juge est dessaisi de cette question et ne pourra plus statuer une seconde fois sur l'état d'honoraires de l'expert. »¹⁵³ La cour du travail de Bruxelles¹⁵⁴ décide dans le même sens en considérant que le juge doit tenir compte de la contestation de l'état d'honoraires de l'expert, même si elle a été reçue plus de trente jours après le dépôt du rapport.

Section 5

L'administration de la preuve transfrontalière

36. Le règlement européen sur l'obtention des preuves. L'organisation de mesures d'instruction transfrontalières est régie par le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale¹⁵⁵. Ces matières s'entendent

152. Cass., 30 janvier 2013, *Rev. dr. pén.*, 2013, p. 555 (somm.).

153. D. MOUGENOT, « La rémunération de l'expert dans la loi du 15 mai 2007 modifiant les règles relatives à l'expertise », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 133 et s., n° 33.

154. C. trav. Bruxelles, 28 juin 2012, *B.I.-INAMI*, 2012, p. 200.

155. J.O.U.E., n° L 174, 27 juin 2001. Voy., au sujet de ce règlement : C. BRUNEAU, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne », *J.C.P.* (éd. G.), 2001, I, pp. 1767 et s.; Y. DEKETELAERE, « Le règlement 1206/2001 en matière de preuves : vers la constitution d'un espace judiciaire civil européen », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.584; V. GRELLA, « Commentaire des articles du règlement », in *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, vol. V, *Droit judiciaire européen et international*, Bruges,

du droit privé, par opposition au droit public. Le texte lie tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark (art. 1^{er}, § 4). Ce règlement introduit deux nouveautés notables dans la coopération internationale. D'une part, les demandes d'organisation de mesures d'instruction ne doivent plus être adressées à une autorité centrale de l'État requis mais directement à la juridiction compétente pour procéder à l'acte d'instruction. Il en résulte un gain de temps dans la communication, d'autant que le règlement prévoit que celle-ci peut se réaliser par « tout moyen approprié », ce qui comprend éventuellement les techniques modernes de communication¹⁵⁶. La demande est rédigée dans un formulaire standardisé, en principe dans la langue de l'État requis ou l'une de celles-ci, si plusieurs langues officielles y ont cours.

D'autre part, il est désormais possible que la juridiction requérante procède elle-même aux devoirs d'instruction dans un autre État membre, moyennant autorisation de l'autorité centrale de l'État requis. On peut donc envisager à présent qu'un magistrat, un huissier de justice ou un expert procède à des auditions de témoins ou des constats dans un autre État membre.

Une question importante est de déterminer si ce règlement s'applique à toutes les mesures d'instruction dans tous les cas ou s'il est possible d'y déroger et, par exemple, d'ordonner une mesure d'instruction sans passer par la procédure de coopération avec les institutions de l'État requis.

37. Injonction de production de documents à l'égard d'un destinataire étranger. En ce qui concerne la production de documents, il a été jugé que cette procédure n'implique pas l'exécution d'un acte d'instruction

à l'étranger par une juridiction belge ou étrangère et n'est donc pas concernée par le règlement¹⁵⁷.

38. Application du règlement européen sur l'obtention des preuves en matière d'enquête. En matière d'enquête, la Cour de justice de l'Union européenne a pu, dans un premier temps, donner l'impression que le champ d'application du règlement était très vaste et que l'audition de témoins y était soumise, quel que soit le contexte. Dans l'arrêt *St Paul Dairy*¹⁵⁸, elle a considéré que la procédure d'audition d'un témoin dans un autre État membre que celui du tribunal saisi du litige ne constitue pas une mesure provisoire, au sens de l'article 24 de la convention de Bruxelles ou 31 du règlement 44/2001 sur la compétence et l'exécution des décisions (règlement de Bruxelles I). Dès lors, ces dispositions ne pourraient être utilisées comme un moyen d'échapper aux procédures et garanties imposées par le règlement sur l'obtention des preuves, en matière d'exécution de mesures d'instruction à l'étranger. Toutefois, l'arrêt *Lippens*¹⁵⁹ est venu nuancer très sérieusement cette impression. Dans cet arrêt, la Cour précise l'enseignement de l'arrêt *St Paul Dairy*: elle a simplement voulu éviter que l'on ne contourne les exigences du règlement, *lorsqu'il est applicable*, mais elle n'a pas entendu déterminer les limites d'applicabilité du règlement¹⁶⁰. Dans l'arrêt *Lippens*, elle fixe ces limites: le règlement ne s'applique qu'aux cas où la mesure d'instruction doit être exécutée *dans un autre État* que celui de la juridiction qui connaît de la procédure¹⁶¹. Mais, il n'interdit pas à cette juridiction de convoquer un témoin domicilié à l'étranger pour l'entendre directement¹⁶². Cette procédure ne sera pas régie par le règlement parce qu'elle ne s'applique pas à l'étranger. Le seul élément d'extranéité représenté par le domicile du témoin ne suffit pas à provoquer l'application du règlement; c'est le lieu où le témoin doit être entendu qui est déterminant. La Cour rappelle également que le but du règlement est de simplifier et accélérer l'exécution des mesures d'instruction. Il ne fait toutefois pas obstacle à des procédures plus simples et plus rapides que celles qu'il prévoit, telles que l'audition du témoin par la juridiction, selon les règles de son droit national, si le témoin est disposé à se déplacer¹⁶³. L'introduction, dans notre droit, du témoignage écrit, devrait

La Charte, 2012, pp. 307 et s.; M. LEBOS, « Le Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale » in *Le droit processuel et judiciaire européen* (G. DE LEVAL dir.), Bruges, La Charte, 2003, pp. 271 et s.; D. MOUGENOT, « Le Règlement européen sur l'obtention des preuves », *J.T.*, 2002, pp. 17 et s.; M. NEUT et L. DEMEYERE, « De grensoverschrijdende bewijsverzekrijging binnen de Europese Unie: brengt Verordening n° 1206/2001 de verhoopte versoepeling teweeg? », *R.V.*, 2004-2005, pp. 361 et s.; M.-L. NIBOYET et D. LEBEAU, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 19-20 février 2003, pp. 8 et s.; A. NUYTS et J. SEPULCHRE, « Cross-border taking of evidence in the European Judicial Area », *Tijdschrift@ipr.be*, 2005-2, pp. 79 et s.; M. PERTEGAS-SENDER et P. WAUTELET, « Recente ontwikkelingen van Internationaal Privaatrecht. Het nieuwe Europese IPR. De Verordening dat her EEX verdrag vervangt. En wat zijn de nieuwe Europese regels m.b.t. echtscheidingen, betekenningen en bewijsvoering? », in *Recht in Beweging* (2002), Louvain, KUL, 2002, pp. 273 et s.; K. SZYCHOWSKA, « Taking of evidence in intellectual property matters under regulations 44/2001 and 1206/2001 », *I.R. D.I.*, 2006, pp. 111 et s.; S. UHUG, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale et le règlement européen relatif à la coopération entre les juridictions des États de l'Union du 28 mai 2001: une entrée en vigueur passée inaperçue... », *J.T.*, 2004, pp. 789 et s.

156. C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 1767, n° 9.

157. Bruxelles, 14 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 74. Dans le même sens: A. NUYTS, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves: un instrument exclusif? », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2007, pp. 53 et s., n° 21.

158. C.J.U.E., 28 avril 2005, *St Paul Dairy Industries NV*, aff. C-104/03, *R.D.J.P.*, 2005, p. 173; *J.D.E.*, 2005, p. 178; *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2007, p. 742, note PATAUT; *R.D.A.I.*, 2005, p. 530, notre MOURRE et LAHLOU.

159. C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Lippens e.a.*, aff. C-170/11, *J.D.E.*, 2012, p. 260 (somm.); *Revue@dipr.be*, 2012-3, 16.

160. Points 34 à 36.

161. Points 25 et 26.

162. Points 27 et 28.

163. Points 29 à 31.

développer encore la possibilité d'interroger des témoins à l'étranger sans devoir mettre en œuvre de lourdes procédures.

39. Expertise à l'étranger. La question se pose aussi en matière d'expertise : le règlement est-il applicable si l'expert doit accomplir certains devoirs à l'étranger ? L'expert doit-il, dans ce cas, recevoir une autorisation de l'autorité centrale de l'État requis (puisque'il s'agit d'une exécution directe d'une mesure d'instruction, sur le territoire de l'État requis, par un auxiliaire de la juridiction requérante) ? Le problème est différent du cas soumis à la Cour dans l'affaire *Lippens*, car il s'agit cette fois d'exercer une mesure d'instruction hors du territoire de l'État de la juridiction qui l'ordonne. Avant l'entrée en vigueur du règlement, une pratique s'était développée, consistant à désigner des experts pour exécuter une mission totalement ou partiellement à l'étranger¹⁶⁴. Dans la foulée de l'arrêt *St Paul Dairy*, certains auteurs l'ont condamnée¹⁶⁵. La Cour de cassation belge, saisie du problème, a posé une question préjudicielle à la Cour européenne de justice dans l'affaire *Prorail*¹⁶⁶. Les conclusions de l'avocat général tendent à reproduire la jurisprudence de l'arrêt *Lippens*¹⁶⁷. Il considère que le critère déterminant à prendre en considération est la mise en jeu ou non de la souveraineté de l'État membre où la mesure d'instruction doit s'exécuter. Dès lors, selon lui, si un expert se trouve dans une situation où il est chargé d'accomplir des tâches d'inspection et de tirer des conclusions techniques dans des conditions *qui sont permises à tout un chacun, parce qu'elles portent sur des choses, données ou lieux accessibles au public*, il n'est pas nécessaire que de tels actes d'instruction soient exécutés en suivant la procédure prévue au règlement¹⁶⁸. En revanche, si, pour remplir sa mission, l'expert a besoin d'avoir accès à des objets, informations ou endroits non publics, il lui faut alors obtenir l'aide des autorités de l'autre État membre. Dans cette hypothèse, la procédure d'exécution directe prévue à l'article 17 du règlement doit nécessairement être appliquée, afin d'obtenir une coopération de l'État membre requis et de bénéficier de tous les attributs du pouvoir qui en résultent¹⁶⁹. On pourrait donc aussi comprendre de cet avis que, même si l'expertise doit se dérouler dans un lieu privé, si la personne auprès de laquelle l'expert doit effectuer ses devoirs marque son accord sur sa venue, le règlement

164. Voy. les exemples cités par A. Nuyts, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2007, p. 70, n° 18.

165. *Ibid.*, n° 18, p. 74.

166. Cass., 27 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1505 ; *R.D.J.P.*, 2011, p. 203, note.

167. Aff. C-332/11, concl. av. gén. JÄÄSKINEN, disponibles sur le site web de la C.J.U.E.

168. Point 57.

169. Point 59.

serait inapplicable parce qu'il ne serait pas nécessaire de mettre en œuvre la souveraineté de l'État du lieu d'exécution de la mesure d'instruction¹⁷⁰.

L'arrêt a été prononcé par la Cour le 21 février 2013¹⁷¹. Tout d'abord, la Cour relève que, bien que l'expertise soit ordonnée par jugement, il n'y a pas lieu d'appréhender le problème sous l'angle de l'exécution d'une décision de justice. Il s'agit donc uniquement d'un problème de réception de preuves (règlement 1206/2001) et non de l'exécution d'un jugement rendu par une juridiction d'un État membre (règlement de Bruxelles I, 44/2001). Concernant l'application du règlement sur l'obtention des preuves, la Cour rappelle que la finalité de ce règlement est de simplifier et accélérer la réception des preuves. Dès lors, si d'autres procédés permettent d'aller encore plus vite que la procédure décrite au règlement, ils doivent être privilégiés. Suivant l'avis de l'avocat général, elle indique que la procédure du règlement ne sera incontournable que si l'expertise suppose un quelconque exercice de la puissance publique. La Cour n'en dit pas beaucoup plus mais on peut se référer à l'avis de l'avocat général pour comprendre la portée de cette décision. Il s'ensuit qu'une expertise pourra, dans la plupart des cas, être réalisée à l'étranger de manière très informelle, tant que l'accès aux lieux ou aux documents reste libre ou autorisé par les parties. Ce n'est qu'en cas de difficulté d'accès que la procédure décrite dans le règlement devra être utilisée, parce que des mesures relevant de l'exercice de la puissance publique devront être appliquées.

170. Dans l'affaire *Lippens*, le consentement du témoin à l'exécution de la mesure d'enquête paraît aussi avoir joué un rôle déterminant.

171. C.J.U.E., 21 février 2013, *J.D.E.*, 2013, p. 167 (somm.) ; *R.D.C.*, 2013, p. 465 (somm.) et p. 474 ; *Revue@dipr.be*, 2013, p. 13.