

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'office du juge en matière de preuve en droit belge

Mougenot, Dominique

Published in:
L'office du juge

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2018, L'office du juge en matière de preuve en droit belge. dans *L'office du juge : études de droit comparé*. Bruylant, Bruxelles, pp. 263-282.

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.

2

L'office du juge en matière de preuve en droit belge

Dominique MOUGENOT

*Juge au tribunal de commerce du Hainaut
Maître de conférences invité à l'Université de Namur
et l'Université catholique de Louvain*

§ I. Modes d'administration de la preuve

A. Définition des mesures d'instruction

1. Dans le système procédural belge, l'initiative, en matière de preuve, appartient avant tout aux parties. Elles sont supposées produire tous les éléments de preuve dont elles disposent, en même temps qu'elles établissent leurs conclusions. Dans beaucoup de dossiers, les preuves apportées par les parties suffisent au juge pour trancher le litige.

Toutefois, lorsqu'une partie n'est pas en mesure d'apporter une preuve suffisante des faits qu'elle allègue à l'appui de ses prétentions, elle peut demander l'assistance du tribunal, qui ordonne alors des « mesures d'instruction ».

Les mesures d'instruction sont des modes d'administration judiciaire de la preuve. Il s'agit de « procédés qui ont pour objet d'établir la réalité ou les caractères de faits nécessaires au succès d'une prétention lorsque, d'une part, ces faits, allégués par l'une des parties, sont contestés par l'autre et que, d'autre part, la partie qui les allègue ne dispose pas de pièces qui

suffisent à les prouver »¹. Elles prennent normalement place en cours de procès mais peuvent également être demandées, à titre préventif, avant l'introduction d'une procédure au fond, pour éviter la déperdition de preuves. Il n'y a cependant pas de procédure systématique de réception des preuves avant l'introduction du procès, comme c'est le cas en droit procédural anglo-américain.

B. Mesures d'instruction dans le Code judiciaire

2. Le Code judiciaire énumère, aux articles 877 et suivants, six procédures de réception des preuves proprement dites, c'est-à-dire qui permettent effectivement d'apporter des faits nouveaux au dossier.

Il s'agit de la production de documents (art. 877 et s.), l'audition de témoins, appelée aussi « enquête » (art. 933 et s.), l'expertise (art. 962 et s.), l'interrogatoire des parties, plus couramment dénommé « comparution personnelle des parties » (art. 992 et s.), la descente sur les lieux, plus couramment appelée « vue des lieux » (art. 1007 et s.), et le constat d'adultère par huissier de justice (art. 1016 *bis*). L'expertise occupe une place à part dès lors qu'elle fait plus qu'alimenter les éléments de faits soumis au juge : elle lui procure un avis technique sur les faits constatés par l'expert.

En principe, ces six procédures doivent être considérées comme des mesures d'instruction, sans qu'il y ait lieu de faire des différences de régimes entre elles².

À côté de ces mécanismes, le Code judiciaire régit également la vérification d'écritures et le faux civil. Ces procédures ne permettent pas à proprement parler de rapporter des éléments de preuve supplémentaires

1. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2006, n° 575.
2. Toutefois, sur le plan de l'application du règlement 1206/2001 du Conseil relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que la production de documents ne pouvait être assimilée aux autres mesures d'instruction et ne rentrait pas dans le champ d'application de ce règlement (Bruxelles, 14 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 74). Elle motive sa décision comme suit : « Que la demande, faite devant le juge belge par une partie litigante à l'égard d'une autre partie au procès relevant d'un autre État membre, en l'espèce le grand-duché de Luxembourg, de communiquer des documents contractuels qu'elle détient personnellement, ne s'identifie, ni à une demande qui devrait être faite à la juridiction compétente d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction sur son propre territoire, ni à une demande faite par la juridiction belge de procéder directement à un acte d'instruction sur le territoire luxembourgeois ; qu'en l'espèce, la production de documents entre les parties à la cause ne nécessite, ni de recourir à une autorité étrangère, ni de se rendre sur le territoire d'un autre État membre pour y faire exécuter un acte ; que la demande ne porte pas atteinte aux compétences et à la souveraineté de l'État dont relève Fortis Lux ».

mais servent à conforter ou écarter la force probante des preuves littérales produites au dossier. Enfin, la manière dont la preuve civile du serment peut être utilisée fait également l'objet de deux articles du Code judiciaire.

On peut relever deux différences majeures entre l'audition de témoin et la comparution personnelle des parties. D'une part, le témoin peut être contraint à déposer, sous peine d'amende civile, alors que la jurisprudence classique reconnaissait le droit d'une partie à ne pas comparaître, les parties pouvant organiser leur défense comme elles l'entendent³. D'autre part, une partie ne peut être entendue comme témoin, donc sous serment, dans une procédure qui la concerne.

Cette situation peut, dans certains cas, engendrer une rupture de l'égalité des armes, selon la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque seule une des deux parties peut faire entendre un témoin⁴. À l'époque de cette procédure, le Code de Procédure néerlandais prévoyait, tout comme en Belgique, l'interdiction de témoigner dans sa propre cause. Cela a eu pour effet que l'une des parties a pu faire entendre un témoin alors que l'autre en a été privée, parce que le témoin qu'elle voulait faire citer était l'un de ses organes, donc la partie elle-même. Rappelons que, en droit belge, l'article 1001 du Code judiciaire permet de confronter un témoin avec une des parties, soit que celle-ci se soit présentée spontanément, soit que le juge ait ordonné sa comparution. Il y aura toutefois une asymétrie dans ce cas, puisque le témoin sera entendu sous serment, alors que la partie sera interrogée sans serment. Toutefois, la rupture d'égalité des armes stigmatisée par la Cour des droits de l'homme devrait être relativisée, voire exclue, pour les motifs suivants.

- (a) L'absence de serment prêté par les parties n'aura guère d'incidence sur la valeur de ces preuves puisque le juge peut apprécier librement aussi bien la valeur probante des propos du témoin que celle des déclarations d'une des parties. Pour autant que, concrètement, toutes les personnes impliquées aient pu s'exprimer devant le tribunal, il n'y aura pas de rupture de l'égalité des armes sur ce point. La déclaration d'une des parties pourrait même avoir une force probante plus importante que la déclaration du témoin, lorsqu'elle constitue un aveu judiciaire.
- (b) Le droit des parties de ne pas comparaître apparaît actuellement comme contraire au devoir des parties de collaborer aux mesures d'instruction ordonnées par le juge⁵.
- (c) Le fait que les parties qui mentent devant le juge ne peuvent être pénalement poursuivies pour faux témoignage, contrairement aux témoins,

3. Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 722.

4. Cour eur. D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer c. Pays-Bas*.

5. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 795.

ne paraît plus non plus conforme à la jurisprudence. En effet, la fausse déclaration déposée par un particulier, consignée par écrit par le juge et son greffier et signée par la suite par le particulier, peut constituer un faux en écritures authentiques au sens de l'article 196 du Code pénal⁶. Même les parties s'exposent donc à des sanctions pénales en cas de fausses déclarations lors d'une comparution.

C. La statut particulier de la décision ordonnant une mesure d'instruction – possibilités d'appel

3. L'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, modifié par la loi du 19 octobre 2015, retarde la possibilité d'introduction d'un appel contre un jugement avant dire droit. Selon l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, les jugements ordonnant des mesures d'instruction sont rangés parmi les mesures avant dire droit et sont donc concernés par cette disposition⁷. Cet appel ne pourra être formé qu'après le prononcé d'un jugement définitif subséquent. Le but de cette disposition est d'éviter des appels prématurés ou dilatoires, notamment de jugements ordonnant des mesures d'instruction, alors qu'aucun point réellement décisif n'a été tranché. Le législateur part de l'idée que, une fois le fond du litige jugé, l'appel de la mesure avant dire droit pourrait devenir sans intérêt⁸. Le jugement définitif est défini, à l'article 19 du Code, comme étant le jugement qui épuise la juridiction du juge sur une question litigieuse. Ce n'est donc pas nécessairement la décision qui met un terme au litige mais toute décision qui tranche une question sur laquelle les parties s'opposent. Il s'en déduit que, dès que le juge a tranché un point, fut-il mineur dans le débat, l'appel des deux décisions (la décision définitive mais aussi la décision antérieure ordonnant une mesure d'instruction) est possible.

Cela dit, tous les appels contre des jugements ordonnant des mesures d'instruction ne sont pas dilatoires. Il se peut en effet que le juge ait ordonné une mesure coûteuse et chronophage (une expertise par exemple), dont l'utilité pour la solution du litige est discutable ou la charge fort lourde pour les parties. Il existe donc des cas où l'appel immédiat du jugement avant

dire droit se justifie pleinement. Le législateur a prévu cette hypothèse en permettant au juge qui a ordonné la mesure d'autoriser l'appel de sa propre décision. S'il était judicieux de permettre des exceptions au principe, le fait d'investir le juge de la responsabilité de permettre la critique de sa propre décision est pour le moins original, en tout cas en droit belge⁹. Aucun critère n'est prévu dans la loi pour guider la décision du juge sur ce point¹⁰. La loi du 6 juillet 2017 ajoute que le juge peut prendre cette décision d'office, mettant fin à la controverse née antérieurement en doctrine.

La loi du 19 octobre 2015 a également introduit une autre particularité remarquable concernant les décisions ordonnant une mesure d'instruction. Dans un souci d'éviter des procédures inutiles, l'article 875bis nouveau impose au juge qui ordonne une telle mesure de se prononcer préalablement sur la recevabilité de la demande. L'idée est de ne pas permettre l'exécution de mesures d'instruction longues et coûteuses, alors que la demande n'a aucune chance d'aboutir. La loi du 6 juillet 2017 a toutefois ajouté que cette discussion sur la recevabilité ne doit avoir lieu que si la recevabilité est contestée. Si le juge devait systématiquement se prononcer sur la recevabilité lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction, il rendrait un jugement « mixte » c'est-à-dire comportant à la fois un dispositif ordonnant une mesure d'instruction et un autre qui tranche une question à titre définitif. Dans ce cas, l'appel immédiat est possible, sans devoir attendre une décision ultérieure sur un autre point¹¹. Certains auteurs ont relevé que, dès lors que le juge doit immédiatement statuer sur la recevabilité de la demande quand il ordonne une mesure d'instruction, il doit donc automatiquement rendre un jugement mixte, puisqu'il épuise sa saisine concernant la recevabilité. L'appel retardé deviendrait alors une hypothèse purement théorique pour ce type de décision¹². C'est pour éviter cet effet pervers que la loi de 2017 a limité la discussion sur la recevabilité aux seuls cas où la contestation est soulevée expressément.

6. Cass., 17 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2667, *Nullum crimen*, 2010, p. 126, R.A.B.G., 2010, p. 416, note WAETERINCKX et DE SCHEPPER.

7. Constituent également des jugements avant dire droit les décisions qui tranchent un incident relatif à une mesure d'instruction et celles qui règlent provisoirement la situation des parties. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », R.C.J.B., 2014, pp. 258 et s., n^{os} 27 et s.

8. A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 265 et s., n^o 7.

9. En France, l'article 272 du Code de procédure civile investit le premier président de la cour d'appel de cette tâche.

10. Contrairement à l'article 272 du Code de procédure civile français, qui impose un motif grave et légitime.

11. Cass., 24 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1450.

12. Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », in *Le procès civil efficace ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 107 et s., n^o 47.

§2. Possibilité pour le juge d'ordonner d'autres mesures d'instruction que celles prévues par le Code judiciaire

4. Cette liste de procédures de réception de preuve est-elle exhaustive ou pourrait être complétée par des modes de preuve *sui generis* ? En fait, la question posée est double : le juge peut-il créer de toutes pièces des mesures d'instruction non prévues par le Code judiciaire et peut-il déroger aux modalités des mesures d'instruction existantes ?

Le Code de procédure civile français impose le recours aux « mesures d'instruction légalement admissibles » (art. 143). On ne trouve pas une telle limitation en droit belge, ce qui justifie que l'on se pose la question. Celle-ci est peu étudiée et on n'en trouve guère de reflet dans la jurisprudence.

La cour du travail de Liège a prononcé un arrêt assez remarqué, dans lequel elle affirme la liberté du juge d'organiser de nouvelles formes de mesures d'instruction, pour autant qu'il respecte le principe du contradictoire¹³. Cette décision cite assez largement l'opinion de G. de Leval : « Le principe [selon lequel la preuve n'est légalement faite que lorsqu'elle a été administrée suivant les formes prescrites par les textes] peut être, à son tour, nuancé, en tenant compte de la souplesse des règles procédurales de preuve rarement prescrites à peine de nullité, de l'accroissement du pouvoir du juge dans le déroulement du procès civil et du principe d'économie des frais de procédure. Pour autant qu'un contrôle de l'autorité judiciaire demeure toujours possible et que la contradiction s'exerce dès l'exécution de la mesure d'instruction et non seulement au stade de l'examen du résultat de la mesure, nous admettons un certain assouplissement des règles en matière de preuve. [...] Le juge, au niveau de l'administration de la preuve, n'est donc pas enserré dans un carcan rigide ; il a le pouvoir de moduler les mesures d'instruction ou d'organiser des mesures d'instruction inédites pour autant qu'en tout état de cause, le principe du contradictoire soit respecté »¹⁴.

La rareté des décisions à ce sujet provient sans doute de ce que les mesures d'instruction existantes permettent de rencontrer la plupart des hypothèses dans lesquelles des éléments de preuve doivent être rassemblés. S'il s'agit de prendre connaissance de documents, la production de documents peut être utilisée. S'il s'agit de preuves orales, le juge peut recourir à

13. C. trav. Liège, 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1066, note G. DE LEVAL.

14. G. DE LEVAL, « Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ? », *Ann. fac. 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*, coll. CUP, vol. 126, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 35.

l'audition de témoins ou la comparution des parties. S'il s'agit de réaliser un constat, le tribunal peut se rendre sur les lieux, commettre un huissier ou désigner un expert. La procédure de réception des témoignages écrits, introduite en 2012, a comblé une lacune dans le droit des mesures d'instruction, lorsque le juge souhaite obtenir la version d'un tiers concernant le déroulement des faits, sans devoir recourir à la procédure d'enquête. Par ailleurs, l'article 872 permet au juge de demander au parquet de recueillir des renseignements dans certaines matières familiales. Certains cas de figure ne sont toutefois pas véritablement réglés¹⁵.

Par ailleurs, comment le juge qui, volontairement, mettrait en place une procédure non-conforme aux règles du Code judiciaire pourrait-il être sanctionné ? Les dispositions relatives à la preuve qui donnent lieu à nullité se comptent quasiment sur les doigts d'une main. Le juge commet-il alors une violation des règles d'organisation judiciaire ? Cela supposerait que l'on admette que les règles relatives à l'administration de la preuve font partie du cœur même des règles procédurales, que l'on ne pourrait méconnaître sans mettre en cause l'équilibre fondamental du droit processuel. Nous ne pensons pas que ce soit le cas, ne fut-ce que parce que les règles d'organisation judiciaire sont d'ordre public¹⁶, ce que ne sont pas les règles relatives à l'administration de la preuve¹⁷. Par ailleurs, les preuves ainsi récoltées ne pourraient pas non plus être rejetées, au motif qu'elles résultent d'une procédure illégale. L'évolution de la jurisprudence sur ce point ne permettrait plus d'écarter, pour cause d'illégalité, le résultat d'une mesure d'instruction originale que dans des cas limités (voy. *infra*, n° 13) : violation d'une forme prescrite à peine de nullité, absence de fiabilité de la preuve ou non-respect du droit au procès équitable.

15. B. Allemeersch (*Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n° 93, p. 405) cite à titre d'exemple l'exhumation d'un corps aux fins d'autopsie, qui excède les limites d'une expertise classique. On pourrait aussi citer l'audition des conseils techniques des parties, qui ne relève ni de la comparution personnelle ni d'une enquête à proprement parler (l'expert n'est pas une partie et ne la représente pas, il n'est pas – ou pas uniquement – entendu sur des faits qu'il pourrait attester mais aussi sur une opinion technique). Par ailleurs, leur lien étroit avec une partie empêche qu'ils soient désignés comme experts judiciaires.

16. P. VAN ORSHOVEN, « Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht », *R.D.J.P.*, 2002, pp. 3 et s., n° 28 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 140 ; Cass., 10 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 796 ; Cass., 10 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 339 ; Cass., 9 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1242.

17. Si les règles relatives à l'administration de la preuve étaient d'ordre public, les accords procéduraux ne seraient pas valables. Voy. D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile* (G. DE LEVAL dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, n° 5.11. Quand bien même les règles d'administration de la preuve seraient d'ordre public, cette circonstance ne permettrait pas d'annuler un acte de procédure lorsque cette sanction n'est pas expressément prévue par la loi (Cass., 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 463, note RIGAU).

On peut déduire de ces considérations que rien ne s'oppose effectivement à une adaptation des procédures d'instruction du litige civil, pour autant que les éléments fondamentaux du droit au procès équitable soient respectés : principe du contradictoire, égalité des armes, respect du délai raisonnable...¹⁸ On pourrait même considérer que l'introduction d'un *numerus clausus* dans les procédures d'administration de la preuve serait contraire au droit à la preuve (voy. *infra*, n° 10)¹⁹. Cet assouplissement n'est cependant pas extensible à l'infini. Ainsi, le pouvoir du juge, reconnu par l'article 872, de requérir le ministère public de recueillir des renseignements, en matière d'exercice de la puissance paternelle et de garde d'enfants, de résidence des époux, de pension alimentaire et d'adoption, est limité par l'indépendance du ministère public à l'égard du siège. On ne pourrait donc interpréter cette disposition de manière extensive²⁰.

§3. Chronologie de la preuve – étalement de l'administration de la preuve sur toute la durée de la procédure

5. Il n'existe pas, à proprement parler, de phase du procès qui soit expressément dédiée à l'administration de la preuve. Il faut distinguer toutefois les preuves apportées par les parties de celles récoltées par le tribunal.

Les preuves des parties doivent être produites en même temps que leurs conclusions. Les pièces produites tardivement sont écartées des débats. Le moment auquel les parties sont supposées produire leurs pièces est donc dicté par les règles relatives à la mise en état de l'affaire (nous renvoyons à cet égard au chapitre consacré à l'office du juge dans la mise en état, en particulier à ce qui est dit sur les calendriers judiciaires). Concrètement, cela signifie que tant qu'une partie peut déposer de nouvelles conclusions, elle peut produire de nouvelles pièces.

18. Dans le même sens : B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n°s 91 et s., pp. 403 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 633 ; L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », *La preuve dans le procès civil*, Bruges, la Charte, 2015, pp. 1 et s., n° 16. *Contra* : F. DUMON, « De tegenwoordige opdracht van de rechter », *R.W.*, 1951-1952, p. 1119.

19. 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. 690.

20. G. DE LEVAL, « Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ? », *op. cit.*, p. 419. On peut aussi citer, parmi les cas de limitation des pouvoirs du juge, l'interdiction pour le tribunal de dispenser les parties de la consignation de la provision demandée par l'expert.

Pour ce qui est des mesures d'instruction ordonnées par le tribunal, elles peuvent avoir lieu à tout moment de la procédure, aussi bien en première instance qu'en appel.

On peut distinguer plusieurs moments possibles à ce sujet :

- lors de l'audience d'introduction ; les parties ou l'une d'elles peuvent déjà demander au juge d'ordonner une mesure d'instruction ; le juge peut difficilement ordonner des mesures d'office à ce moment, par manque de connaissance suffisante des éléments du dossier ; c'est généralement l'expertise qui est ordonnée à ce stade de la procédure ;
- à tout moment de la mise en état ; l'article 19, alinéa 3, autorise les parties à demander la fixation d'une audience intermédiaire pour plaider sur des mesures avant dire droit ; celles-ci comprennent, notamment, les mesures d'instruction ; les parties ou l'une d'elles peuvent alors, sans attendre une plaidoirie sur le fond de l'affaire, demander une expertise, une production de documents, une audition de témoins, etc. ; il s'agit souvent d'une mesure destinée à compléter le dossier pour permettre une mise en état plus approfondie (une production forcée de documents par exemple) ;
- après plaidoirie sur le fond ; le juge, avant de trancher le fond du litige, peut ordonner une mesure d'instruction, soit à la demande des parties, soit d'office (à ce stade, il a une pleine connaissance des éléments de la cause, qui lui permet d'apprécier le caractère suffisant ou non des preuves apportées par les parties et donc d'ordonner des mesures d'office) ; les mesures d'instruction peuvent ne porter que sur une partie des questions litigieuses (par exemple, en matière de responsabilité, le juge tranche la question de la responsabilité et ordonne une expertise pour l'établissement du dommage) ; en pratique, toutes les mesures d'instruction peuvent intervenir à ce stade du litige ;
- en appel ; rien n'empêche que le juge d'appel ordonne une mesure d'instruction qui aurait été refusée par le premier juge ou qui n'aurait pas été envisagée en première instance.

En outre, il est habituel qu'une nouvelle phase de mise en état s'instaure après exécution d'une mesure d'instruction. Il est rare que les parties plaident immédiatement sur les résultats d'une expertise ou d'une audition de témoins. Généralement, elles demandent à pouvoir rédiger de nouvelles conclusions. L'impact des mesures d'instruction sur la durée de la procédure n'est donc pas négligeable puisqu'il est fréquent que deux phases de mise en état se succèdent : une première avant l'exécution de la mesure d'instruction, une seconde après.

§4. Office du juge

A. Pouvoir d'initiative du juge

6. Dès l'entrée en vigueur du Code judiciaire, le juge s'est vu reconnaître un rôle actif dans l'administration de la preuve. En effet, il est admis depuis ce moment que le juge peut ordonner toutes les mesures d'instruction d'office. Il n'est donc pas tenu par les offres de preuve formulées par les parties. On n'insistera jamais assez sur l'important pouvoir du juge à ce niveau. Comme, par principe, dans cette hypothèse, les parties n'ont pas formulé de demande de mesure d'instruction, c'est donc le juge qui apprécie discrétionnairement l'opportunité d'en ordonner. Cette appréciation sera guidée par l'enjeu du litige, le comportement des parties, la jurisprudence habituelle du tribunal, la sensibilité personnelle du juge et probablement d'autres facteurs difficiles à détecter et répertorier... De même, si le juge décide de s'engager de sa propre initiative dans des mesures d'instruction, c'est lui qui apprécie leur caractère satisfaisant ou non et l'opportunité d'aller plus avant dans la recherche des preuves. Suivant les cas, on risque d'être confronté à des juges très volontaristes en matière de preuve ou très passifs.

En outre, la loi implique étroitement le juge dans l'exécution des mesures d'instruction. Soit il les exécute lui-même (interrogatoire des parties ou des témoins, vue des lieux) soit il les contrôle (expertise). L'article 973 du Code judiciaire investit le juge du pouvoir – et du devoir – de contrôler le déroulement des expertises pour éviter leur prolongation inutile, en limiter le coût et régler tous les incidents qui peuvent y apparaître.

On s'éloigne donc fort du modèle accusatoire, dans lequel l'administration de la preuve repose (presque) intégralement sur les parties.

B. Obligation pour le juge de recourir à la mesure la plus légère

7. L'article 875 *bis* du Code judiciaire oblige le juge limiter « le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse »²¹. Cette règle a un impact sur deux formes de mesures d'instruction très utilisées en pratique :

- l'audition des témoins ; le juge est invité à privilégier les témoignages écrits aux auditions orales ;

21. Cette disposition a été légèrement modifiée par la loi du 19 octobre 2015, qui a introduit l'obligation de proportionnalité de la mesure d'instruction par rapport à l'enjeu du litige. Il ne

- l'expertise ; le juge est invité à privilégier soit d'autres formes de mesures d'instruction, soit des formes allégées d'expertise : expertise simplifiée (art. 986 C. jud.), vue des lieux accompagné d'un expert (art. 985 C. jud.).

§5. Accords procéduraux

A. Accords procéduraux en général

8. Les règles du Code civil relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public²². Il y a donc place pour une intervention importante de la volonté des parties. En matière procédurale, cette autonomie des parties prendra la forme des accords procéduraux. Ceux-ci portent, non pas sur le fond du litige, mais sur les modalités de la procédure.

La question s'est posée de savoir si ces accords procéduraux pouvaient limiter l'activisme du juge, dans la matière particulière des mesures d'instruction. Certains auteurs défendaient l'idée que l'administration de la preuve présente des particularités qui justifient que l'accord procédural dans ce domaine ne lie pas le juge de la même manière qu'un accord sur le fond du litige²³. Cette thèse pourrait trouver un appui dans un arrêt de cassation du 20 septembre 2001²⁴, qui paraît faire un sort différent entre l'accord pour organiser une expertise et un accord sur le fond du litige. Toutefois, dans un arrêt du 1^{er} mars 1999²⁵, la Cour de cassation a sanctionné le juge du fond qui avait refusé de donner suite à l'accord des parties pour modifier la mis-

s'agit pas véritablement d'une nouveauté. Le texte antérieurement en vigueur permettait déjà ce type d'appréciation par le juge (voy. B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 257 et s.).

22. Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29 ; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, I, p. 520 ; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256 ; Cass., 11 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, 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, *Pas.*, 2010, p. 529, concl. LECLERCQ ; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 68, n° 10 ; DE PAGE, t. III, 3^e éd., nos 735 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, nos 3 à 49 ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, p. 35 ; O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », in *Droit de la preuve*, coll. CUP, vol. XIX, octobre 1997, p. 115, n° 2 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation, théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2224, n° 1628 ; A. VAN OEVELEN, « Bewijsclausules », in *Nuttige tips voor goede contracten*, Malines, Kluwer, 2004, p. 119, n° 3 ; L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », in *La preuve dans le procès civil*, Bruges, la Chartre, 2015, pp. 1 et s., n° 43.

23. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 424, n° 116.

24. *Pas.*, 2001, I, p. 1430, *R.W.*, 2003-2004, p. 1173.

25. Cass., 1^{er} mars 1999, *R.D.J.P.*, 1999, p. 329.

sion de l'expert. À suivre cet arrêt, l'accord procédural l'emporte donc sur le pouvoir du juge, même en matière de mesures d'instruction. En matière de production de documents, la Cour a également reconnu la priorité du principe dispositif. Elle a effet considéré que le juge ne pouvait faire application de l'article 877 (production forcée de documents) lorsque les parties ont, de commun accord, écarté tout recours à cette procédure²⁶.

On peut donc en déduire, de manière générale, que le juge peut ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui apparaissent utiles et apprécie souverainement l'opportunité d'une mesure d'instruction, en cas de désaccord des parties. En revanche, lorsque les parties sont unanimes, le juge est tenu par l'accord procédural.

B. Le cas particulier de l'expertise

9. L'utilité d'une expertise doit être appréciée en tenant compte du pouvoir qu'a le juge d'ordonner une mesure d'instruction plus rapide et moins coûteuse. Comme indiqué ci-dessus, le principe de la subsidiarité de l'expertise est coulé, depuis 2007, dans l'article 875*bis* du Code judiciaire. Si le législateur s'exprime de manière générale et mentionne toutes les mesures d'instruction, il n'est pas douteux que c'est l'expertise qui est essentiellement visée. C'est la mesure d'instruction la plus lourde, en temps et en argent. Dès lors, le demandeur doit justifier sa demande d'expertise. Il ne doit pas s'appuyer sur des droits évidents, sans quoi l'expertise n'aurait aucun intérêt²⁷, mais il doit à tout le moins produire un commencement de preuve²⁸. Par ailleurs, le juge devra motiver son choix de recourir à l'expertise et ne pourra plus, comme par le passé, désigner un expert par une simple clause de style²⁹.

Les parties pourraient-elles néanmoins contraindre le juge à organiser une expertise qu'il estime inutile ? La question est délicate car l'expertise se

26. Cass., 2 juin 2005, *F.J.F.*, 2006, p. 577, *J.T.*, 2006, p. 149, concl. M.P. - note, *J.L.M.B.*, 2006, p. 452, concl. A. HENKES, note, *Pas.*, 2005, p. 1167, concl. A. HENKES.

27. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La désignation de l'expert par la juridiction des référés. Réflexions sur l'urgence et le provisoire », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.763.

28. Civ. Mons, 29 mai 1991, *Bull. Ass.*, 1994, p. 128 ; Civ. Bruges, 17 septembre 1996, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 132 ; Gand, 20 mai 1998, *R.D.S.*, 1999-2000, p. 288 ; Gand, 17 mai 2002, *R.D.C.*, 2003, p. 528 ; Anvers, 24 mai 2004, *Bull. Ass.*, 2005, p. 559. G. de Leval estime qu'il est excessif d'affirmer sans nuances que la désignation d'un expert suppose qu'il y ait un commencement de preuve des faits avancés par le demandeur (« L'expertise après les lois de 2007 et de 2009 », *Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruges, la Charte, 2011, p. 233).

29. 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. 240, n° 20 ; H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 13, n° 10.

situé aux confins de deux principes tout aussi importants de la procédure moderne : le principe dispositif, en vertu duquel les parties fixent les limites du litige et déterminent donc librement les questions qu'elles soumettent au juge, et le respect du délai raisonnable, qui investit le juge de la responsabilité d'éviter toute mesure ralentissant indument la procédure. Il est clair que, en dehors de toute hypothèse d'accord des parties, le juge apprécie souverainement l'opportunité de l'expertise³⁰. Il a l'obligation de rejeter une expertise inutile, pour éviter toute prolongation anormale de la procédure³¹. En revanche, en cas d'accord des parties sur le principe d'une expertise, la réponse est controversée³². Nous avons évoqué plus haut la jurisprudence qui reconnaît la prééminence des accords procéduraux sur le pouvoir du juge en matière de mesures d'instruction (*cf. supra*, n° 8). Toutefois, on peut se demander si cette jurisprudence est encore d'actualité après la réforme du 15 mai 2007. Le fait que le législateur ait inscrit le principe de subsidiarité de l'expertise dans la loi ne signifie-t-il pas que toute solution qui permet d'éviter l'expertise judiciaire doit *toujours* être privilégiée, même en cas d'accord des parties ?³³ Mais, à l'inverse, n'y a-t-il pas lieu de considérer que le juge n'est pas là pour assurer une sorte de tutelle sur les parties ? Si elles sont prêtes à assumer le recours à une procédure lente et coûteuse, le juge ne peut que s'incliner³⁴. Dans le même sens, lorsque l'expert réalise que le coût de l'expertise risque de devenir disproportionné par rapport à l'enjeu du litige et interpelle les parties à ce sujet, il doit néanmoins poursuivre son travail si les parties, clairement informées du problème, estiment de commun accord que l'expertise doit aller jusqu'à son terme. Pourquoi reconnaître aux parties le pouvoir de disposer de la procédure en cours d'expertise et le leur refuser avant que l'expertise ne soit ordonnée ? Sauf à considérer que, une fois l'expertise ordonnée, il faut lui donner un effet utile, même si cela coûte cher, alors que tant que l'expertise n'est pas en cours, le juge pourrait se montrer plus ferme et refuser d'engager une procédure qui

30. Cass., 12 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, 568 ; Cass., 29 mars 1974, *J.C.B.*, 1975, p. 233.

31. Cour eur. D.H., 13 avril 2006, *Sundov c. Croatie*, § 30.

32. Pour la liberté absolue du juge, même en cas d'accord des parties : H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », *op. cit.*, p. 14, n° 11 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, p. 424, n° 116 ; 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. 238, n° 7 ; P. LEFRANC, « Heeft de civiele rechter vat op het verloop van het deskundigenonderzoek ? », *R.D.J.P.*, 2005, p. 182. Pour la prééminence de l'accord des parties en matière de mesures d'instruction : A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, éd. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 1985, n° 484 ; O. MIGNOLET, « Nouveautés en matière d'expertise », in *Nouveautés en droit judiciaire applicables aux droits de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 18 ; P. VANHELMONT, « Bedenkingen bij het deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht », in *Liber amicorum Alfons Vandeurzen*, Gand, Mys & Breesch, 1995, p. 256 ; R. DE CORTE et J. LAENENS, « De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek », *T.P.R.*, 1980, p. 494, n° 115.

33. En ce sens : H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l'expertise judiciaire », *op. cit.*

34. G. CLOSSET-MARCHAL, « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 126 et s., n° 34.

lui paraît inutilement lourde. Notre opinion est cependant que les parties, dûment informées des conséquences de leur choix sur la durée et le coût de la procédure, doivent pouvoir conclure un accord procédural obligeant le juge à organiser une expertise.

§6. Droit à la preuve

A. Définition

10. Le droit à la preuve est le droit de pouvoir rapporter la preuve des faits ou des actes qui sous-tendent le droit invoqué. Reconnaître un droit d'agir en justice à un justiciable puis l'empêcher de rapporter la preuve des éléments constitutifs de ce droit revient à priver cette personne de la possibilité de l'exercer. Le droit à la preuve est reconnu, de manière un peu évasive, par la doctrine classique³⁵. Mais il revient à G. Goubeaux d'en avoir tracé les contours avec précision³⁶.

Le droit à la preuve peut être défini comme le droit de toute partie au procès de, d'une part, produire les preuves dont elle dispose et, d'autre part, solliciter que les preuves dont elle ne dispose pas soient rassemblées, par l'exécution des mesures d'instruction adéquates³⁷. Comme le droit d'agir en justice, le droit à la preuve s'exerce contre le juge : c'est lui qui est tenu d'y répondre³⁸.

B. Fondement

11. On peut lui trouver plusieurs fondements, qui sont en réalité plusieurs facettes d'un même principe. Tout d'abord, le droit à la preuve peut être considéré comme un accessoire de l'action en justice³⁹. Comme dit ci-dessus, le droit d'obtenir du juge qu'il statue sur sa prétention serait considérablement handicapé s'il n'était pas assorti du droit d'exiger du juge qu'il prenne

35. PLANIOL et RIPERT, t. VII, n°s 1411 et s. ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. IX, vol., 2, n°s 1167 et s. ; MARTY et RAYNAUD, n°s 217 et s.

36. G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit* (études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277 et s. L'existence d'un droit à la preuve est critiquée par Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, n° 23, 1996, p. 49, qui se fonde sur les pouvoirs discrétionnaires du juge d'ordonner des mesures d'instruction pour rejeter l'idée d'un droit subjectif à la preuve dans le chef des parties. Ce pouvoir discrétionnaire connaît cependant des limites, en ce sens que le juge ne peut, sans motif légitime, rejeter l'offre de preuve d'une partie.

37. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., n° 100, p. 410 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010, n° 329.

38. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, op. cit., n°s 224 et 285.

39. G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », op. cit., p. 280.

en considération toutes les preuves qui doivent aider à la manifestation du droit subjectif allégué. On peut aussi admettre qu'il s'agit d'un avatar du principe du procès équitable. La cause n'est pas entendue équitablement lorsqu'une partie est privée de son droit à la preuve⁴⁰. Ce fondement a été admis par la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs arrêts⁴¹.

C. Le droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

12. La jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet est assez contrastée. Elle a affirmé qu'il n'existait pas, en droit belge, de principe général de droit à la preuve⁴². Toutefois, elle en reconnaît malgré tout l'existence de manière indirecte, notamment dans deux arrêts du 15 juin 2012. Dans un premier arrêt, la Cour décide que le juge ne peut refuser toute expertise ou mesure d'instruction alternative en présence d'éléments rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de la demande, *sous peine de méconnaître le droit du demandeur d'apporter la preuve des faits qu'il allègue*⁴³. Dans un second arrêt, la Cour relève que le fait de rejeter une expertise manifestement inutile ne méconnaît pas le droit de la demanderesse d'apporter la preuve dont elle a la charge, ne viole pas les dispositions légales et ne méconnaît pas les principes généraux du droit, visés au moyen⁴⁴. On peut en déduire que, si le droit à la preuve ne constitue pas un principe général de droit, qui pourrait être visé à l'appui d'un pourvoi en cassation, il n'en reste pas moins que ce droit est méconnu lorsque le juge refuse d'ordonner une mesure d'instruction sans motif valable. Un point ressort donc clairement de la jurisprudence de la Cour de cassation : si l'appréciation du juge sur l'opportunité des mesures d'instruction demandées est discrétionnaire⁴⁵, il est néanmoins

40. 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*, coll. CUP, vol. 126, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n° 14. A. BERGEAUD (*Le droit à la preuve*, 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.

41. Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, L.L. c/ France, § 40 ; Cour eur. D.H., 13 mai 2008, N.N. et T.A. c/ Belgique, §§ 43 et s.

42. Cass., 26 mai 2005, J.T., 2005, p. 679, Pas., 2005, p. 1115, Res Jur. Imm., 2006, p. 26, R.W., 2007-2008 (sommaire), p. 609, R.G.D.C., 2007, p. 52.

43. Cass., 15 juin 2012, J.L.M.B., 2013, p. 342, Pas., 2012, p. 1370.

44. Cass., 15 juin 2012, Pas., 2012, p. 1372. À défaut de reproduction du moyen dans l'arrêt, il n'est pas possible de déterminer quel était le principe général de droit invoqué par le demandeur en cassation.

45. L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre parties et juge en ce qui concerne la preuve », in *La preuve dans le procès civil*, Bruges, la Charte, 2015, pp. 1 et s., n° 17.

tenu de motiver sa décision lorsqu'il refuse d'ordonner une telle mesure⁴⁶. Est-il possible d'aller plus loin et de déterminer la portée exacte du droit à la preuve ? Comme indiqué plus haut, la doctrine lui reconnaît un double aspect : le droit de produire ses preuves et le droit de demander au juge de rechercher des preuves.

D. Le droit de produire les preuves dont on dispose

13. Le droit à la preuve permet tout d'abord à une partie de soumettre ses moyens de preuve au juge. Dans quels cas, les preuves soumises par une partie pourraient-elles être écartées ? Cet écartement peut résulter de motifs purement procéduraux : les preuves soumises tardivement ne seront pas prises en considération. Tel serait le cas de pièces qui n'ont pas été communiquées en même temps que les conclusions (art. 740 C. jud.). Ce point ne demande pas beaucoup d'explication. Dans cette hypothèse, le droit à la preuve doit céder le pas au respect des règles de procédure. Mais, on pense également à l'écartement des moyens de preuve irréguliers (ce qu'on appelle en Belgique la « jurisprudence Antigone »). Au terme d'une jurisprudence de la Cour de cassation devenue constante et actuellement coulée dans l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, il est admis, en matière pénale, que les preuves irrégulières doivent être admises sauf si elles violent une règle prescrite à peine de nullité ou si l'irrégularité commise entache la fiabilité de la preuve ou encore lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. La question de savoir si cette jurisprudence est applicable en matière civile a été longuement discutée. La Cour de cassation a fait application de cette jurisprudence, en dehors de la sphère pénale, en matière de répression du travail en noir⁴⁷. Les termes utilisés par la Cour, quoique rédigés de manière assez générale, sont encore fort liés à la terminologie pénale, ce qui ne permet pas de dire si l'enseignement de la Cour s'impose sans nuance à toute la matière civile. En revanche, les juridictions de fond appliquent régulièrement cette jurisprudence en matière civile⁴⁸.

46. La Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas autre chose : « *Even though a domestic court has a certain margin of appreciation when choosing arguments in a particular case and admitting evidence in support of the parties submissions, an authority is obliged to justify its activities by giving reasons for its decisions.* » (*Suominen c. Finlande*, 24 juillet 2003, § 36).

47. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER, *N.j.W.*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK, *Ors.*, 2008 (résumé I. PLETS), p. 27, *Pas.*, 2008, p. 652 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KEFER.

48. Pour plus de détails sur cette question, qui dépasse le cadre de la présente étude, voy. : B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, Formation Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s. ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s. ; F. KEFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit

E. Le droit de demander au juge de rechercher les preuves dont on ne dispose pas

14. La seconde branche du droit à la preuve est le droit de demander au juge qu'il organise des mesures d'instruction, lorsque la partie ne dispose pas (et ne peut disposer) des preuves suffisantes. On pourrait trouver une application de ce principe dans l'un des arrêts du 15 juin 2012 : « Le juge ne peut refuser toute expertise ou mesure d'instruction alternative en présence d'éléments rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de la demande ». Ce devoir du juge est d'autant plus impérieux lorsque la mesure demandée est la seule manière d'établir les faits litigieux et qu'on ne peut reprocher aucune négligence au demandeur à ce sujet⁴⁹. Dans ces circonstances, le pouvoir du juge d'apprécier l'opportunité d'une mesure d'instruction ne serait donc finalement pas si discrétionnaire que généralement enseigné.

Par ailleurs, l'application de ce principe en matière de production de documents a également été évoquée par la doctrine. On sait que, selon l'article 877 du Code judiciaire, la production de documents ne peut être ordonnée que s'il existe des présomptions de l'existence de la pièce à produire. La doctrine et la jurisprudence ont toujours, sur cette base, condamné les « *fishing expeditions* », c'est-à-dire mesures demandées à l'aveuglette, en vue d'obtenir une masse indistincte de documents, dans lesquels le

social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s. ; 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*, coll. CUP, vol. 126, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 191 et s. ; 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. ; 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, pp. 240 et s. ; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales* (C. DELFORGE coord.), formation UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 127 et s. ; K. ROSIER, « Droit social et recevabilité de la preuve : quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière », in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 43 et s. ; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken - willen we de waarheid ?*, Anvers, Intersentia, 2011 ; I. VERHELST et N. THOELEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors.*, 2008, pp. 197 et s. ; 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*, coll. CUP, vol. 126, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 7 et s. Voy. sur l'application de cette jurisprudence en matière fiscale, Cass., 22 mai 2015, R.G. F.13.0077.N/1 et la critique qui en est faite, au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne : F. KONING, « Mort de la transposition en matière fiscale de la jurisprudence pénale Antigone ? », *J.T.*, 2016, pp. 397 et s.

49. L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre parties et juge en ce qui concerne la preuve, *op. cit.*, n° 22 ; 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.*, p. 23.

demandeur espère trouver des éléments favorables à sa thèse⁵⁰. Toutefois, certains auteurs sont favorables à un certain assouplissement, lorsque le demandeur est dans l'incapacité d'établir son droit et ne peut non plus établir avec précision l'existence des pièces qu'il souhaite voir produire⁵¹. En effet, 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 juge⁵². 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 industriel⁵³. 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 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

50. Voy. rapport VAN REEPINGHEN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1963-1964, p. 212 ; R. DEKKERS, « De la collaboration des parties dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 146 et s., n° 20 ; J. VAN COMPENOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. Dr.*, 1981, p. 93 ; S. STIJNS, « De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek », *Jur. Falc.*, 1984-1985, p. 210 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 414, n° 105 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story, 2012, nos 642 et 643 ; voy., en jurisprudence récente : Civ. Bruxelles, 23 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1778, note DESSARD ; Civ. Bruxelles, 3 février 2011, *T.R.V.*, 2011, p. 199 ; Comm. Bruxelles (prés.), 12 janvier 2011, *I.R. D.I.*, 2011, p. 26.

51. P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery ? », *J.T.*, 1997, pp. 225 et s., nos 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., nos 9 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, op. cit., n° 643.

52. B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtelijk recht*, Formation Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 7.

53. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010, nos 490 et s.

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.

Plus généralement, se pose la question de l'introduction généralisée dans notre droit de ce qu'on appelle aux Pays-Bas la « saisie-preuve ». Il s'agit d'un mécanisme par lequel une saisie est pratiquée sur des pièces ou supports de données détenus par une autre partie ou un tiers dans le but de les conserver dans le cadre de l'administration de la preuve⁵⁴. Ce type de saisie n'existe, en Belgique, que pour la protection des droits intellectuels (art. 1369*bis* et s. C. jud.). La question d'une généralisation à d'autres domaines de la procédure est posée en doctrine⁵⁵. Cela supposerait l'application simultanée de plusieurs types de procédure (production forcée de documents, désignation de séquestre et/ou expertise). *De lege lata*, ce mécanisme repose sur des fondements incertains et se heurte à l'intention explicite du législateur d'exclure les « *fishing expeditions* ». La jurisprudence se montre plutôt réticente⁵⁶.

Cette matière est donc fort délicate. Le juge devra en effet aussi veiller au caractère exécutable des injonctions qu'il délivre. Un ordre de production de documents imprécis, assorti d'une astreinte, risque fort de conduire à des difficultés d'exécution⁵⁷.

§7. Conclusion

15. On voit donc que les contours du droit à la preuve restent flous, même si la jurisprudence commence à y faire des références explicites. En particulier, il est difficile d'apprécier avec précision l'impact de ce principe sur l'office du juge. La seule chose qui soit claire est qu'il devra veiller à motiver sa décision lorsqu'il statue sur l'admission de preuves ou l'organisation d'une mesure d'instruction. Il est trop tôt pour dire si le caractère discrétionnaire de son pouvoir d'appréciation concernant le recours à des mesures d'instruction est véritablement diminué lorsque les circonstances de la cause

54. W. VANDENBUSSCHE et N. DE LATHAUWER, « Een veralgemeend bewijsbeslag in de burgerlijke procedure », *R.D.C.*, 2015, p. 717.

55. *Ibid.* ; E. DIRIX, « Van beslag inzake namaak naar algemeen bewijsbeslag », *R.W.*, 2015-2016, p. 882.

56. Gand, 4 novembre 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 713.

57. D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve et les mesures d'instruction », in *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 303 et s., n° 12.

permettent à une partie d'invoquer la violation de son droit à la preuve. Cela suppose en tout cas l'absence de toute négligence de la partie concernée dans l'administration de la preuve. Mais cette conclusion commence à se dessiner, notamment lorsqu'on lit la doctrine récente à ce sujet. La jurisprudence aura certainement un rôle exploratoire à jouer et il est possible que, dans quelques années, les commentateurs pourront se montrer beaucoup plus affirmatifs sur cette question.