

L'obligation de collaborer à l'administration de la preuve : précisions sur la portée d'un principe particulier

I – INTRODUCTION

1. Le problème posé à la Cour. Les circonstances de l'affaire ayant donné lieu à la décision annotée concernent un conflit successoral et peuvent être synthétisées comme suit. Un homme agit pendant plusieurs années en tant qu'aidant proche d'une dame ayant besoin de soins. Pendant cette période, il reçut des sommes d'argent de cette dernière. Après la mort de cette dame, son héritier demanda le remboursement des sommes perçues par l'aidant sur la base de l'interdiction de l'enrichissement sans cause. Les juges d'appel considérèrent qu'il n'était pas contesté « *que la somme de 64 000 euros a été transférée du patrimoine [de la dame] vers le patrimoine [de l'aidant proche]* ». Ils ajoutaient qu'aucune cause légitime ne venait justifier ce transfert de richesse, considérant ainsi que l'aidant proche ne rapportait en aucune façon la preuve d'un quelconque motif de paiement, que ce soit en rémunération d'une prestation quelconque ou à titre de libéralité. À l'encontre de cette décision, l'aidant introduisit un pourvoi en cassation dans lequel il invoquait, entre autres, une violation des principes relatifs à la charge de la preuve, faisant valoir que c'était à l'héritier et non à lui qu'il incombait de prouver l'absence de tout motif de paiement.

2. Décision de la Cour de cassation. La Cour de cassation décide que le moyen ne peut pas être accueilli et souligne que la charge de la preuve que les conditions d'une action en enrichissement sans cause sont réunies repose sur celui qui l'exerce, à savoir, dans le cas d'espèce, l'héritier. Néanmoins, la Cour ajoute que « *Le principe général du droit suivant lequel les parties au procès sont tenues de collaborer loyalement à l'administration de la preuve a pour effet que, lorsque le demandeur [c'est-à-dire l'héritier] fournit des indices suffisants de l'absence de tout fondement juridique, il appartient au défendeur [c'est-à-dire l'aidant proche] à l'action de in rem verso de démontrer l'existence d'un fondement juridique.* ».

3. Objet de commentaire. Pour un profane dans le domaine du droit de la preuve, les affirmations citées ci-dessus peuvent susciter une certaine surprise. Conformément au principe *actori incumbit probatio*, consacré par l'article 8.4, al. 1, du Code civil (l'ancien art. 1315) et l'article 870 du Code judiciaire, chaque partie doit prouver les actes juridiques ou les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Si une partie ne fournit pas la preuve du fait ou de l'acte qui est à l'origine du droit qu'elle invoque, le juge doit rejeter sa prétention et le doute profite à son adversaire. C'est la théorie du risque de la preuve (art. 8.4, al. 4 du Code civil).¹ Strictement appliquée, dans cette affaire, cette théorie impliquait

¹ Cette théorie est maintenant reprise dans le nouveau Code civil, mais le concept figurait déjà dans la doctrine depuis un certain temps, voy. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces, Anvers*, Intersentia, 2007, n° 39, p. 353 et n° 167, p. 466; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013,

qu'il revenait à l'héritier de prouver l'absence de tout motif de paiement et, s'il ne parvenait pas à produire suffisamment de preuves à l'appui de sa position, que sa demande aurait dû être rejetée.

Toutefois, un tel raisonnement n'est plus valable de manière absolue en droit belge. Il y a quelque temps, l'obligation de collaboration à l'administration de la preuve a fait son entrée dans notre ordre juridique (voy. ci-dessous, n° II). Cette obligation a évolué progressivement dans la jurisprudence belge. Dans un premier temps, il s'agissait uniquement d'une collaboration faisant suite à une demande du juge en ce sens. Peu à peu, cette obligation s'est vu reconnaître une portée toujours plus large, ajoutant une deuxième dimension, prenant la forme d'un devoir général de collaboration loyale à l'administration de la preuve, même en l'absence d'injonction du juge (voy. ci-dessous, n° III). L'arrêt annoté donne, à première vue, l'impression de représenter la plus remarquable perturbation des principes concernant la charge de la preuve jusqu'à présent : lorsque le demandeur fournit des indices suffisants du bien-fondé de sa prétention (en l'occurrence, l'absence de tout fondement juridique), il appartient au défendeur de démontrer le contraire (l'existence d'un fondement juridique). Cela soulève évidemment des questions sur le fondement et la portée de cette décision (voy. ci-dessous, n° IV). La thèse centrale de ce commentaire est que l'arrêt annoté a le mérite d'établir sans équivoque qu'une partie qui ne supporte pas la charge de la preuve a l'obligation de contribuer à la clarification de la situation de fait, même en absence de toute instruction du juge en ce sens, cette obligation pouvant même consister dans la production d'éléments de preuve. Toutefois, il est peu souhaitable d'inférer de l'arrêt une règle probatoire générale en vertu de laquelle il appartiendrait au défendeur de fournir la preuve du contraire chaque fois que le demandeur a fourni des indices suffisants du bien-fondé de sa prétention (voy. ci-dessous, n° V).

II – LA GENÈSE DU PRINCIPE

4. Introduction dans le Code judiciaire. Comme expliqué ci-dessus, l'arrêt annoté n'est pas la première décision en droit belge de laquelle émerge l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve. L'expression « *collaborer correctement et loyalement à l'administration de la preuve* » est apparue pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour de cassation en 1995.² La genèse du principe remonte encore plus loin. Le rapport sur la réforme judiciaire de 1964, élaboré par CHARLES VAN REEPINGHEN, énonce que : « *suivant en cela l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine, le projet prévoit d'une part que les parties collaborent loyalement au déroulement du procès et par*

n° 252, p. 131; D. MOUGENOT, *La preuve, Rép. not., t. IV, l. 2*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 29, p. 107 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story-Publishers, 2012, n° 140, p. 145; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1962, n° 32, p. 48.

² Cass., 26 mai 1995, *Arr. Cass.*, 1995, p. 515, *Pas.*, 1995, I, p. 541 et *R.W.*, 1995-96, p. 111.

*conséquent à l'administration de la preuve ; il permet d'autre part au juge [...] d'assurer cette collaboration dans le respect de leurs droits [...] ».*³

Pour donner suite à cette idée, en 1967, le législateur a introduit deux dispositions dans le Code judiciaire. Selon l'article 871, le juge peut ordonner à chacune des parties de produire les éléments de preuve dont elle dispose. L'article 877 prévoit quant à lui que, lorsqu'il existe des indices sérieux et précis de la détention, par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document, ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soient déposés au dossier de la procédure.

5. La concrétisation d'une tendance jurisprudentielle et doctrinale. Le rapport VAN REEPINGHEN a mis à jour une tendance qui était déjà présente dans le droit belge depuis quelque temps. Ainsi, même avant l'entrée en vigueur du Code judiciaire, plusieurs tribunaux avaient ordonné aux parties de compléter leur dossier par l'ajout d'éléments de preuve sur lesquels elles avaient négligé de porter leur attention. Dans le même ordre d'idée, certains juges les avaient obligées à collaborer à l'administration de la preuve lorsqu'il apparaissait qu'elles pouvaient mutuellement s'aider.⁴

Il est intéressant de constater que ces décisions se prévalaient d'un tel pouvoir d'injonction par référence à quelques auteurs influents, dont notamment DE PAGE et DEKKERS. Ainsi, bien que DE PAGE ait souligné qu'en principe, les règles qui régissent la charge de la preuve devraient être strictement appliquées, il reconnaissait également que la pratique connaissait des situations infiniment plus nuancées : *« Il se fait souvent qu'une partie éprouve des difficultés à fournir les éléments complets d'une preuve dont l'existence n'est pas sérieusement contestée, ou se trouve dans une situation telle que certaines données à l'appui de ses dires pourraient être, sans inconvénient, plus facilement fournies par l'autre partie »*. Cela impliquait, à ses yeux, que *« si l'une des parties peut le faire, sans sérieusement compromettre ses droits, elle doit prêter aide et assistance à l'autre partie »*.⁵ Par ailleurs, dès 1959,

³ Rapport de M. VAN REEPINGHEN, Projet de loi instituant le Code judiciaire, *Sénat de Belgique* 1963-64, 10 décembre 1963, p. 210.

⁴ Voy. par exemple : *« Attendu qu'il appartient au juge de faire compléter par les parties les éléments sur lesquels elles ont négligé de porter leur suffisante attention, que, de leur côté, les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve quand elles peuvent mutuellement s'aider, sans compromettre leurs droits »* (Liège, 18 novembre 1948, *Pas.*, 1949, II, p. 17) ; *« Attendu qu'en collaborent ainsi non point tant à l'administration de la preuve qu'à la manifestation de la vérité, non seulement l'intimée ne compromettrait point ses droits, mais qu'elle en établirait avec évidence le bien-fondé »* (Bruxelles, 8 décembre 1953, *J.T.*, 1954, p. 293) ; *« Attendu que la doctrine la plus récente admet que les parties ne peuvent, au mépris de la plus élémentaire honnêteté, se cantonner dans une attitude passive pour entraver systématiquement l'œuvre de justice et que la maxime Nemo tenetur edere contra se autorise des exceptions que peuvent commander les circonstances particulières et une évidente équité »* (Bruxelles, 6 février 1961, *Pas.*, 1962, II, 150) ; *« La juridiction saisie, qui a le pouvoir d'ordonner, même d'office, aux parties contendantes la production de documents qu'elles possèdent et qui sont jugés nécessaires pour la solution du litige, peut aussi avoir égard aux documents que le ministère public propose à cette fin, à la condition de soumettre ceux-ci aux parties pour leur permettre de les discuter contradictoirement »* (Cass., 20 juin 1961, *R.C.J.B.*, 1965, p. 38)

⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 729A, p. 738.

DEKKERS a fait valoir que les plaideurs avaient le devoir de collaborer à l'administration de la preuve, dans des limites de pertinence et de discrétion arbitrées par le juge.⁶

Il convient également de mentionner qu'à cette époque, d'autres auteurs se sont éloignés du postulat du procès civil comme arène de confrontation. En 1957, STÉVIGNY a défendu que les parties devaient collaborer entièrement entre elles et avec le juge en vue de l'administration des preuves nécessaires à la solution du litige, ce que la bonne foi, l'équité et, en particulier, les nécessités d'une saine administration de la justice exigeaient.⁷ En 1962, M. STORME a soutenu un point de vue identique dans sa thèse sur la charge de la preuve en droit privé belge. Selon lui, il est en effet nécessaire que le principe de fair-play ait sa place dans la procédure civile, ce qui implique que les parties sont obligées d'agir d'une manière loyale dans le déroulement du procès.

6. *Nemo tenetur edere contra se.* Le développement du principe de collaboration à l'administration de la preuve s'est accompagné d'une compréhension progressive que l'adage *Nemo tenetur edere contra se* n'a rien d'absolu. Cet adage, provenant du droit pénal, signifie que personne ne peut être contraint à apporter des preuves contre lui-même. Bien qu'il ait longtemps été considéré comme un principe équitable et rationnel, cet adage n'a toutefois jamais été consacré dans un texte de loi. On a ainsi peu à peu admis qu'il autorisait des exceptions, justifiées par les circonstances particulières de l'espèce et une évidente équité.⁸

III – UN PRINCIPE DE JUMELAGE

7. Deux dimensions. À son premier stade de développement, le principe de collaboration à l'administration de la preuve devait s'entendre *sensu stricto*, c'est-à-dire comme une obligation pour les parties de collaborer à l'administration de la preuve à la demande du juge. Cet aspect s'est encore développé dans les années qui ont suivi l'introduction du Code judiciaire (voy. A). Une autre dimension s'y est néanmoins progressivement ajoutée, en vertu de laquelle il existe un devoir général de collaboration loyale des parties au procès, et ce même en l'absence d'injonction du juge (voy. B).

⁶ R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », note sous Liège, 31 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1959, n° 19, p. 154 et n° 21, p. 156.

⁷ G. STÉVIGNY, « La charge de la preuve en matière civile », *J.T.*, 1957, n° 76, p. 754.

⁸ R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », note sous Liège, 31 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1959, n° 6, p. 150 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Liège, 1987, pp. 353-354, n° 476 ; L. GOFFIN, « L'obligation de sincérité de l'avocat », *J.T.*, 1989, n° 16, p. 266. Aux Pays-Bas, la Cour Suprême [Hoge Raad] a même décidé explicitement, en 1953, que : « *La proposition générale selon laquelle une partie ne peut être tenue de fournir à son adversaire de preuves contre elle-même n'a pas de fondement dans le code de procédure civile* » (Hoge Raad, 12 juin 1953, ECLI:NL:HR:1953:AG2000, NJ 1954, n° II.S, p. 61).

A. – *Collaboration sensu stricto*

8. Une pratique bien ancrée. Après sa création dans le Code judiciaire, l'obligation de collaboration à l'administration de la preuve à la demande du juge est devenue une pratique bien ancrée devant les tribunaux belges. Il y a cependant deux réserves à ce constat. Tout d'abord, les articles 871 et 877 du Code judiciaire offrent au juge la faculté d'ordonner à une partie de produire des éléments probatoires, mais il ne s'agit pas d'une obligation. Le juge peut toujours décider qu'il n'a pas besoin d'éléments de preuve supplémentaires pour forger sa conviction.⁹ Ensuite, le devoir de collaboration ne peut pas avoir pour finalité de pallier le non-respect, par une partie, de son obligation de prouver la réalité de ses allégations.¹⁰ Le juge se trouve donc dans une situation difficile. La raison d'être de la collaboration à l'administration de la preuve est de permettre au juge de répondre aux situations dans lesquelles son intervention est véritablement nécessaire, à savoir lorsqu'une partie ne parvient pas à prouver ses prétentions, sans que cela soit dû à sa propre conduite ou responsabilité. En revanche, si une partie se limite à de simples allégations et n'a pas tenté de produire elle-même des éléments de preuve à l'appui de celles-ci, la partie adverse ne pourrait être enjointe de fournir des preuves.

La règle incitant les parties à collaborer à l'administration de la preuve à l'initiative du juge n'existe pas qu'en droit belge, mais se retrouve également dans d'autres législations européennes. En France, l'article 10 du Code civil est rédigé comme suit : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ». L'article 11 du Code de procédure civile français fait en particulier référence aux mesures d'instruction : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction* ». En Suisse, l'article 160 du Code de procédure civile dispose : « *Les parties et les tiers coopèrent à l'administration de la justice* ». Aux Pays-Bas, l'article 22, paragraphe 1, du Code de procédure civile dispose : « *Le juge peut, dans tous les cas et à tout moment de la procédure, ordonner aux parties ou à l'une d'entre elles de clarifier certaines déclarations ou de produire certains documents relatifs à l'affaire* ».

9. Principe général de droit. À l'instar de la Cour de cassation française en 1987,¹¹ la Cour de cassation belge, dans un arrêt du 25 septembre 2000, a reconnu comme principe général de droit la collaboration (*sensu stricto*) des parties dans l'administration des preuves. Dans cette espèce, une chaîne d'hypermarchés s'était vu interdire de vendre les bouteilles d'un producteur de whisky, sous peine d'astreinte. Au bout d'un certain temps, le producteur de whisky et l'association professionnelle du whisky écossais estimèrent que la chaîne d'hypermarchés enfreignait cette interdiction. Ils demandèrent

⁹ Cass., 28 juin 2012, *Pas.* 2012, p. 1504, *R.A.B.G.*, 2013, p. 250, note M. GOVAERTS ; Cass., 24 juin 2011, *T.Fam.* 2012, p. 151, note Vandebussche en Samoy ; Cass., 18 janvier 2005, *Arr.Cass.*, 2005, p. 123 ; Cass. 17 juin 2004, *Arr.Cass.*, 2004, p. 1130, *Pas.* 2004, 1078, *R.W.* 2006-07 921 ; Cass. 14 décembre 1995, *Arr.Cass.*, 1995, p. 1129 ; Cass. 2 juin 1977, *Arr.Cass.*, 1977, p. 1012 et J.T., 1977, p. 455.

¹⁰ V. RONNEAU, « La charge de la preuve. Dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », F. GEORGE, B. HAVET en A. PUTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, n° 4, p. 226.

¹¹ Cass. (1^{re} civ.), 21 juillet 1987, n° 85-16.436, *Bull civ.* V, n° 196.

la condamnation de la chaîne à communiquer dans les huit jours du prononcé le nombre exact de bouteilles vendues, et ce sous contrôle d'un expert-comptable, sous peine d'une astreinte de cinq millions de francs. Les juges d'appel rejetèrent la demande au motif qu'aucune preuve de la matérialité et du nombre d'autres infractions que celles dûment constatées n'avait été rapportée par les demanderesse, alors que cette preuve leur incombait en principe et qu'en exigeant de la chaîne d'hypermarchés qu'elle soit condamnée à produire aux débats divers documents comptables, les demanderesse renversaient ce principe. La Cour de cassation a cassé cette décision : « *Attendu qu'en considérant, pour rejeter la mesure d'instruction sollicitée par les demanderesse, qu'il en résulterait un renversement de la charge de la preuve qui leur incombe, l'arrêt viole les dispositions légales [l'art. 1315 de l'ancien Code civil, 870, 871 et 877 du Code Judiciaire] et méconnaît le principe général [imposant aux parties de collaborer dans l'administration des preuves] ».*¹²

10. Autres mesures d'instruction. La Cour de cassation belge a donc reconnu un principe général du droit de collaboration dans le cadre d'une demande de production de documents. Néanmoins, le principe s'applique également aux autres mesures d'instruction. Pour l'expertise, c'est évident, l'article 972*bis* du Code judiciaire, inséré par la loi de 15 mai 2007, prévoyant en effet que « *Les parties sont tenues de collaborer à l'expertise* »¹³. Pour d'autres mesures (par exemple l'enquête ou la descente sur les lieux), la collaboration ne consiste pas seulement à fournir des preuves, mais également à accélérer et à rendre plus efficace l'obtention des preuves¹⁴.

11. Au-delà des mesures d'instruction. Un autre aspect, souvent ignoré, du principe de collaboration est qu'une partie peut également être contrainte de fournir des informations complémentaires lorsque le juge invite les parties à le faire, sans pour autant ordonner une mesure d'instruction.¹⁵ Si le juge estime que certaines allégations ne sont pas suffisamment claires, au lieu de rejeter la demande, il lui est en effet toujours loisible d'interroger des parties à ce sujet¹⁶ et ce alors même que le Code judiciaire ne contient pas de disposition accordant au juge un droit général de poser des questions aux parties. Notons que c'est en revanche le cas dans plusieurs autres systèmes européens. Ainsi, en Allemagne, sur la base

¹² Cass., 25 septembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1424, *Bull.*, 2000, p. 1394, *R.D.J.P.*, 2001, p. 114, note K.W. et R.W., 2000-01, p. 1590

¹³ Voy. l'art. 198, al. 3 de Code de procédure civile néerlandais : « *Les parties sont tenues de collaborer à une expertise* ».

¹⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n° 140, p. 443; M.E. STORME, « Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès », M. STORME (dir.), *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines*, Anvers, Kluwer, 1992, n° 126, p. 117; W. VANDENBUSSCHE, « Je t'aime..., moi non plus — Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (dir.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 14, p. 92.

¹⁵ B. VANLERBERGHE, « De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen », J. ROZIE, B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, n° 19, p. 42.

¹⁶ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, 64, nr. 92. Il est intéressant de noter que, selon la cour d'appel d'Anvers, le juge n'a pas le droit de poser des questions aux tiers. Il ne peut, en tant que telle, exiger une réponse d'un tiers aux questions formulées par la demanderesse (Anvers, 17 décembre 2019, *R.D.J.P.*, 2020, p. 22).

du § 139, al. 1 du Code de procédure civile, le tribunal peut demander aux parties de compléter des déclarations inadéquates sur les faits en cause¹⁷. Aux Pays-Bas, le tribunal peut également ordonner à l'une des parties de clarifier certaines affirmations à tout moment de la procédure, conformément à l'article 22 du Code de procédure civile néerlandais. Enfin, en France, le juge peut inviter les parties à fournir toutes les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

B. – Collaboration *sensu lato*

12. Une nouvelle dimension s'ajoute. Comme expliqué ci-dessus, suivant le développement de l'obligation de collaboration suite à une invitation du juge, une autre dimension s'est progressivement développée. Celle-ci consiste en un devoir général de collaboration loyale des parties au procès, même en l'absence d'injonction du juge. En substance, cette conception large de l'obligation de collaboration implique que, toute partie, quelle que soit sa position procédurale (demandeur ou défendeur), est tenue de contribuer à la solution du litige en clarifiant les faits allégués et contestés.

Ce n'est qu'à la fin des années 80 et au début des années 90 que cette conception large a fait son apparition. Il semble qu'elle ait été déclenchée par une doctrine éminente. Bien évidemment, le fondement de ce principe ne réside pas dans les articles 871 et 877 du Code judiciaire, ces dispositions n'ayant jamais consacré un devoir de produire des preuves spontanément¹⁸. De nombreux auteurs ayant étudié cette question font plutôt référence à la bonne foi, qu'ils envisagent comme un principe général de droit dépassant la seule matière contractuelle¹⁹. Pour VAN OMMESLAGHE, ce principe constitue en effet « *une norme de comportement qui atténue la rigueur des principes énoncés par les articles 1315 C.C et 870 C.J., au nom de la loyauté que les parties se doivent mutuellement — et non pour “faire plaisir” au juge* »²⁰.

Si l'on trouvait ainsi dans la doctrine une tendance à interpréter la bonne foi comme principe directeur de l'administration de la preuve²¹, l'on y retrouverait également un vent contraire, provenant d'auteurs

¹⁷ D. ADLOFF, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 59-61; T. RAUSCHER et W. KRÜGER / C. WAGNER, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, C.H.Beck, 2013, §139, n° 11.

¹⁸ T. TOREMANS, « Commentaar bij artikel 871 Ger.W. », in X., *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2019, n° 5, p. 4.

¹⁹ H. BOCKEN, « De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen », *R.W.*, 1990, n° 12, p. 1043 ; A. KOHL, « L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil », in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Liège, Jeune barreau, 1990, (411) 423 ; S. STIINS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1990, p. 1017 ; M.E. STORME, « Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ? », *T.P.R.*, 1990, n° 86, p. 481 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, n° 15, p. 108 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 52, p. 31.

²⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *Rev.Gen.Dr.Com.*, 1987, n° 15, p. 108.

²¹ H. BOCKEN, « De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen », *R.W.*, 1990, n° 12, p. 1043; S. STIINS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1990, p. 1017.

estimant qu'il était peu probable que les parties à un procès civil puissent se laisser guider par les intérêts légitimes de leurs adversaires²². Plus important encore, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 6 décembre 1991, qu'il n'existait pas de principe général du droit imposant la bonne foi dans le procès.²³ La question sous-jacente était distincte de celle de l'administration de la preuve, mais la Cour de cassation a clairement donné le ton.

1. – *Une jurisprudence croissante*

13. L'émergence dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Après son émergence dans la doctrine, il a encore fallu un certain temps avant que l'idée d'une collaboration *sensu lato* dans l'administration de la preuve soit reflétée dans la jurisprudence belge. Certes, dans un arrêt du 26 mai 1995, la Cour de cassation estime qu'il peut être attendu d'une partie qu'elle « *collabore correctement et loyalement à l'administration de la preuve* » ; cette affirmation concernait toutefois la partie sur laquelle reposait la charge de la preuve. Dès lors, cette partie était de toutes façons tenue de fournir la preuve du fait ou de l'acte qui était à l'origine du droit qu'elle invoquait, sinon le juge aurait dû rejeter sa prétention. En outre, dans son rapport annuel 2002-2003, la Cour de cassation catalogue la bonne foi dans le procès parmi les règles qui ne sont pas reconnues en tant que principes généraux du droit²⁴.

En définitive, il faudra attendre l'année 2005 pour qu'une trace de cette nouvelle approche puisse être retrouvée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, dans un litige relatif au remboursement d'un crédit dont les faits peuvent être résumés comme suit. À la fin des années 90, un couple s'était vu octroyer des crédits pour un montant total de 585 000 francs belges. Ne recevant pas suite à deux avis d'échéance, le prêteur porta le litige devant la justice. Statuant en degré d'appel, le tribunal de première instance constata que ce dernier ne rapportait pas la preuve qu'il avait respecté son devoir de renseignement sur la capacité de remboursement du couple. Par arrêt du 10 décembre 2004, la Cour de cassation cassa la décision rendue par le tribunal de première instance. Selon elle, en effet : « *le consommateur et le prêteur sont tenus réciproquement d'une information exacte et complète et que le prêteur a l'obligation d'examiner les renseignements sur la situation financière et la faculté de remboursement du consommateur* » et « *le consommateur a la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations, sans préjudice du devoir du prêteur de participer à la charge de la preuve dans les limites légalement déterminées* ». ²⁵

C'est surtout l'expression « *sans préjudice du devoir du prêteur de participer à la charge de la preuve dans...* » qui attire l'attention pour notre propos. La Cour de cassation n'a toutefois pas clairement

²² Voy. E. FORRIER, « Goede trouw in geding en bewijs. Een reactie op het rapport van Prof. Dr. M.E. Storme », *T.P.R.*, 1990, p. 504-505.

²³ Cass., 6 décembre 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, p. 315, *Bull.*, 1992, p. 266, *Pas.*, 1992, I, p. 266.

²⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2002-2003, p. 136.

²⁵ Cass., 10 décembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1998, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note F. De Patoul, *N.J.W.* 2005, p. 951, *Pas.* 2004, p. 1962, *R.C.J.B.* 2005, p. 680, note Buyle, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note Steennot.

indiqué ce qu'il fallait entendre par la précision suivant laquelle cette participation devait avoir lieu dans « *les limites légalement déterminées* »²⁶. Selon la doctrine, la Cour pointait de la sorte une collaboration *sensu stricto*, c'est-à-dire un devoir de collaborer aux mesures d'instruction, en soulignant que le prêteur aurait été tenu de respecter une injonction visant à la production de documents, même si une telle mesure n'avait pas été ordonnée dans le cas d'espèce²⁷. La lecture dominante était donc que la Cour de cassation n'avait pas encore accepté de reconnaître l'existence d'un principe de collaboration *sensu lato* en droit belge, mais qu'elle se dirigeait dans cette direction.

14. Un pas suivant et important. Un progrès important s'est déroulé en 2007 dans une affaire où, à l'occasion de dommages causés par des travaux sur les voies navigables, les juges d'appel avaient décidé qu'un entrepreneur était responsable, à l'égard de la Région wallonne, de manquements contractuels ou quasi délictuels commis par lui ou par son sous-traitant. Le cahier des charges imposait en effet à l'entrepreneur de ne pas entraver la sécurité et la circulation des bateaux. Or, selon les juges d'appel, l'entrepreneur ne prouvait pas avoir pris la moindre mesure aux fins de garantir la sécurité des bateliers, malgré l'obstacle découlant des travaux et avait en conséquence commis une faute en relation causale avec les dommages en résultant. Dans son pourvoi en cassation, l'entrepreneur fit valoir qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué dispensait la Région wallonne de la preuve du fait négatif consistant à démontrer que l'entrepreneur n'avait pas pris toutes mesures utiles de sécurité et lui imposait illégalement la preuve du fait positif contraire. Selon lui, les juges d'appel avaient renversé ainsi la charge de la preuve et n'avaient donc pas pu légalement décider qu'il avait commis une faute en relation causale avec les dommages qui en sont résultés. La Cour de cassation rejeta le pourvoi dès lors qu'en considérant que l'entrepreneur ne prouvait pas avoir pris la moindre mesure aux fins de garantir la sécurité des bateliers, l'arrêt ne dispensait pas la Région wallonne de démontrer que l'entrepreneur n'avait pas pris de telles mesures et n'imposait pas davantage à l'entrepreneur de prouver qu'il l'avait fait : « *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* »²⁸.

15. Controverse en doctrine. Comme le juge n'avait pas ordonné de mesures d'instruction dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt du 18 janvier 2007, plusieurs auteurs ont déduit de cette décision que le devoir de collaboration à la preuve existait à l'égard des autres parties et pas uniquement à l'égard

²⁶ D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 4.9, p. 477 ; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2012, 121, n° 31 ; D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile — Chronique de Jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 10, p. 596.

²⁷ B. VANLERBERGHE, « Zwijgrecht versus spreekplicht in burgerlijke zaken en in tuchtzaken », A. VAN OEVELEN, J. ROZIE en S. RUTTEN (dir.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Anvers, Intersentia, 2013, n° 8, p. 9.

²⁸ Cass., 18 janvier 2007, *Res Jur. Imm.* 2007, p. 27.

du juge²⁹. DE LEVAL s'est exprimé dans les termes suivants : « *chaque partie doit donc apporter sa pierre à l'édifice probatoire* »³⁰.

Cependant, un certain nombre d'auteurs se sont opposés à une obligation générale de collaboration en matière de preuve³¹. A l'appui de leur position, ils soulignaient tout d'abord l'absence de base juridique à une telle obligation, les articles 871 et 877 du Code judiciaire nécessitant l'intervention active du tribunal. Deuxièmement, ils insistaient sur le fait que la production de documents est une possibilité, mais non une obligation pour le tribunal. À leur avis, il ne pouvait donc être question d'une obligation générale de collaboration en matière de preuve, ce qui irait trop loin. Enfin, ces auteurs doutaient qu'il y ait vraiment une place pour la loyauté entre les parties dans la procédure civile³².

16. La progression de l'idée. La Cour de cassation a toutefois repris l'idée centrale de l'arrêt du 18 janvier 2007 dans ses arrêts ultérieurs. D'abord, dans l'arrêt du 13 décembre 2007, la Cour a réaffirmé « *qu'il appartient à l'autorité compétente qui invoque que le contribuable a agi dans le but d'éviter l'impôt [...] d'[en] apporter la preuve [...], sans préjudice de l'obligation du contribuable de collaborer à cette preuve* ». ³³ Ensuite, et plus particulièrement, dans un arrêt du 14 novembre 2013, où la Cour de cassation a érigé le devoir des parties de collaborer loyalement à l'administration de la preuve comme un principe général de droit, dans une affaire où il n'était pas question de mesures d'instruction. Les circonstances de cette affaire peuvent être brièvement résumées comme suit. Quelques jours avant qu'une séparation de fait avec son époux n'ait lieu, une dame retira des sommes importantes de comptes bancaires contenant des fonds communs. L'ex-mari la soupçonna d'avoir utilisé l'argent ainsi retiré pour payer une dette propre ou pour en tirer un bénéfice personnel. Le notaire décida que si l'épouse ne fournissait pas d'explication à ce sujet, elle était tenue de payer une récompense à la communauté dissoute. La dame s'opposa à cette décision. Les juges d'appel confirmèrent le jugement du premier juge et déclarèrent non fondée la contestation de l'épouse. Dans son pourvoi en cassation, celle-ci soutint

²⁹ B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het burgerlijk bewijsrecht », P. Van Orshoven (dir.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Bruges, la Charte, 2010, n° 10, p. 40; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht*, APR, Malines, Kluwer, 2013, n° 247, p. 129; D. MOUGENOT, *La preuve*, Rép. not., t. IV, l. 2, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 31, p. 121 ; D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile — Chronique de Jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 10, p. 596.

³⁰ G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Liège, Anthemis, 2011, p. 33, n° 30.

³¹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 214; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story Publishers, 2012, p. 135; B. SAMYN, « Bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Part 2) », *R.D.J.P.*, 2010, n° 8-9, p. 52.

³² L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 175, p. 212; C. MATRAY et L.— M. HENRION, « L'art de la communication : conclure et juger », *J.T.*, 1991, p. 187 ; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2017, n° 39, p. 47 ; F. MOURLON BEERNAERT, « Charge de la preuve », *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, VI.1.5 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 118, p. 127.

³³ Cass., 13 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2292, *Cours de fiscalité*, 2008, p. 358, note Van Keirsbilck, *F.J.F.*, 2008, p. 513, *N.J.W.*, 2008, p. 307, note De Raedt, *T.F.R.*, 2008, p. 404, note Verstraelen

qu'en faisant ainsi peser sur elle une obligation de justification non prévue par la loi et en lui imposant la charge de prouver la destination des fonds, les juges d'appel avaient violé, d'une part, les règles légales relatives aux droits de gestion des époux sur le patrimoine et, d'autre part, les règles relatives à la répartition de la charge de la preuve entre les parties, spécialement en ce qui concerne le droit à la récompense. La Cour de cassation rejeta toutefois le moyen : « *Il suit du caractère lié des pouvoirs de gestion des époux prévu [...] et du principe général du droit que les parties au procès sont tenues de collaborer loyalement à l'administration de la preuve, que lorsqu'il y a des indices qu'un acte de gestion n'a pas été accompli dans l'intérêt de la famille, chaque époux peut être obligé, à la demande de son conjoint, de fournir des renseignements sur l'acte accompli* ». ³⁴

La référence ainsi faite à un principe général du droit a été accueillie positivement par une partie importante de la doctrine ³⁵. Néanmoins, il est également possible que cette élévation de la loyauté procédurale au rang de principe général du droit ne constitue qu'une simple confirmation de l'arrêt du 25 septembre 2000, lequel a reconnu la collaboration à l'administration de la preuve *sensu stricto* comme principe général de droit (voy. ci-dessus n° 9). Dans la procédure au fond, les juges d'appel avaient en effet décidé que l'épouse devait ajouter un certain nombre de documents et d'informations au dossier conformément à l'article 877 du Code judiciaire. Il n'en demeure pas moins que la principale considération de la Cour de cassation est clairement énoncée en termes plus large dans son arrêt du 14 novembre 2013 que dans celui du 25 septembre 2000.

17. La jurisprudence ultérieure de la Cour. Dans les années suivantes, jusqu'à l'arrêt annoté, l'expression « *collaboration loyale à l'administration de la preuve* », ou une variante de celle-ci, est apparue encore trois fois dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 14 novembre 2014, la Cour a affirmé que « *La seule circonstance qu'une partie au procès manque à son obligation de collaboration loyale à l'administration de la preuve ne dispense pas la partie qui forme la requête civile d'une administration de la preuve diligente* ». ³⁶ Ensuite, le 4 juin 2015, la Cour a décidé que « *L'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve ne peut avoir pour conséquence*

³⁴ Cass., 14 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2216, *Not.Fisc.M.*, 2014, 47, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 915, note. Renchon, *R.W.*, 2014-15, 141, *T.Fam.*, 2014, 208, note Declerck et *T.Not.*, 2014, 451, note Verstraete.

³⁵ L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre parties et juge en ce qui concerne la preuve », S. RUTTEN et B. VANLERBERGHE (dir.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Bruges, la Charte, 2015, n° 9, p. 7; T. MALENGREAU, « Loyauté procédurale : la consécration? » (note sous Cass. 27 novembre 2014), *J.T.*, 2015, n° 1, p. 756, D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 5.9, p. 478, D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve et les mesures d'instruction », H. BOULARBAH et F. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 3, p. 306, J.— L. RENCHON, « La charge de la preuve des faits constitutifs d'un détournement de pouvoir en régime de communauté » (note sous Cass. 14 novembre 2013), *Rev.trim.dr.fam.*, 2014, 925, n° 10, J. VAN COMPERNOLLE, « Principes directeurs du procès civil », G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 1.54, p. 62.

³⁶ Cass., 14 novembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014, p. 2614, *Pas.* 2014, p. 2547, *R.W.*, 2015-16, p. 898 et *R.D.J.P.*, 2015, p. 49.

de renverser la charge de la preuve ».³⁷ Enfin, dans un arrêt du 12 février 2016, la Cour a soutenu que « La présomption de l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire, ne cesse pas de s'appliquer lorsque la personne morale collabore à la charge de la preuve ». Dans cette dernière décision, bien que la Cour fasse référence à la « charge de la preuve », il aurait mieux valu utiliser les termes « l'administration de la preuve »³⁸.

18. La jurisprudence des juges du fond. À partir de 2006, peu après l'émergence du principe de collaboration à l'administration de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ce principe a commencé à apparaître dans les jugements et arrêts des cours et tribunaux. Ces jugements et arrêts permettent de se faire une idée plus concrète de la façon dont le principe est appliqué sur le terrain.

Dans une première affaire, il fut reproché à une partie de ne pas avoir soumis un document, bien qu'elle soit la seule à le détenir³⁹. Dans une autre, il fut souligné qu'à un moment donné, les deux parties sont tenues de collaborer dans la même mesure à l'administration de la preuve⁴⁰. Par ailleurs, il fut également jugé que cette règle concerne toute information utile. Ainsi, la partie défenderesse qui conteste la version des faits présentée par la partie demanderesse est tenue d'indiquer pourquoi elle la conteste et de produire sa propre version des faits. Elle ne peut dès lors se contenter de se retrancher derrière les obligations relatives à la charge de la preuve imposées à la partie demanderesse pour s'abstenir de procurer elle-même une information quelconque et refuser ainsi de produire des éléments de preuve dont elle dispose et qui sont utiles pour la solution du litige⁴¹. Dans une autre affaire, il fut décidé qu'une partie ne participait pas loyalement à l'administration de la preuve, parce qu'elle était la seule à pouvoir prendre les mesures d'investigation nécessaires, ce qu'elle n'avait pas fait. Dès lors que cette situation lui était imputable, cette partie ne pouvait invoquer les incertitudes qu'elle estimait subsister pour considérer que la partie sur laquelle reposait la charge de la preuve ne prouvait pas à suffisance le bien-fondé de sa position⁴².

Il y a aussi des jugements qui soulignent les limites du devoir de collaboration. Par exemple, il fut reconnu qu'une partie est tenue de collaborer à l'administration de la preuve, sans qu'elle ne soit pour autant obligée de fournir des preuves concrètes des explications orales qu'elle avait données aux parties⁴³. De la même façon, il a été souligné que l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve n'implique pas celle de reconnaître des faits contestés⁴⁴.

³⁷ Cass., 4 juin 2015, *Arr. Cass.* 2015, p. 1489, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296, *Pas.* 2015, p. 1442, *R.D.C.*, 2015, p. 925.

³⁸ Cass, 12 février 2016, *Pas.*, 2016, p. 379.

³⁹ C.T. Bruxelles 19 décembre 2006, *Soc.Kron.*, 2008, p. 552.

⁴⁰ C.T. Anvers, 19 janvier 2009, *Limb.Rechtstl.*, 2009, p. 129, noot S. Renette.

⁴¹ Pol. Bruxelles, 7 décembre 2011, *J.J.Pol.*, 2012, 41.

⁴² Civ. Bruxelles, 2 février 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15207. Voy. aussi : Civ. Bruxelles, 29 janvier 2018, *For.ass.*, 2019, éd. 197, 136, note J.-L. Fagnart, *T.Gez.*, 2020-21, éd. 1, 68, noot M. Verhaegen.

⁴³ Bruxelles, 16 décembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, 826, note A. Reniers, *Rev.trim.dr.fam.*, 2012, 873, *T.Fam.*, 2012, 73, note F. Buysens et *T.Not.*, 2009, 253.

⁴⁴ Mons, 19 mars 2010, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, 207.

D'une façon générale, il est à noter que de nombreux jugements sont rendus dans des types spécifiques de contentieux : l'assureur qui n'a pas mené d'enquête sur les circonstances d'un accident (professionnel)⁴⁵ ; le salarié qui prétend avoir droit à certaines primes ou au paiement d'heures supplémentaires⁴⁶ ; le client qui fait valoir que le professionnel ne lui a pas fourni les informations nécessaires⁴⁷. Ces types de contentieux peuvent presque être tous groupés sous un dénominateur commun : une asymétrie quant à la preuve. Ce concept vise une situation dans laquelle la partie qui supporte la charge de la preuve n'a pas accès à des éléments de preuve suffisants, alors que c'est le cas de l'autre partie. Les parties se trouvent donc, sur ce point, dans une situation inégale⁴⁸. Dans un tel cas, le principe de collaboration à l'administration de la preuve permet d'apporter une certaine nuance au niveau des principes relatifs à la charge de la preuve.

19. Un concept unique en droit belge. Le principe général de collaboration à l'administration de la preuve *sensu lato* est unique du point de vue du droit comparé. D'autres systèmes juridiques (comme les Pays-Bas, la France, l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse) sont tous familiers des devoirs de loyauté⁴⁹, d'information et de collaboration, mais aucun autre système ne tient explicitement compte d'un tel devoir général de collaboration dans l'administration de preuves. D'une manière générale, les obligations similaires que l'on trouve en droit comparé peuvent être divisées en trois catégories.

Premièrement, il y a des obligations qui concernent la fourniture d'informations par la partie n'ayant pas la charge de la preuve (par exemple, « *aanvullende stelplicht* » aux Pays-Bas⁵⁰, « *sekundären Darlegungslast* » en Allemagne, « *Aufklärungspflicht* » en Autriche⁵¹ et « *weitergehende Substanziierungspflicht* » en Suisse⁵²). Plus précisément, cette partie est tenue de produire des éléments

⁴⁵ Civ., Bruxelles, 29 janvier 2018, *For.ass.*, 2019, 136, note Fagnart, *T.Gez.*, 2020-21, p. 68, note M. Verhaegen ; Civ., Bruxelles, 2 février 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15207 ; C.T. Anvers, 19 janvier 2009, *Limb.Rechtsl.*, 2009, p. 129, noot Renette,

⁴⁶ C.T. Bruxelles, 22 mai 2020, *N.J.W.*, 2020, p. 801, note Pecinovskiy et Eeckhout, *Soc.Kron.*, 2020, p. 326, note ; C.T. Bruxelles, 19 décembre 2006, *Soc.Kron.*, 2008, p. 552.

⁴⁷ Bruxelles, 16 décembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 826, noot A. RENIERS, *Rev.trim.dr.fam.*, 2012, 873, *T.Fam.*, 2012, p. 73, note F. Buysens et *T.Not.*, 2009, p. 253 ; Civ., Liège 29 juin 2005, *Rev.not.b.* 2006, 447, *J.J.P.*, 2006, p. 257.

⁴⁸ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 221-225 ; W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-19, n° 22, p. 331.

⁴⁹ En particulier en droit français, le principe de loyauté bénéficie d'un intérêt croissant, voy. par ex. « *Le rayonnement du principe de loyauté s'intensifie d'année en année* » (J.-D. BRETZNER et A. AYNÈS, « Droit de la preuve : septembre 2014 — juin 2015 », *D.*, 2016, n° I.A, p. 167. Voy. aussi M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, 527 ; N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, 2016, 98, nr. 73 ; E. JEULAND, « The 'right to proof' and the 'loyalty principle': a French perspective », C. H. VAN RHEE et A. UZELAC [dir.], *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 82-85.

⁵⁰ E.M. MEIJERS, note sous HR 18 décembre 1925, *N.J.*, 1926, p. 231 ; J. BEENDERS, « Art. 149 Rv. », A.I.M. VAN Mierlo, C.J.J.G. VAN Nispen et M.V. POLAK (dir.), *Burgerlijke rechtsvordering. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 389.

⁵¹ P. RUMMEL/R. REISCHAUER, *ABGB Kommentar*, Wien, Manz, 2007, § 1298, n° 3a.

⁵² W. FELLMANN, « Substantziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung », W. FELLMANN et S. WEBER (dir.), *Haftpflichtprozess 2011*, Genève, Schulthess, 2011, p. 32 ; D. GASSER et B. RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurskommentar*, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag AG, 2014, n° 4, p.

factuels à l'appui de toute contestation d'un fait énoncé par la partie qui supporte la charge de la preuve. De cette manière, elle lui fournit des « indices » qui pourraient être utiles pour remplir sa mission probatoire. Cette obligation se justifie par le fait que cette dernière n'a pas accès aux événements pertinents et ne peut en avoir une connaissance approfondie, alors que son adversaire dispose de ces informations et preuves ou, du moins, en est beaucoup plus proche. De manière remarquable, tant en Allemagne qu'en Suisse, ce devoir de clarification est explicitement fondé sur *Treu und Glauben*, l'équivalent du principe de bonne foi⁵³.

Deuxièmement, dans certains systèmes juridiques, il existe un devoir pesant sur chaque partie de produire les éléments de preuve qu'elle détient ou, plus largement, d'apporter son concours à l'exercice de la justice (« *charge positive de la preuve* » ou « *charge de l'administration de la preuve* » en France⁵⁴ et « *der allgemeinen Mitwirkungslast der Parteien bei der Sachverhaltsabklärung* » en Suisse⁵⁵). Contrairement à la première catégorie, qui concerne principalement la production d'informations et d'indices, il s'agit ici d'éléments de preuve concrets. En outre, il ne s'agit pas tant d'assister ou d'aider la partie adverse, mais bien de présenter des preuves qui soutiennent ses propres propositions ou contestations, afin que le tribunal ait une idée la plus complète possible des circonstances factuelles de l'affaire. Le juge peut alors appuyer sa conviction non seulement sur les preuves présentées par la partie sur laquelle repose le risque de preuve, mais également sur les éléments que les autres parties concernées ont présentés devant lui.

Une troisième catégorie d'obligations comprend l'interdiction de faire obstruction à l'administration des preuves. Les droits allemand, autrichien et suisse se réfèrent à ce type de collaboration sous le terme générique « *Beweisvereitelung* ». Cela implique que, avant le début de la procédure, les parties doivent s'assurer qu'aucune preuve n'est perdue. *A fortiori*, cela signifie qu'elles ne peuvent pas non plus empêcher l'obtention des preuves ou la recherche de la vérité. Il leur est également interdit de cacher ou de détruire des éléments de preuve défavorables au cours de la procédure⁵⁶.

222; M. NUMÉRO, *Berner Kommentar — Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1962, art. 8 ZGB, p. 661, n° 187.

⁵³ Pour l'Allemagne, voy. C. WAGNER, « § 138 », *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, C.H.Beck, 2013, p. 21. Pour la Suisse, voy. M. KUMMER, « Art. 8 ZGB », *Berner Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1962, n° 187, p. 661.

⁵⁴ N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 80, p. 105 ; R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, Paris, LGDJ, 1955, p. 200.

⁵⁵ S. RÜETSCHI, « Vorbemerkungen zu art. 160–167 ZPO », *Berner Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bern, Verlag Stämpfli, 2012, n° 8, p. 1733.

⁵⁶ Pour l'Allemagne, voy. D. ADLOFF, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 63 ; G. BAUMGÄRTEL, « Die Beweisvereitelung im Zivilprozess », W. H. RECHBERGER et R. WELSER (dir.), *Festschrift für W. Krillek zum 65. Geburtstag*, Vienne, Manz, 1986, (63) 63. Pour l'Autriche, voy. W.H. RECHBERGER et D.-A. SIMOTTA, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, Manz, 2010, 440, n° 783. Pour la Suisse, voy. M. BEGLINGER, « Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess », *Z.S.R.*, 1996, p. 482; R. GRONER, *Beweisrecht. Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2011, 110

Le droit belge applique la notion générale de collaboration *sensu lato* dont il a été question ci-avant comme une sorte de « parapluie » permettant de couvrir un nombre indéterminé de cas. Il semble que cela conduise à ce que les trois catégories d'obligations précitées soient englobées par le principe de collaboration consacré par la jurisprudence belge⁵⁷. Le devoir de collaboration *sensu lato* couvre en effet à la fois la fourniture des renseignements⁵⁸, l'obligation de s'expliquer⁵⁹ et le devoir de collaborer à l'administration de la preuve⁶⁰. En outre, même si, jusqu'à présent, la jurisprudence de la Cour de cassation concerne uniquement l'obligation des parties de collaborer pendant la procédure, la jurisprudence des juges de fond tend à s'appliquer également à la phase préalable au procès (voy. ci-dessus n° 18). L'avantage de l'approche belge est qu'elle permet de couvrir les nouveaux cas de figure apparaissant en pratique, parfois difficiles à anticiper. Son désavantage est que le principe consacré par la jurisprudence se délimite difficilement ce qui peut, comme le montre l'arrêt annoté, provoquer des discussions concernant les limites exactes qu'il convient de lui donner.

20. Fondement juridique. Malgré son importance, le fondement juridique de l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve n'a pas occupé une place centrale dans le débat doctrinal. Néanmoins, quelques auteurs ont pris une position par rapport à ce sujet. Selon MOUGENOT, plutôt qu'une application de la bonne foi, la collaboration à l'administration de la preuve constitue une manifestation du principe de loyauté procédurale qu'il faut considérer comme principe directeur du procès civil⁶¹. DE LEVAL et VAN COMPERNOLLE ont soutenu un point de vue identique. Selon eux, le principe de loyauté inspire et sous-tend de multiples applications (l'abus procédural, l'écartement des débats par le juge des « fausses » conclusions additionnels, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui), dont l'obligation de collaborer à la preuve est une application éminente⁶².

⁵⁷ Pour une tentative de diviser le concept en plusieurs sous-catégories, voy. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 283-338; W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-19, n° 38-42, pp. 335-337; W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, n° 10-14, pp. 40-45. Cela a déjà inspiré d'autres auteurs à continuer d'y réfléchir : B. VANLERBERGHE, « De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen », J. ROZIE, S. RUTTEN et B. VANLERBERGHE (dir.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, n° 12-24, pp. 34-47.

⁵⁸ Voy. par exemple Cass., 14 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2216, *Not.Fisc.M.*, 2014, 47, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 915, note Renchon, *R.W.*, 2014-15, p. 141, *T.Fam.*, 2014, p. 208, note Declerck et *T.Not.*, 2014, 451, note Verstraete.

⁵⁹ Cass., 18 janvier 2007, *Res Jur. Imm.* 2007, liv. 1, 27.

⁶⁰ Cass., 4 juin 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 1489, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296, *Pas.*, 2015, p. 1442, *R.D.C.*, 2015, p. 925.

⁶¹ D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », X (dir.), *droit judiciaire. Commentaires pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. VI.1-1-VI.1-78, D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile — Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 9-10, p. 595-596.

⁶² G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 132b, pp. 187-188; J. VAN COMPERNOLLE, « Principes directeurs du procès civil », G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, n° 1.55, p. 62.

CATTOIR, par contre, relie la collaboration à la preuve au droit à un procès équitable, prévu par l'article 6.1 de la CEDH, comprenant entre autres un droit à la preuve. Selon lui, ce droit à la preuve n'est effectivement garanti que s'il est interdit au défendeur d'adopter une attitude passive et qu'il est au contraire tenu de collaborer à l'administration de la preuve⁶³.

Étant donné que la Cour de Cassation, dans sa jurisprudence⁶⁴, y compris dans l'arrêt annoté, s'est référée à plusieurs reprises à l'obligation de collaborer « loyalement » à l'administration de la preuve, le principe de loyauté est le fondement le plus évident. Cependant, cela ne se passera pas sans controverse. En 2014, la Cour de Cassation s'est appuyée sur le « *principe de loyauté qui s'impose aux parties dans le déroulement d'une procédure civile* » pour imposer à une partie qui change de domicile ou de résidence au cours d'une procédure une obligation d'information⁶⁵. Certains auteurs ont déduit de cet arrêt la reconnaissance du principe de loyauté procédurale au titre de principe général du droit.⁶⁶ Toutefois, la chambre civile de la section française de la Cour de Cassation a dénoncé, en termes très clairs, ce point de vue. Dans un arrêt de 13 décembre 2019, la Cour a statué sur le moyen d'une partie basé sur la méconnaissance du principe général du droit relatif à loyauté procédurale, que ce principe « *n'existe pas* »⁶⁷. De la même façon, dans un arrêt de 31 janvier 2020, la Cour a considéré que le principe de loyauté procédurale « *n'est pas un principe général du droit* ». ⁶⁸ Bien que cette jurisprudence ait été fortement critiquée dans la doctrine⁶⁹, la Cour a encore décidé qu'il n'existe pas de principe général du droit de loyauté procédurale dans un arrêt de 28 janvier 2021⁷⁰. Néanmoins, l'impact de cette jurisprudence ne doit pas être surestimé pour la question qui nous occupe. Avec l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve dispose désormais d'une base juridique solide. Il est frappant de constater que le législateur ne fait nulle part référence à la loyauté. La position de ALLEMEERSCH et HOUTMEYERS est significative à cet égard. Selon eux, l'adjectif "loyal" était en fait inutile⁷¹. Ainsi, on ne peut s'empêcher de penser que ce qui était autrefois l'application la plus caractéristique du principe de loyauté l'a maintenant plutôt abandonné.

⁶³ B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Malines, Kluwer, 2020, p. 53.

⁶⁴ Ce qui attire l'attention, est l'absence de cette référence dans l'arrêt de 4 juin 2015: « *L'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve ne peut avoir pour conséquence de renverser la charge de la preuve* » (Cass., 4 juin 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 1489, concl. HENKES, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296, *Pas.*, 2015, p. 1442, concl. Henkes, *R.D.C.*, 2015, p. 925).

⁶⁵ Cass. 27 novembre 2014, *J.T.*, 2014, 755, note Malengreau, *Arr. Cass.*, 2014, 2739, *J.T.*, 2015, 755, *J.L.M.B.*, 2015, 1792, *Pas.*, 2014, 2683 et *R.W.* 2016-17, 385.

⁶⁶ Voy. par exemple L. DEAR et G. ELOY, « L'erreur dans l'identification de l'employeur mis à la cause et la déloyauté procédurale », *J.T.T.*, 2019, n° 25, p. 245; T. MALENGREAU, « Loyauté procédurale: la consécration? », note sous Cass., 27 novembre 2014, *J.T.*, 2015, 756, n° 2.

⁶⁷ Cass., 13 décembre 2019, *J.T.*, 2021, 53, note Malengreau et Van Drooghenbroeck et *Rev.not.b.*, 2020, 279, note Masson ;

⁶⁸ Cass., 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, 53, *F.J.F.* 2020, 125, concl. Henkes, *J.T.*, 2021, 53, note Malengreau et Van Drooghenbroeck, *J.L.M.B.*, 2020, 1210, note Parmentier.

⁶⁹ T. MALENGREAU et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté procédurale abjurée », note sous Cass., 31 décembre 2019 et 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, p. 54 et suivants

⁷⁰ Cass. 28 janvier 2021, RG C.20.00071.F.

⁷¹ B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *T.B.H.*, 2019, n° 18, p. 629.

2. – La consécration dans le nouveau Code civil

20. Livre 8 « La preuve ». Comme mentionné ci-dessus, un nouveau jalon dans le développement de l'obligation de collaboration à l'administration de la preuve réside incontestablement dans sa reconnaissance dans le nouveau Code civil, qui a été introduit par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve »⁷². Par cette réforme, le législateur a non seulement consacré une série de modernisations et d'assouplissements à notre système de preuve, mais a également codifié certaines théories déjà acceptées par la jurisprudence et la doctrine. C'est ainsi que le législateur a inséré un troisième alinéa à la disposition relative à la charge de la preuve (article 8.4 du Code civil), afin de rappeler l'obligation incombant aux parties de collaborer à la preuve : « *Toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve* ». Cette précision fait suite à une remarque du Conseil d'État. L'avant-projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve », approuvé le 27 avril 2018 par le Conseil des ministres⁷³, ne prévoyait pas une telle reconnaissance. L'unique référence à cette obligation, et elle était indirecte, pouvait être trouvée dans la disposition relative à la preuve des faits négatifs : « *Sans préjudice de l'obligation de toutes les parties à collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait* »⁷⁴. Il faut se réjouir de cette reconnaissance explicite qui contribue à la clarté et au renforcement de la sécurité juridique.

21. Questions qui subsistent. L'exposé des motifs du Livre 8 donne un aperçu des motifs qui sous-tendent la reconnaissance explicite du principe de collaboration à l'administration de la preuve par le législateur. Premièrement, le législateur souligne que le troisième alinéa de l'article 8.4 du Code civil a pour objectif de « *rappeler l'obligation de toutes les parties à collaborer à l'administration de la preuve, qui est reconnue par la Cour de cassation comme un principe général du droit* ». Deuxièmement, le législateur ajoute que « *[l]'affirmation générale de ce principe a également pour but de mettre un terme aux controverses concernant son champ d'application* »⁷⁵. La doctrine en déduit qu'il s'agit d'un véritable devoir de coopération à la manifestation de la vérité, qui prend place avant que n'opère la charge de la preuve, même en l'absence d'injonction du juge⁷⁶.

⁷² Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46 353.

⁷³ Avant-projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil approuvé, le 27 avril 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit de la preuve instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017.

⁷⁴ Voy. Art. 8.5. Exception — preuve par vraisemblance de l'avant-projet de loi.

⁷⁵ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl.*, 2018-19, Ch. 54 3349/001, p. 13.

⁷⁶ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *J.T.*, 2019, n° 14, p. 640. Voy. aussi : V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve, une nouvelle partie de stratego s'annonce », D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Liège, Anthemis, p. 26-27, n° 15.

Le législateur laisse toutefois d'importantes questions sans réponse, notamment en ce qui concerne la portée exacte qu'il convient de donner à cette obligation de collaboration à l'administration de la preuve *sensu lato*. Ainsi, l'on ne sait toujours pas s'il faut en déduire que la partie qui ne supporte pas la charge de la preuve peut être amenée, dans tous les cas, à présenter des preuves concrètes à l'appui des affirmations de la partie adverse. L'on peut également s'interroger sur la question de savoir s'il existe une obligation de produire des éléments de preuve défavorables, lorsque l'autre partie n'en a pas connaissance mais que le déroulement des débats permet d'en pressentir l'existence.

IV – LA PORTÉE DE L'ARRÊT ANNOTÉ

A. – Une perturbation des principes sur la charge de la preuve ?

22. Considérations sur la portée de l'arrêt annoté. Si, à première vue, le Livre 8 ne fixe pas la portée de l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve, l'arrêt annoté pourrait donner certaines orientations à cet égard.

Malgré son importance, cet arrêt n'a pas encore fait l'objet de beaucoup de discussions académiques. Les auteurs qui s'y sont intéressés se sont jusqu'à présent principalement concentrés sur sa relation avec les principes relatifs à la charge de la preuve. VANLERBERGHE, par exemple, en déduit qu'il est de plus en plus admis que l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve pourrait bien entraîner un renversement « partiel » de la charge de la preuve⁷⁷. Dans le même sens, VAN RENTERGHEM conclut que « [l]a Cour n'est pas loin de renverser la charge de la preuve », tout en admettant qu'il n'y a pas à proprement parler de renversement de la charge de la preuve, dès lors qu'il incombe toujours au demandeur d'apporter la preuve des conditions d'existence de droit qu'il invoque (dans le cas d'espèce, l'enrichissement sans cause)⁷⁸. THIRIAR, pour sa part, parle d'une redistribution raisonnable du fardeau de la preuve⁷⁹.

23. Position de l'arrêt annoté par rapport à l'arrêt du 4 juin 2015. Les auteurs précités semblent tirer de l'arrêt annoté quelques enseignements généraux concernant l'influence du principe de collaboration à l'administration de la preuve sur la répartition de la charge de la preuve. Selon cette analyse, la Cour aurait abandonné le point de vue jusqu'à présent admis en doctrine, à savoir le fait que le juge ne peut, sous prétexte de collaboration des parties à l'administration de la preuve, renverser la charge de cette preuve⁸⁰.

⁷⁷ B. VANLERBERGHE, « Hoofdstuk III. De Bewijslast », T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, no. 1420, p. 1049.

⁷⁸ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *Ann. dr. Louvain*, 2018, vol. 3, n° 4, p. 371.

⁷⁹ P. THIRIAR, « De rechter en het bewijs », J. ROZIE, S. RUTTEN et B. VANLERBERGHE (dir.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, n° 42, p. 24.

⁸⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, De Page : Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1651, p. 2362.

Toutefois, pour se faire une idée de la relation entre la répartition de la charge de la preuve et l'obligation de collaborer à son administration, il est important de se pencher sur le rapport entre l'arrêt annoté et la jurisprudence antérieure de la Cour suprême, notamment son arrêt du 4 juin 2015.

En effet, dans l'arrêt du 4 juin 2015, la Cour de cassation rappelle que « *l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve ne peut avoir pour conséquence de renverser la charge de la preuve* ». Cette affaire concernait les actions formées par une société coopérative contre son débiteur, à savoir un kinésithérapeute qui exerçait ses activités dans le cadre de cette société. La société poursuivait la condamnation du débiteur à lui verser divers montants, dont notamment le solde des honoraires des prestations de kinésithérapie relatives aux années 1999 et 2000. Selon elle, il y avait une discordance de 423 536 francs entre les recettes encaissées par le défendeur et celle reconnues par lui, qui totalisaient 1 279 483 francs, et les versements effectués sur le compte de la société pour un montant de 855 947 francs. Dans ce cas d'espèce, il semble que la cour d'appel s'était abstenue de constater la réalité de la créance alléguée par la société et avait considéré que le débiteur demeurait en défaut d'apporter la preuve qu'il avait remboursé à la société des montants supérieurs au montant des versements admis, « *ce qu'il aurait pu faire aisément à l'époque* ». La Cour de cassation décida que le moyen qui est pris de la violation de l'ancien article 1315 de l'Ancien Code civil et de l'article 870 du Code judiciaire était fondé. En mettant à charge du débiteur la preuve de la créance de la société, l'arrêt avait violé les dispositions légales concernant la charge de la preuve⁸¹.

Faut-il comprendre que, par l'arrêt annoté, la Cour de cassation aurait, en quelque sorte, opéré un revirement de sa jurisprudence, en permettant désormais un renversement de la charge de la preuve en raison du principe de collaboration à l'administration de la preuve ? Nous ne sommes pas certain que tel est bien le cas. Il nous semble au contraire possible de concilier les deux arrêts.

Tout d'abord, il est difficile de tirer des conclusions générales du contexte factuel de l'arrêt du 4 juin 2015. Dans ses conclusions présentées dans cette affaire, l'avocat général HENKES a souligné que l'interprétation des motifs de l'arrêt de la cour d'appel était délicate. Contrairement à la Cour de cassation, il était d'avis que l'arrêt attaqué avait constaté que la société rapportait la preuve que le débiteur lui devait un montant supérieur à celui que les parties reconnaissaient avoir été rétrocédé. Selon lui, ces motifs suffisaient à justifier légalement la décision de la cour d'appel, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger plus avant sur le fait de savoir si elle avait ou non décidé que le demandeur avait méconnu les obligations d'une collaboration loyale à l'administration de la preuve⁸².

Quoi qu'il en soit, le principal enseignement de l'arrêt du 4 juin 2015 semble être que le devoir de collaborer à l'administration de la preuve peut avoir pour conséquence de faciliter la tâche de celui à qui

⁸¹ Cass., 4 juin 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 1489, concl. HENKES, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296, *Pas.*, 2015, p. 1442, concl. A. HENKES, *R.D.C.*, 2015, p. 925. Voy. aussi P. JADOUL, « Charge de la preuve et obligation de collaborer à l'administration de la preuve », *Les Pages*, 2015, vol. 5, p. 4.

⁸² Conclusions avocat général A. Henkes sous Cass. 4 juin 2015, n° 3.

il incombe de l'administrer, mais qu'il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'apporter la preuve requise, le demandeur doit succomber dans sa demande⁸³. En d'autres mots, si le demandeur ne fournit pas la preuve du fait ou de l'acte qui est à l'origine de son droit, le doute profite toujours à son adversaire, malgré l'existence du devoir de collaboration. Or, quel que soit le contexte exact de l'arrêt du 4 juin 2015, cette décision confirme que le devoir de collaborer à la preuve ne conduit pas à ce qu'une simple affirmation (même claire ou complète) émanant du demandeur puisse amener la partie adverse à apporter toutes les preuves contraires.

Dans une telle analyse, l'arrêt du 4 juin 2015 n'est pas inconciliable avec l'arrêt annoté. Dans l'arrêt annoté, la Cour de cassation considère en effet que le défendeur est tenu de démontrer le contraire des faits invoqués à l'appui de sa demande, mais seulement lorsque le demandeur a fourni des « indices suffisants » à l'appui de sa position. La Cour ne décide pas que, si un doute subsiste, l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve justifie que le doute profite à la partie à qui incombe la charge de la preuve. Dans un tel cas, le risque de l'absence de preuve suffisante doit toujours être attribué au demandeur.

24. Le rapport avec l'article 8.4, alinéa 5 du Code civil. Un véritable renversement de la charge de la preuve suppose donc un contexte exceptionnel étranger à la simple question de l'administration de la preuve. Cette idée a d'ailleurs trouvé une confirmation dans les nouvelles règles de preuve du Livre 8 du Code civil. En effet, l'article 8.4, alinéa 5 du Code civil prévoit que le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles de base serait manifestement déraisonnable. Le législateur a donc ouvert la porte à un renversement de la charge de la preuve, tout en balisant clairement les pouvoirs du juge à cet égard⁸⁴. Plus encore, l'une des conditions d'application de cette nouvelle disposition est que le juge ait veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve. Il ne s'agit toutefois que d'un critère parmi d'autres. Les autres conditions d'application de l'article 8.4, alinéa 5 du Code civil (un jugement spécialement motivé, des circonstances exceptionnelles, l'application des règles de base seraient manifestement déraisonnables) doivent également être vérifiées avant que le juge puisse effectivement procéder à un renversement de la charge de la preuve⁸⁵. Une lecture de l'arrêt annoté selon laquelle l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve pourrait simplement conduire à une telle démarche serait difficile à concilier avec l'article 8.4, alinéa 5 du Code civil.

⁸³ Voy. aussi les conclusions de l'avocat général A. Henkes.

⁸⁴ Voy. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *J.T.*, 2019, no. 16, p. 641.

⁸⁵ Pour une élaboration plus approfondie des conditions, voy. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve, une nouvelle partie de *stratego* s'annonce », D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Liège, Anthemis, p. 26-27, n° 15, pp. 26-27, B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, n° 15-17, pp. 13-14 ; W. VANDENBUSSCHE et N. DE LATHAUWER, « Het hervormde bewijsrecht. *Capita Selecta* », S. VOET et B. ALLEMEERSCH (dir.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Bruges, die Keure, 2020, (71) 85-86, nr 20-21.

D'ailleurs, un motif important qui a conduit le législateur à adopter cette disposition est le constat que, en pratique, le renversement de la charge de la preuve était souvent appliqué par les juges de manière occulte (notamment par une application extensive de l'ancien article 1315, al. 2 du Code civil [l'actuel art. 8.4, al. 2 du Code civil], de l'obligation de collaborer à la charge de la preuve ou de la charge de la contestation)⁸⁶. Le législateur a donc souhaité limiter ces applications occultes en encadrant mieux cette mesure exceptionnelle, en la soumettant à des conditions d'application strictes⁸⁷. Dédire de l'arrêt commenté une règle générale de renversement de la charge de la preuve reviendrait en fait à consacrer une telle application occulte, ce que le législateur a précisément voulu éviter.

B. – Autres explications possibles, une chasse au trésor

25. Le sens de l'arrêt annoté. Si l'arrêt annoté ne prévoit pas de renversement de la charge de la preuve – compris dans le sens d'un renversement du risque de la preuve – sur la base du devoir de collaborer à l'administration de la preuve, la question qui se pose évidemment est celle de savoir quel est son sens et son impact réels. Il convient donc de vérifier si d'autres explications peuvent en être inférées.

26. Le cas particulier de l'enrichissement sans cause. Une première explication pourrait être qu'il s'agit avant tout d'un arrêt d'espèce. Cela signifierait que la Cour n'a pas eu l'intention d'introduire une nouvelle approche probatoire de portée générale, mais qu'elle a en quelque sorte créé une règle pour le cas particulier de l'enrichissement sans cause⁸⁸. La Cour d'appel d'Anvers semble être de cet avis, puisque elle applique la même règle de preuve d'une manière semi-automatique à un autre cas d'enrichissement sans cause⁸⁹.

Il est en effet frappant de constater que la formulation de la Cour de cassation dans l'arrêt annoté (« *lorsque le demandeur fournit des indices suffisants [...], il appartient au défendeur [...] de démontrer [...]* ») présente de grandes similitudes avec le régime de preuve applicable en matière de lutte contre la discrimination. Dans cette branche du droit où les parties sont également confrontées à difficultés probatoires, le législateur a en effet prévu une règle de preuve similaire : « *Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination [...] invoque devant la juridiction compétente des faits qui*

⁸⁶ Voy. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 710-713.

⁸⁷ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, Doc. parl., 2018-2019, Ch. 54-3349/005, p. 36.

⁸⁸ En ce sens, on peut noter que la considération principale de la Cour de cassation n'est pas formuler en termes généraux, mais se rapporte au cas spécifique d'enrichissement sans cause : « *lorsque le demandeur fournit des indices suffisants de l'absence de tout fondement juridique, il appartient au défendeur à l'action de in rem verso de démontrer l'existence d'un fondement juridique* » (avec ma propre accentuation).

⁸⁹ Voy. “*De heer A.T. beroept zich op de verrijking zonder oorzaak. Hij draagt derhalve de bewijslast dat de voorwaarden voor het instellen van deze eis vervuld zijn. Dit neemt niet weg dat procespartijen gehouden zijn om loyaal mee te werken aan de bewijsvoering. Wanneer de heer A.T. voldoende aanwijzingen verstrekt dat iedere rechtsgrond ontbreekt, komt het aan mevrouw A.B. toe om het voorhanden zijn van een rechtsgrond aan te tonen*” (Anvers, 31 mars 2020, *Limb.Rechtsl.*, 2021, 37).

permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination. »⁹⁰.

Bien entendu, il y a une différence entre les deux situations. Alors que le législateur dispose de la légitimité démocratique pour promulguer une règle de preuve spéciale qui ne couvre qu'un nombre de cas limités⁹¹, c'est plus difficile à admettre lorsque c'est une juridiction, fût-elle notre Cour suprême, qui se charge de le faire. Même s'il est vrai que de nombreux demandeurs qui ont introduit une action en enrichissement sans cause soit confrontés à une charge probatoire très complexe à mettre en œuvre, il serait étrange que la Cour de cassation ait entendu consacrer une règle de preuve prétorienne spécifique à cette situation. En outre, contrairement à la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation belge est peu encline à jouer le rôle du législateur⁹².

Une telle interprétation de l'arrêt commenté est aussi difficilement justifiable sous l'angle du droit de la preuve. Comme il a déjà été relevé (voy. ci-dessus n° 18), dans de nombreuses situations similaires, il existe une telle « asymétrie quant à la preuve », qui mériteraient également un aménagement spécifique. Dès lors, si la règle retenue par la Cour de cassation était limitée aux seules actions fondées sur enrichissement sans cause, cela risquerait de consacrer une situation discriminatoire. Cette interprétation est donc inadéquate. Par conséquent, l'arrêt annoté ne devrait pas conduire à la conclusion qu'il appartient toujours au défendeur à l'action fondée sur l'enrichissement sans cause de démontrer l'existence d'un fondement juridique.

27. Impact des présomptions de fait sur la répartition de la charge de la preuve. Une autre explication envisageable est que l'arrêt annoté constitue un exemple de l'impact des règles relatives aux présomptions sur les règles relatives à la charge de la preuve. Selon l'article 8.1, 9° du Code civil, une présomption de fait est un mode de preuve par lequel le juge déduit l'existence d'un ou plusieurs faits inconnus à partir d'un ou plusieurs faits connus. L'article 8.29 du Code civil y ajoute que leur valeur probante est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs *indices* sérieux et précis. Si l'on se réfère ensuite à l'arrêt annoté, l'on remarque que la Cour de cassation met l'accent sur le demandeur qui « *fournit les indices suffisants* ». Ce point peut être conforme à la théorie générale de présomptions. Une fois que le demandeur a rapporté la preuve d'un ou plusieurs faits ou indices, le juge en apprécie souverainement la portée et peut notamment en tirer

⁹⁰ Art. 28. § 1er. Loi de 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; *M.B.* 30 mai 2007, p. 29016 (avec ma propre accentuation). Voy. aussi : Art. 33. § 1er Loi de 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.* 30 mai 2007, p. 29031 et Art. 30. § 1^{er} Loi de 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.* 8 août 1981, p. 9928.

⁹¹ Voy. à cet égard : J. EGGENS, « De beginselen van het burgerlijk bewijs », *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Haarlem, Erven Bohn, 1959, p. 280; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Malines, Kluwer, 2010, p. 491.

⁹² S. STIJNS, « De creatieve rol van de (cassatie-)rechter in het verbintenissenrecht », G. HORSMANS et D. VAN GERVEN (dir), *De Magistraat en de professor / Le magistrat et le professeur. Hulde aan Walter van Gerven / Hommage à Walter van Gerven*, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 6, p. 193.

des conséquences sur le plan de la preuve. S'il estime que ces éléments démontrent un autre fait, inconnu jusque-là, la preuve de ce fait en devient valablement établi. Grâce à la présomption, le demandeur est alors dispensé d'apporter des preuves complémentaires à l'appui de sa position. Il appartient ensuite à la partie adverse d'en réfuter les effets⁹³.

Néanmoins, analyser l'arrêt commenté comme une simple confirmation de l'impact des présomptions de fait sur la répartition de la charge de la preuve est également insuffisant. Tout d'abord, dans ce cas, la question se pose de savoir pourquoi la Cour de cassation se réfère explicitement à l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve. En d'autres termes, la Cour aurait tout aussi bien pu adopter le même raisonnement sans faire référence à ce principe général. En outre, de manière générale, une partie a la possibilité de réfuter une présomption de fait, soit en montrant que les indices qui l'on fait naître sont inexacts, soit en faisant apparaître la faille dans le raisonnement probatoire mené par le juge⁹⁴. En l'espèce, la Cour de cassation attend en revanche de la partie adverse qu'elle apporte la preuve du contraire des allégations du demandeur (c'est-à-dire « démontrer l'existence d'un fondement juridique »), ce qui va beaucoup plus loin.

28. Une anticipation de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil. Une troisième explication possible de l'arrêt annoté est que la Cour de cassation a voulu anticiper l'entrée en vigueur du nouvel article 8.4, al. 5 du Code civil⁹⁵. Certes, cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur du Livre 8 « La preuve » du Code civil (le 1^{er} novembre 2020), la loi du 13 avril 2019 avait toutefois déjà été approuvée depuis un certain temps et était son contenu était connu. Or, comme nous l'avons vu, l'alinéa 5 de l'article 8.4 du Code civil, considéré comme « la modification la plus notable apportée par la réforme »⁹⁶, autorise le juge à renverser la charge de la preuve dans certaines circonstances et moyennant un jugement spécialement motivé (voy. ci-dessus n° 24).

En l'absence d'un examen des conditions d'application de l'article 8.4, al. 5 du Code civil par la Cour de cassation, il ne peut être question d'une anticipation pure et simple. Néanmoins, il pourrait s'agir d'une décision allant dans ce sens. Dans cette hypothèse, la question se pose alors de savoir les raisons ayant motivé la Cour à entreprendre cette démarche. VAN RENTERGHEM insiste sur le fait que la question qui faisait l'objet de la présente affaire était centrée sur la preuve de l'absence de cause d'enrichissement, ce qui est un fait négatif⁹⁷. En réalité, il ne s'agit pas d'un simple fait négatif, mais d'une proposition

⁹³ C. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, Paris, IRJS, 2013, n° 32, p. 26 ; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 572, p. 492 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 190, p. 102.

⁹⁴ N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 338, p. 407 ; C. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, Paris, IRJS, 2013, p. 26, n° 32 ; E. VERGÈS et al., *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, n° 240, p. 240.

⁹⁵ Comme suggéré par T. MALENGRAU en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté procédurale abjurée », note sous Cass., 31 décembre 2019 et Cass., 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, p. 55.

⁹⁶ Y. NINANE, « Le droit de la preuve est modernisé et le Code Napoléon prend un coup de vieux ! », *Les Pages* 2019, n° 55, p. 1.

⁹⁷ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *Ann. dr. Louvain*, 2018, vol. 3, n° 4, p. 371.

négative indéfinie, c'est-à-dire d'un fait qui devrait être prouvé par un nombre illimité d'hypothèses. À cet égard, VERHEYDEN-JEANMART avait déjà suggéré à la fin des années 1980 que : « *Si le demandeur devra rapporter la preuve d'une proposition négative indéfinie, c'est là une chose impossible qui justifie cette fois non plus un simple aménagement, mais un renversement de la charge de la preuve . Le juge dispensera le demandeur de la charge de la preuve du fait négatif et exigera du défendeur la preuve du fait positif contraire* »⁹⁸. Au cours des années suivantes, un nombre limité de tribunaux ont suivi cette idée, en faisant le lien avec la théorie de la meilleure aptitude à la preuve. L'idée sous-jacente de cette théorie est de déplacer le fardeau de la preuve négative vers l'adversaire, lorsqu'il est le mieux placé pour apporter la preuve du fait positif contraire⁹⁹. Par exemple, dans un jugement de 24 juin 1992 sur la responsabilité contractuelle d'une institution bancaire, le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que « *Cette meilleure aptitude à la preuve, face à l'obligation qu'aurait la demanderesse de rapporter une preuve pratiquement impossible justifie qu'il y ait dans le cadre de la responsabilité contractuelle mise en cause un renversement de la charge de la preuve, la banque devant prouver que le retrait litigieux a eu lieu sur instruction de son client* »¹⁰⁰. Il ne s'agissait cependant que d'une opinion minoritaire, dont il n'existe que de rares applications. En réalité, la Cour de cassation n'a jamais permis aux juges de fond de renverser la charge de la preuve parce que le demandeur était dans l'impossibilité d'apporter la preuve dont il avait normalement la charge¹⁰¹, ni parce que la partie adverse était « bien en peine » d'apporter la preuve que le demandeur n'avait pas faite¹⁰². Néanmoins, dans un arrêt du 14 janvier 2005, la Cour s'est en quelque sorte écartée de cette position en considérant qu' : « *Il n'est pas davantage déraisonnable de ne pas imposer à la personne subissant le dommage la preuve négative que l'auteur n'a pas obtenu l'autorisation [requis pour manifester]* »¹⁰³. Dans cet arrêt, on a pu découvrir, pour la première fois, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'idée qu'un renversement de la charge de la preuve en matière de faits négatifs pourrait être admis¹⁰⁴. Pourtant, plusieurs éléments (parmi d'autres, l'accumulation de doubles négations et le fait que la Cour se prononçait dans le cadre d'une procédure

⁹⁸ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 96, pp. 55-56 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, « La charge de la preuve », *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, n° 75, p. 62. Elle a cependant ajouté que cette dérogation à la répartition de la charge de la preuve ne se justifie que si les circonstances rendent totalement impossible de rapporter la preuve de la vraisemblance du fait négatif contesté.

⁹⁹ D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile — Chronique de Jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 14, p. 597.

¹⁰⁰ Comm. Bruxelles 24 juin 1992, *R.D.C.*, 1993, 987. Dans le même sens, Comm. Bruxelles 3 décembre 1996, *R.D.C.*, 1997, 741.

¹⁰¹ Cass., 10 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 779, *Arr. Cass.*, 2003, p. 935, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1227, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13 917 ; *R.G.D.C.*, 2006, p. 24 et *Bull. ass.*, 2004, p. 124, note De Maeseneire.

¹⁰² Cass., 18 novembre 2011, *Arr. Cass.*, 2011, p. 2354, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186, *Pas.*, 2011, p. 2558, *R.G.D.C.*, 2013, p. 516 et *R.D.C.*, 2012, p. 313.

¹⁰³ Cass., 14 janvier 2005, *N.J.W.*, 2005, p. 699, note Brems, *Pas.*, 2005, I, p. 95, *R.C.J.B.*, 2006, p. 497, note Van Drooghenbroeck.

¹⁰⁴ D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile — Chronique de Jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, n° 14, p. 597.

en référé), ont empêché de considérer cette décision comme un véritable arrêt de principe¹⁰⁵. En outre, cette ouverture apparente n'a jamais été confirmée par la suite¹⁰⁶.

Par conséquent, il est douteux que l'arrêt annoté aurait entendu rejoindre le courant minoritaire dont il a été question ci-dessus, en admettant un renversement de la charge de la preuve en cas de combinaison de faits négatifs et d'une meilleure aptitude à la preuve. Il n'y a d'ailleurs pas de référence à ce double critère dans l'arrêt annoté. Le rapprochement avec ces deux critères peut seulement être fait au prix d'une véritable distillation, alors que l'arrêt comporte un renvoi exprès à l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve.

De surcroît, qualifier la décision annotée d'arrêt d'anticipation, même indirecte, de l'article 8.4 du Code civil n'est pas plus évident. Tout d'abord, comme il a déjà été souligné, cet arrêt ne consacre pas un renversement de la charge de la preuve au sens propre¹⁰⁷. Le défendeur doit certes démontrer le contraire des faits invoqués, mais seulement lorsque le demandeur a fourni des « indices suffisants » à l'appui de sa propre position (voy. ci-dessus n° 23). Par ailleurs, pour les faits négatifs indéfinis, le Livre 8 propose une autre solution qu'un renversement de la charge de la preuve, à savoir un allègement du degré de la preuve : celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait (article 8.6 du Code civil). Ceci est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation¹⁰⁸ qui, bien que ne dispensant pas de rapporter la preuve d'un fait négatif, autorise à rapporter cette preuve avec moins de rigueur : « *Si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire* ». ¹⁰⁹

Bien entendu, en application du nouveau régime, il n'est pas exclu qu'un juge autorise le renversement de la charge de la preuve sur la base de faits similaires à ceux sous-jacents de l'arrêt annoté. Cela n'est néanmoins possible que dans des circonstances exceptionnelles, moyennant un jugement spécialement

¹⁰⁵ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak: het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015, n° 199, p. 774.

¹⁰⁶ Dans des arrêts ultérieurs, la Cour de cassation a décidé que le juge ne peut « *dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire* » (Cass., 18 novembre 2011, *Arr. Cass.*, 2011, p. 2354, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186, *Pas.*, 2011, p. 2558, *R.G.D.C.*, 2013, p. 516, *R.D.C.*, 2012, p. 313 ; Cass. 26 novembre 2010, *Pas.* 2010, 3022, *Arr. Cass.* 2010, 2840).

¹⁰⁷ Néanmoins, selon certains auteurs, l'application de l'article 8.4, al 5, du Code civil ne doit pas nécessairement entraîner un renversement de la charge de la preuve, mais peut aussi aboutir à une répartition adaptée (P. THIRIAR, « De rechter en het bewijs », J. ROZIE, S. RUTTEN et B. VANLERBERGHE (dir.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, n° 42, p. 24 ; B. VANLERBERGHE, « De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen », J. ROZIE, B. VANLERBERGHE et S. RUTTEN, *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, n° 35, p. 54)

¹⁰⁸ À l'exception de l'arrêt de 14 janvier 2005, discuté ci-dessus.

¹⁰⁹ Cass., 18 novembre 2011, *Arr. Cass.*, 2011, p. 2354, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186, *Pas.*, 2011, p. 2558, *R.G.D.C.*, 2013, p. 516, *R.D.C.*, 2012, p. 313 ; Cass. 26 novembre 2010, *Pas.* 2010, 3022, *Arr. Cass.* 2010, 2840, Cass. 16 décembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 2081, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *N.J.W.*, 2006, 316, *Pas.* 2004, 2022, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14161, note, *R.W.*, 2004-05, 1553, note Nijs et *T.Gez.*, 2004-05, 299, note Lierman.

motivé, pour autant que l'application des règles générales aboutisse à une solution manifestement déraisonnable, et si le juge a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante (art. 8.4, al. 5 du Code civil). Or, comme nous l'avons déjà souligné, ces critères n'ont pas été pris en compte par la Cour dans l'arrêt annoté.

V – PRISE DE POSITION

29. Une couche supplémentaire. Les sections précédentes analysent ce que l'arrêt annoté ne fait pas. Il ne consacre pas de renversement de la charge de la preuve sur la seule base de l'existence du devoir de collaborer à l'administration de la preuve. Il ne peut être expliqué comme établissant une règle de preuve spéciale pour les cas d'enrichissement sans cause et ne constitue pas plus une simple conséquence de la preuve au moyen de présomptions de fait. Il n'est en outre pas plus évident qu'il puisse constituer une anticipation de l'article 8.4, al. 5 du Code civil. La question se pose donc de savoir quelle est sa véritable portée.

À notre avis, l'arrêt annoté a le mérite d'établir sans équivoque, d'une part, qu'une partie qui ne supporte pas la charge de la preuve a l'obligation de contribuer à la clarification des faits allégués et contestés, même en l'absence d'une instruction du juge et, d'autre part, que cette obligation peut même, dans certains cas, consister à produire des éléments de preuve. Sur ce dernier point, la Cour de cassation fait un pas en avant par rapport à sa jurisprudence antérieure. Dans son arrêt du 18 janvier 2007 (voy. ci-dessus n° 14), la Cour a considéré que cette partie « *devait s'expliquer sur ce qu'elle avait fait* »¹¹⁰. Dans le même sens, dans son arrêt du 14 juin 2013 (voy. ci-dessus n° 14), la Cour a affirmé que cette partie est tenue « *de fournir des renseignements sur l'acte accompli* »¹¹¹. La Cour ajoute donc une couche supplémentaire à l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve, conforme à son appellation : le devoir d'apporter des éléments de preuve. Plusieurs décisions de juges de fond avaient déjà suivi cette voie, en exigeant, par exemple, qu'un médecin collabore à l'administration de la preuve, en communiquant un dossier médical permettant d'évaluer le suivi qu'il a porté au patient, le diagnostic qu'il a posé et les manœuvres obstétricales précises qu'il a mises en œuvre¹¹², ou qu'un entrepreneur produise son propre dossier d'assurance de manière à déterminer l'étendue exacte des travaux qu'il avait

¹¹⁰ Cass., 18 janvier 2007, *Res Jur. Imm.* 2007, p. 27.

¹¹¹ Cass., 14 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2216, *Not.Fisc.M.*, 2014, 47, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 915, note. Renchon, *R.W.*, 2014-15, 141, *T.Fam.*, 2014, 208, note Declerck et *T.Not.*, 2014, 451, note Verstraete.

¹¹² Bruxelles, 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15354.

effectués¹¹³, ou encore qu'un consommateur prouve qu'il existait bien un contrat avec un fournisseur d'énergie en présentant la preuve du paiement d'une facture en ce sens¹¹⁴.

Certes, de cette façon, la distinction avec un renversement de la charge de la preuve tend à s'effacer. Il demeure toutefois encore une différence. La partie à qui incombe la charge de la preuve peut compter sur l'autre partie pour accomplir la tâche probatoire à la condition qu'elle ait elle-même fait ce qu'elle pouvait pour démontrer le bien-fondé de sa position. En revanche, si la preuve requise n'a pas été fournie à la fin de la procédure, c'est toujours cette partie qui doit succomber en sa demande. En d'autres termes, le doute profite toujours à son adversaire, malgré l'existence du devoir de collaboration. Cela ne porte pas pour autant atteinte au pouvoir du juge d'autoriser un renversement de la charge de la preuve à titre de sanction. Cette idée a en effet aussi trouvé confirmation dans les nouvelles règles de preuve du Livre 8 du Code civil. Les travaux préparatoires relatifs à l'article 8.4, para 5, soulignent que le juge peut appliquer cette disposition pour sanctionner un refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve¹¹⁵. Dans ce cas, il devra bien sûr également respecter et vérifier la réunion des autres critères d'application de cette disposition, à savoir : des circonstances exceptionnelles, un jugement spécialement motivé, et pour autant que l'application des règles générales aboutisse à une solution manifestement déraisonnable, aucune mesure d'instruction utile.

En résumé, chaque partie est chargée d'une responsabilité complémentaire dans l'administration de la preuve, venant s'ajouter à la responsabilité principale découlant des articles 8.4 du Code civil et l'article 870 du Code judiciaire. Cela implique qu'elles sont tenues de démontrer l'existence des actes juridiques ou les faits qu'elles allèguent pour en déduire leur droit. Si elles n'y arrivent pas, elles succombent au procès, suite à la théorie de risque de la preuve, consacré par l'article 8.4, al. 3 du Code civil. Néanmoins, en accomplissant leur responsabilité principale, les parties peuvent compter sur la collaboration à l'administration de la preuve de la partie adverse. Cette responsabilité complémentaire empêche en effet leur adversaire de relâcher son effort probatoire à la lumière de ce que la partie sur qui repose le risque de la preuve non faite a eu la possibilité de prouver. Le défendeur ne peut dès lors se retrancher derrière le fait qu'il ne supporte pas la charge de la preuve pour refuser de produire les éléments de preuve qui portent sur les faits qu'il conteste¹¹⁶. Au contraire, il est tenu de contribuer raisonnablement à la clarification des faits invoqués par son adversaire, ce qui implique, selon les cas, non seulement la fourniture de renseignements et d'explications, mais également la production d'éléments de preuve concrets. Les positions exprimées précédemment dans la doctrine, suivant lesquelles les parties doivent

¹¹³ Bruxelles, 25 mars 2014, *T.B.O.*, 2016, 5.

¹¹⁴ Anvers, 30 mars 2015, 2013/AR/536, non publié, cité par W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (dir.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, n° 14, p. 45.

¹¹⁵ Projet de loi du du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl.*, 2018-19, Ch. 54 3349/001, pp. 14-15.

¹¹⁶ D. MOUGENOT, « les mesures d'instructions », G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 5.9, p. 476.

se montrer prudentes dans l'exercice de la collaboration à l'administration de la preuve¹¹⁷, ne sont plus valables. Si la partie sur laquelle ne repose pas la charge de la preuve ne tient pas compte de cette responsabilité complémentaire, le juge peut en tirer les conséquences, et, le cas échéant, dans le respect des critères consacrés par la loi, prononcer, à titre de sanction, un renversement de la charge de la preuve.

VI – CONCLUSION

30. Synthèse. Le présent commentaire décrit l'évolution d'un principe probatoire important, particulier au droit belge, mais toujours relativement inexploré : l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve. À son premier stade de développement, ce principe devait s'entendre *sensu stricto*, c'est-à-dire comme une obligation pour les parties de collaborer à l'administration de la preuve à la demande du juge. Cette conception est actuellement bien définie et ne donne pas lieu à beaucoup de discussions.

Une autre dimension s'est néanmoins progressivement ajoutée. Celui-ci consiste en un devoir général de collaboration loyale des parties au procès, même en l'absence d'injonction du juge. De manière générale, cette conception de collaboration *sensu lato* implique que toute partie, quelle que soit sa position procédurale (demandeur ou défendeur), est tenue de contribuer à la solution du litige en clarifiant les faits allégués mais dont la réalité est contestée. C'est dans la recherche d'une compréhension plus approfondie de cette dimension, qui est maintenant ancrée dans l'article 8.4, al. 3 du Code civil, que l'arrêt annoté joue un rôle. Selon la Cour de cassation, « *Le principe général du droit suivant lequel les parties au procès sont tenues de collaborer loyalement à l'administration de la preuve a pour effet que, lorsque le demandeur fournit des indices suffisants de l'absence de tout fondement juridique, il appartient au défendeur à l'action de in rem verso de démontrer l'existence d'un fondement juridique.* ».

Même si l'arrêt annoté donne, à première vue, l'impression d'engendrer la plus remarquable perturbation des principes concernant la charge de la preuve jusqu'à présent, ce serait aller trop loin que d'en déduire la consécration d'un véritable renversement de la charge de la preuve sur la seule base du principe de collaboration à l'administration de la preuve. Dans le même ordre d'idée, d'autres explications (suivant lesquels l'arrêt serait une solution pour le cas particulier de l'enrichissement sans cause, une application des conséquences des présomptions de fait ou une anticipation de l'article 8.4, al. 5 du Code civil) sont également insuffisantes. Ce qui est en revanche indéniablement acquis, c'est, d'une part, qu'une partie qui ne supporte pas la charge de la preuve a l'obligation de contribuer à la clarification des faits allégués par son adversaire mais dont elle a contesté la réalité, même en l'absence d'une injonction du juge en ce sens, et, d'autre part, que cette obligation peut même l'obliger à produire des éléments de preuve. Avec ce dernier point, la Haute juridiction fait un pas en avant par rapport à sa

¹¹⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, De Page: Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1651, p. 2362.

jurisprudence antérieure, dans laquelle elle n'exigeait que la fourniture d'informations ou d'explications et non pas d'éléments de preuve à proprement parler.

WANNES VANDENBUSSCHE
PROFESSEUR DE DROIT JUDICIAIRE À L'UNIVERSITÉ DE GAND
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES¹¹⁸

¹¹⁸ L'auteur tient à remercier les membres du Comité de rédaction de la RCJB pour leur aide et leur suggestions.

