

La réforme de la charge de la preuve

JEAN-PIERRE BUYLE

Ancien bâtonnier de Bruxelles

Ancien président d'Avocats.be

et

THOMAS METZGER

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'ULB

INTRODUCTION

1. Considérations générales. De nouvelles règles déterminant la charge de la preuve ont été adoptées par le législateur⁽¹⁾. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2020.

Les innovations sont notables⁽²⁾ même si la réforme ne se veut pas une révolution⁽³⁾.

Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte ou du fait dont il dérive⁽⁴⁾.

(1) Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019 (ci-après dénommé « nouveau Code civil »). L'article 8.4 concerne plus précisément la charge de la preuve.

(2) F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve, quand le huitième wagon devient locomotive », *J.T.*, 2019, p. 638, n° 7.

(3) M. FONTAINE, « Réformes du droit de la preuve et droit des assurances », *Forum de l'assurance*, septembre 2019, n° 196, p. 114, n° 6, citant D. MOUGENOT, B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *La réforme du droit de la preuve/De hervorming van het bewijsrecht*, Bruges/Bruxelles, die Keure/la Charte, 2019, p. XIII.

(4) R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 62, n° 3. Cette affirmation de principe doit cependant être relativisée. En réalité, et comme l'indique Gény, « [...] l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve que celle-ci en reste la première condition d'efficacité »

Dans chaque dossier se pose la question de savoir qui doit démontrer la vérité d'un fait ou d'un acte juridique lorsqu'il est allégué par une partie et contesté ou dénié par la partie adverse.

À peine de devoir le considérer comme juridiquement inexistant(5), il convient d'en rapporter la preuve, à savoir « la démonstration de la vérité d'un fait ou d'un acte juridique dans les formes admises par la loi »(6).

En réalité, l'administration de la preuve ne se pose que rarement en des termes absolus et ce, en raison du principe de la collaboration des parties à la charge de la preuve.

Le débat n'est donc pas tellement celui de savoir ce que l'on doit prouver(7) mais bien de celui de déterminer qui doit supporter le risque de la preuve.

1. LES RÈGLES DE DÉPART EN MATIÈRE DE CHARGE DE LA PREUVE : ENTRE MAINTIEN DES RÈGLES ACTUELLES ET CONSÉCRATION LÉGALE D'UN ACQUIS JURISPRUDENTIEL

2. Les principes de bases. Les principes de base en matière de charge de la preuve ne sont pas fondamentalement modifiés.

L'article 8.4 du nouveau Code civil reprend les deux règles de base de l'article 1315, en les reformulant.

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

(F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, n° 205 cité et approuvé par J. GHESTIN [dir.], *Traité de droit civil – introduction générale*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1994, p. 601, n° 628). Autrement dit, la question de la charge de la preuve se raccroche bien plus à l'efficacité du droit avancé qu'à son existence.

(5) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 696, n° 708.

(6) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., coll. de la Fac. de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 184, n° 129.

(7) On rappellera qu'il convient d'opérer une distinction entre le droit et les éléments factuels. Les parties n'ont pas à rapporter l'existence du droit : le juge est présumé le connaître, son contenu ne doit pas être établi (« le droit, même étranger, ne doit pas être prouvé », art. 8.3 nouveau C. civ.), alors que les parties doivent démontrer l'existence des éléments à la base de leurs prétentions. Cette distinction est essentielle, notamment quant au rôle et à ses limites, du juge : les parties apportent les faits, le juge y applique le droit (Cass., 24 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 352).

L'article 870 du Code judiciaire formule un principe identique(8) quoique rédigé de manière plus lapidaire : « chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».

De ces deux dispositions, il découle que, d'une part, la charge de la preuve de la naissance d'un droit, pour autant que ce dernier soit contesté(9), incombe à celui qui s'en prévaut et que, d'autre part, celui qui argue de l'extinction ou de l'inexistence de ce droit doit en assurer la démonstration, à défaut de quoi il succombera(10).

L'article 8.4, alinéas 1 et 2, du nouveau Code civil reprend les règles traditionnelles de répartition de la charge de la preuve en les généralisant et en élargissant la portée des textes actuels au-delà du seul droit des obligations(11) : « Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent. Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent ».

Le principe est clair : le demandeur démontre le fondement factuel et juridique de son droit et, s'il y parvient, le défendeur doit alors tenter de démontrer qu'il en est libéré.

La mise en œuvre de ce principe peut être plus complexe que ne le laisse sous-entendre sa formulation. Théoriquement, le « défendeur » peut attendre que le « demandeur » réalise la démonstration de ses allégations, mais pratiquement, « il sait qu'il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps »(12).

(8) La Cour de cassation a énoncé, dans un arrêt du 18 janvier 2002 (Cass., 18 janvier 2002, *Pas.*, I, n° 42, p. 201) que l'article 870 n'est que la généralisation de la règle consacrée par l'article 1315 du Code civil (arrêt cité par L. SIMONT, « La charge de la preuve – jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 27, n° 6. Le Professeur Simont soulignant que les termes « la règle consacrée » doivent, semble-t-il, se lire comme « les règles consacrées »).

(9) En effet, seuls les faits doivent être démontrés : D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 85, n° 22. L'auteur souligne qu'« une simple dénégation de celui contre lequel une obligation est formulée suffit pour qu'elle soit considérée comme contestée ». De plus, ainsi que le souligne de manière fort pertinente le professeur de Leval : « [...] le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait », G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 187, n° 132, note infrapaginale 39 et les réf. citées.

(10) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 731, n° 726 ; R. O. DALCQ, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 54, n° 2.

(11) Projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 13.

(12) D. MOUGENOT, *Droit des obligations – la preuve*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 93, n° 27. Dans le même sens, en des termes quasi similaires, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil – Introduction générale*, *op. cit.*, p. 616, n° 644 : « Il est souvent plus difficile de combattre une conviction déjà formée que d'empêcher cette conviction de naître ».

La philosophie qui anime l'article 8.4, alinéas 1 et 2, n'est donc point tellement d'instaurer une règle chronologique mais bien un processus dialectique dans lequel les prétentions de chacune des parties apparaissent comme antinomiques et où le juge devra en assumer, en quelque sorte, la synthèse ; synthèse singulière il est vrai, car la mission du juge n'est pas, en principe, de faire coexister les allégations de chacun des protagonistes mais bien d'opérer le choix entre ces dernières par application des règles de droit, en ce comprises celles relatives à la charge de la preuve.

Si les règles gouvernant la charge de la preuve trouvent à s'appliquer dès les prémices du procès, force est de constater qu'elles jouent un rôle crucial dans la détermination de savoir qui doit « supporter le risque du procès » (13).

3. Le devoir de collaboration à la charge de la preuve. L'instauration du principe de « la collaboration des parties à la charge de la preuve », qui est repris par le Code judiciaire (14), et que la Cour de cassation a reconnu comme étant un principe général de droit (15) est dorénavant inséré à l'article 8.4, alinéa 3 : « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve ». Ce devoir de collaboration s'applique à toutes les parties et même en l'absence d'injonction du juge (16). Il s'agit d'un devoir de « coopération à la manifestation de la vérité » qui prend place avant que n'opère la charge de la preuve (17).

Ce principe de collaboration a pour conséquence de déplacer la question de la preuve de son administration vers celui de son risque : chacune des parties devant collaborer en bonne intelligence et sous l'autorité active du juge, à la production des éléments probatoires (18), la portée du principe de la répartition de la charge de la preuve prévue à l'article 8.4, alinéas 1 et 2, se mue donc, bien plus, en une répartition du risque de la

(13) D. MOUGENOT, *Droit des obligations – la preuve*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 93, n° 27.

(14) Art. 871 C. jud. : « Le juge peut néanmoins ordonner à une autre partie litigante de produire des éléments de preuve dont elle dispose ».

(15) Cass., 14 novembre 2013, R.G. n° C.13.0015.N, Voy. L. FRANKIGNOUL, « La répartition des tâches entre les parties et le juge en ce qui concerne la preuve », in *La preuve dans le procès civil*, actes du colloque du Centre interuniversitaire de Droit judiciaire du 20 mars 2014, Bruges, la Charte, 2015, pp. 1 et s., n° 9.

(16) F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve, quand le huitième wagon devient locomotive », *op. cit.*, p. 640, n° 14 ; B. ALLEMEERSCH et A. S. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, n° 5, p. 629, n° 18.

(17) G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in *La preuve et la difficile quête de vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, p. 32.

(18) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1985, p. 476 : « Aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence et l'abstention, sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir ».

preuve : « l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui en avait la charge de cette preuve » (19) (20).

L'article 8.4, alinéa 4, du nouveau Code civil confirme cet enseignement : en cas de doute, celui sur quoi repose la charge de la preuve succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement.

II. LA DÉTERMINATION PAR LE JUGE DE LA CHARGE DE LA PREUVE DANS DES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

4. Propos liminaire. L'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil est, quant à lui, novateur, en ce qu'il prévoit une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve » (21) qui n'existait pas en tant que tel en droit positif belge.

Il dispose que « [l]e juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il 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 ».

5. Ratio legis. Les travaux préparatoires expriment sans ambages le souhait du législateur d'éviter que les règles susmentionnées (*cf. supra*, nos 2 et 3) n'aboutissent « à des conséquences iniques » (22). Actuellement, si pareille situation devait se présenter, les juges y remédient de manière

(19) Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. Cass.*, 1962, civ. IV, n° 105.

(20) Le principe est unanimement admis par la doctrine, voy. not. D. MOUGENOT, *Droit des obligations – la preuve*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 94, n° 27 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1983) – Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 153, n° 234 ; R. O. DALCQ, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 55, n° 3 ; M. CLAVIE, « La charge de la preuve : questions choisies en matière contractuelle », in *La preuve*, CUP, vol. 54, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 12, n° 3.

(21) Rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 5 ; Voy. égal. projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(22) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

« indirecte »(23), « cachée »(24) ou « occulte »(25) en se fondant « tantôt sur l'article 1315, alinéa 2, du Code civil (26), tantôt sur le principe de collaboration à l'administration de la preuve »(27). La faculté nouvellement et expressément prévue par l'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil devrait permettre au juge de renverser la charge de la preuve en l'assujettissant à des conditions strictes et d'accroître la sécurité juridique(28).

Les travaux préparatoires rappellent que ce principe, quoique nouveau en droit positif belge, est inscrit de longue date à l'article 150 du Code de procédure civile des Pays-Bas(29) et existerait également en Autriche, en Espagne et au Portugal(30).

6. Conditions d'application cumulatives. Le législateur a pris soin de baliser cette nouvelle faculté en prévoyant trois critères cumulatifs dont le juge doit constater la réunion par un jugement spécialement motivé.

Le juge ne peut faire usage de cette faculté qu'en présence de « circonstances exceptionnelles » et lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait « manifestement déraisonnable ». Ces premières balises doivent inviter le juge à la prudence lorsqu'il entend s'écarter des règles de principe(31). Ni le texte de loi, ni les travaux préparatoires, n'éclairent le justiciable sur ce qu'il convient d'entendre par les termes

(23) Rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

(24) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(25) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

(26) Pour rappel, l'art. 1315, al. 2, C. civ. prévoit que « [...] celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

(27) Rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

(28) Rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36 ; projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

(29) Le droit néerlandais repose sur les concepts de « *redelijkheid en billijkheid* », qui seraient selon les travaux préparatoires inconnus dans notre droit mais dont le législateur belge a entendu s'inspirer (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14). Sur ce point, P. Van Renterghem objecte que les concepts de raison et d'équité ne sont pas totalement absents de notre droit ; l'un étant compris dans le concept du bon père de famille étant un homme raisonnablement prudent et diligent et l'autre figurant à l'article 1135 du Code civil (P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *A.D.L.*, 2018, n° 3, p. 4010).

(30) Rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35 ; projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(31) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

« circonstances exceptionnelles » et « manifestement déraisonnable ». Tout au plus se limitent-ils à rappeler que la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'engendrera pas automatiquement un renversement de la charge de la preuve(32). Il est donc confié à la sagacité des cours et tribunaux de déterminer ce que recouvrent ces deux notions.

Enfin, il est précisé que ce renversement de la charge ne peut s'opérer qu'à titre subsidiaire après que le juge ait « ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et ait veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve ». Il est donc un « *ultimum remedium* »(33) qui fut introduit dans le texte de la loi à la suite d'une remarque du Conseil d'État(34). Ainsi si l'une des parties dispose de l'élément de preuve décisif et qu'elle est en mesure de le produire, le juge devra prioritairement avoir recours à des mesures d'instructions(35) ou aux règles régissant la collaboration en matière de charge de la preuve.

7. Les hypothèses visées par les travaux préparatoires. Les travaux préparatoires renseignent trois cas dans lesquels un renversement de la charge de la preuve pourrait être opéré. Cette liste n'est pas limitative et il ne fait aucun doute que – à supposer les conditions réunies – le renversement de la charge de la preuve pourrait trouver à s'appliquer dans d'autres cas d'espèce. Ceci étant, les trois hypothèses mentionnées par les travaux préparatoires permettent déjà de mettre en lumière une série d'écueils auxquels un magistrat pourrait être confronté lors de la mise en pratique de cette nouvelle disposition.

8. Première hypothèse : la disparition de la preuve. Dans le premier exemple, l'élément probatoire décisif pour la solution du litige a disparu. En cette occurrence, la collaboration à l'administration de la preuve (*cf. supra*, n° 3) est inopérante dès lors que la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait – que cette disparition de la preuve soit ou non imputable à une faute de sa part – et les conséquences

(32) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(33) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001.

(34) Le Conseil d'État avait constaté que cette précision ne figurait pas dans le texte initial et avait jugé utile l'ajout de cette précision afin d'éviter toute ambiguïté à ce sujet (projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 84).

(35) Voy. en ce sens notamment l'art. 871 C. jud. qui prévoit que : « Le juge peut [...] ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose ».

défavorables du doute du juge devraient opérer à l'encontre de la partie à l'origine de la disparition de la preuve(36).

M. W. Vandenbussche, expert de la Commission de réforme du droit de la preuve, entendu par la commission de la justice, donne un exemple concret censé éclairer cette première hypothèse : « Un client se rend à un distributeur automatique pour effectuer un retrait. Suite à un problème technique, le distributeur ne délivre pas le montant demandé, mais débite néanmoins le compte du client. L'affaire est soumise à un juge, qui demande à la banque de produire ses registres. La banque affirme que ceux-ci ont été détruits. En pareil cas, il appartient au client, partie demanderesse, d'apporter la preuve des faits qu'il allègue »(37). Cependant, en pareille occurrence, les travaux préparatoires exposent que l'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil permettrait au juge de renverser la charge de la preuve et de faire peser celle-ci sur la Banque au motif que « dans ce cas, il apparaît raisonnable que les conséquences défavorables du doute du juge opèrent à l'encontre de la partie à l'origine de la disparition de la preuve »(38).

Pour peu qu'il faille considérer la disparition d'un élément probatoire comme un événement exceptionnel, l'application stricte de cette règle en cas de disparition non fautive de la preuve pourrait aboutir à des conséquences tout aussi inéquitables que les circonstances qui ont présidé à son utilisation (39). Sauf à concevoir un cas de responsabilité objective, l'on voit par exemple mal pour quel motif il conviendrait de sanctionner celui qui, conformément à ses obligations et règles internes en matière d'archivage, a fait disparaître une pièce dont il pouvait légitimement ignorer qu'elle s'avérerait décisive pour la solution d'un litige(40).

(36) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(37) Rapport de la commission de la justice, Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35.

(38) *Ibid.*, p. 36.

(39) P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 403.

(40) Voy. sur ce point S. De Bree qui, sans cependant en tirer de conséquences directes en matière de charge de la preuve, propose d'effectuer une distinction entre les quatre situations suivantes (i) la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, conformément à ses pratiques ou règles en matière d'archivage, sans réserver à la pièce un traitement différent (ii) la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage (iii) la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage, sans réserver à la pièce un traitement différent, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige (iv) la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage, en lui réservant un traitement différent, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante

De même, il apparaît pour le moins inique de permettre à un justiciable de bénéficier d'un renversement de la charge de la preuve alors qu'il aurait manifestement tardé à introduire son action et dont l'inertie aurait dans l'intervalle conduit à une disparition de l'élément probatoire décisif pour la solution du litige.

Nous objectons, à la suite de P. Van Renterghem(41) que la justification apportée par les travaux préparatoires dans le cadre de l'exemple précité n'est pas conforme au texte de la loi. En effet, il ne suffit pas de constater qu'il serait « raisonnable » que le doute incombe à l'autre partie mais il faut constater que la situation est « exceptionnelle » et que l'application de la règle de principe est « manifestement déraisonnable ». Ce n'est donc qu'après avoir constaté l'existence d'une iniquité flagrante que le juge peut ordonner le renversement de la charge de la preuve.

9. Deuxième hypothèse : le défaut de collaboration à l'administration de la preuve. Dans cette éventualité, l'une des parties refuserait fautivement de collaborer à l'administration de la preuve. Le juge pourrait sanctionner ce refus en opérant un renversement de la charge de la preuve(42). Cette hypothèse est déjà connue des droits allemand, suisse et autrichien et recouvrirait la notion d'« obstruction à la preuve » (« *Beweisvereitelung* »(43)), soit tout acte ou omission d'une partie ayant empêché l'éclaircissement des circonstances réelles de la cause(44).

En droit belge, le défaut de collaboration à la preuve n'avait jusqu'ici pas d'incidence sur la charge de la preuve(45) mais relevait exclusivement de l'administration de la preuve. Le risque d'incertitude continuait de peser sur celui qui *ab initio* devait supporter la charge de la preuve(46),

ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige (S. DE BREE, « La réforme du droit de la preuve », in *Het burgerlijk recht in beweging/Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 109 et 110).

(41) P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 404.

(42) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14 ; rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

(43) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15 ; rapport de la commission de la justice, projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

(44) W. VANDENBUSSCHE, « Omggaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, n° 9, pp. 331 et 332.

(45) Selon le Commissaire royal Van Reepinghen, consacrer pareille solution « eût été de nature à entraver la libre appréciation des faits par le juge ; elle n'eut pu au surplus, être appliquée à un tiers » (C. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme du Code Judiciaire », *Pas.*, 1967, p. 443).

(46) Cass., 18 janvier 2007, *Res et jura imm.*, 2007, p. 27.

de sorte qu'il ne pouvait aboutir à un renversement de la charge de la preuve(47).

En pratique, le refus de collaborer à la charge de la preuve pouvait déjà s'avérer risqué, dans la mesure où le juge pouvait notamment se fonder sur un commencement de preuve avancé par le demandeur, retenir que le refus de collaboration à la charge de la preuve comme une présomption de l'homme(48), condamner la partie récalcitrante à une partie des dépens(49), à des dommages et intérêts(50) ou à une amende civile(51)(52).

Conformément aux travaux préparatoires, le juge pourra désormais sanctionner ce refus fautif de collaboration à l'administration de la preuve en renversant la charge de la preuve, ce qui aura pour effet de faire reposer les conséquences néfastes du doute sur la partie qui n'entend pas collaborer loyalement.

Si les travaux préparatoires ne donnent pas d'exemple concret de cette seconde hypothèse, l'on peut citer les exemples suivants issus du droit allemand : le défaut de communiquer les radiographies et les résultats d'un électrocardiogramme(53) ou l'identité de l'unique témoin d'un accident(54) ou du droit belge : la suppression de documents issus du dossier du patient(55), le refus de soumettre une liste de témoins(56), le défaut

(47) Cass. (1^{re} ch.), 4 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2017, p. 296.

(48) D. MOUGENOT, « Preuve », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, L. 2, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 31 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 404.

(49) Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 451 et s., note E. CEREXHE, « La condamnation aux dépens : une sanction au refus de collaboration à l'administration de la preuve ».

(50) Cette sanction n'est cependant prévue qu'en matière de production de documents. En effet, l'article 882 du Code judiciaire prévoit que « [l]a partie ou le tiers qui s'abstiennent [sic], sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra ».

(51) Art. 780bis C. jud.

(52) Voy. égal, W. VANDENBUSSCHE, « Je t'aime..., moi non plus – Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », in *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, spéc. pp. 116-119 ; V. RONNEAU, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 227.

(53) BGH, 6 novembre 1962, VI ZR 29/62, *NjW*, 1963, 389 cité par W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 331.

(54) BGH, 12 janvier 1960, VI ZR 220/558, *NjW*, 1960, 821 cité par W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 331.

(55) Civ. Anvers, 27 janvier 2016, *inédit*, cité par W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 332.

(56) Civ. Hasselt, 17 octobre 2005, *Limb. Rechtsl.*, 2006, p. 190 cité par W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 332.

pour l'éleveur de bovins de communiquer en temps utile au propriétaire la mort de ceux-ci empêchant de déterminer la cause exacte du décès(57).

Cette seconde éventualité nous apparaît cohérente avec le texte de l'article 8.4, alinéa 3, du Code judiciaire qui consacre le principe de la collaboration des parties à la charge de la preuve. Ainsi, une partie ne peut plus adopter une attitude purement passive et doit apporter sa contribution à l'édifice probatoire. L'on rappellera que si la partie adverse est obligée de collaborer loyalement à la charge de la preuve, il faut mais il suffit que celle-ci fournisse tous les renseignements auxquels elle peut raisonnablement avoir accès(58). À défaut, et à supposer le refus fautif, elle risque désormais d'en payer un lourd tribut.

10. Troisième hypothèse : la meilleure aptitude à la preuve. Dans une troisième et dernière hypothèse, l'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil pourrait trouver à s'appliquer en cas de déséquilibre dans l'« aptitude à la preuve », lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties.

La théorie de la meilleure aptitude à la preuve, élaborée par P. Esmein(59) et R. Demogue(60) part du postulat qu'il serait inéquitable d'imposer la charge de la preuve de manière automatique à une partie déterminée(61) et tend à faire peser la charge de la preuve sur celui qui est le mieux placé pour prouver(62).

Comme le rappelle F. George, l'hypothèse esquissée par le législateur s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a estimé dans un arrêt du 18 décembre 2014 que le consommateur ne disposait pas des moyens lui permettant de prouver que le prêteur, d'une part, ne lui a pas fourni des informations prescrites à l'article 5 de la directive 2008/48 et, d'autre part, n'a pas vérifié sa solvabilité, de sorte que le principe d'effectivité du droit de l'Union

(57) Gand, 28 mars 2012, *R.A.B.G.*, 2014, 294 et note W. VANDENBUSSCHE, Sur cet arrêt voy. égal, V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Liège, Anthemis, 2019, p. 28.

(58) Cette collaboration peut être jugée suffisante quand bien aucune preuve concrète n'a pu être fournie (W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 366 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 23).

(59) P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *R.T.D. civ.*, 1966, pp. 627 et s.

(60) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 542 et s.

(61) *Ibid.*

(62) D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WERY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, p. 124, n° 7.

européenne serait compromis si la charge de la preuve reposait sur le seul consommateur (63) (64).

Une référence explicite à cette thèse figure dans quelques rares décisions publiées en matière bancaire. Ainsi, à trois reprises, le tribunal de commerce francophone de Bruxelles a estimé, sur la base de sa meilleure aptitude à la preuve, que la charge de la preuve reposait sur la banque. La banque devait ainsi, dans la première affaire, démontrer que le retrait par le client était justifié (65), dans la seconde que le transfert litigieux avait été exécuté sur instruction du client (66), et dans la troisième qu'elle avait informé son client des conditions générales du contrat d'assurance (67) (68). L'on constate d'emblée que le terrain de prédilection de cette théorie est la preuve de faits négatifs, situation dans laquelle le demandeur est naturellement dans une position plus délicate que le défendeur qui doit établir le fait positif contraire.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation avaient cependant rappelé que pareille thèse ne pouvait aboutir à un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, « 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 » (69).

La résurgence de cette théorie dans les travaux préparatoires interpelle dans la mesure où elle fût vivement critiquée en doctrine pour ses effets injustes. En effet, dès lors que le juge s'interroge sur la charge de la preuve – comprise comme le risque de preuve – c'est précisément car, au stade de l'administration de la preuve, les parties n'ont pas été en mesure de fournir des moyens de preuve emportant la conviction du juge (70). Autrement dit, pareil principe revient à faire peser le risque, de manière peu légitime, sur la partie la mieux placée pour fournir l'élément

de preuve déterminant, alors qu'elle s'est précisément avérée incapable de le faire. De la sorte, cette théorie modifie fondamentalement l'équilibre instauré par les règles classiques en matière de charge de la preuve et c'est le juge qui apprécie en définitive à qui incombe le fardeau de la preuve.

Bien que ressuscitée par la réforme, la théorie de la meilleure aptitude à la preuve est balisée par le législateur en ce qu'elle n'intervient qu'en cas d'iniquité flagrante. Les travaux préparatoires précisent que le seul déséquilibre économique entre les parties – un particulier contre une grande entreprise par exemple – n'engendre à l'évidence pas un renversement automatique de la charge de la preuve mais que le juge pourrait tenir compte de ce déséquilibre lorsque cela engendre pour la partie faible « l'exécution de prestations extrêmement lourdes et/ou coûteuses » (71). Le juge aurait ainsi la lourde tâche d'intervenir pour rétablir l'équilibre en redistribuant la charge de la preuve. En revanche, lorsque le déséquilibre n'est pas flagrant, cette disposition ne peut permettre au juge modifier le fardeau de la preuve.

L'exercice est périlleux et le juge devra se garder de toute conclusion hâtive fondée sur une asymétrie de façade quant à l'existence d'un déséquilibre dans l'aptitude à la preuve.

Il n'est par ailleurs pas question de recourir systématiquement à cette possibilité lorsqu'il s'agit de démontrer un fait négatif, dans la mesure où, en cette hypothèse, le juge peut d'ores et déjà tenir compte de l'allègement du degré de preuve, prévu par l'article 8.6, alinéa 1^{er}, du nouveau Livre 8 du Code judiciaire (72).

11. Un éventuel double débat en perspective en matière de charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information. La présente contribution ne s'appesantit pas sur la controverse existante sur la charge de la preuve en présence d'une obligation d'information – qui a fait

(63) C.J.U.E., 18 décembre 2014, aff. C-449/13, *CA Consumer Finance c. Bakkaus*, pt 27.

(64) Pour un second exemple voy. C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-113/12, *Donal Brady c. Environmental Protection Agency*, pt 62 ; V. ΡΟΝΝΕΛΛΟΥ, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 245.

(65) Comm. Bxl., 24 juin 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 987.

(66) Comm. Bxl. (12^e ch.), 21 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 1014 ; *R.D.C.*, 1995, pp. 1016-1019.

(67) Comm. Bxl., 3 décembre 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 741.

(68) Comm. Bxl. (12^e ch.), 21 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, pp. 1014 et 1016-1019 ; Comm. Bxl., 24 juin 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 987 ; Anvers (4^e ch.), 15 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 117, p. 31.

(69) Cass. (1^{er} ch.), 18 novembre 2011, R.G. n° C.10.0649.F, *Pas.*, 2011, p. 2558 ; voy. égal. Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42.

(70) D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », *op. cit.*, p. 137, n° 28.

(71) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

(72) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

l'objet d'intenses débats en doctrine (73) et en jurisprudence (74) – mais se contente de s'interroger sur l'éventuel apport du nouveau régime sur cette épineuse question.

D'emblée, il faut constater que le texte renouvelé ne permet assurément pas de sortir de la quadrature du cercle et que la jurisprudence versatile de la Cour de cassation conserve toute sa pertinence dans la mesure où le législateur n'a pas tranché définitivement cette question (75).

Fort à propos, D. Mougenot indique que la première version du texte de l'avant-projet de réforme de la partie du Code civil consacrée aux obligations contenait pourtant un article rédigé comme suit : « La partie qui prétend que l'information lui était due doit prouver l'existence du devoir d'information. L'autre partie doit prouver avoir fourni l'information due ». Cet alinéa fut cependant abandonné suite à la consultation organisée pour collecter les réactions du public au sujet de cet avant-projet (76).

Faudrait-il pour autant en déduire l'absence de toute incidence du nouveau texte ? Tous ne le pensent pas.

Pour rappel, en matière de charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information, deux thèses s'affrontent quant à l'objet de la preuve à rapporter (77).

(73) Voy. not., G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *J.L.M.B.*, 2020, n° 36, pp. 1678-1692 ; R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations – Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, n° 35, n° 6789, pp. 713 et s. ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, n° 5, pp. 686 et s. ; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad, op. cit.*, n° 203 et s., pp. 171 et s. ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel – Une hirondelle ne fait pas le printemps », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 115 et s. ; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », note sous Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 683 et s.

(74) Voy. not., Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 2129 ; Cass., 28 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 14 ; Cass., 10 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1962 ; Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298 ; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 2022 ; Cass., 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445 ; Cass., 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, n° 35, n° 6789, pp. 724 et s. ; Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0343.N/1.

(75) En ce sens, voy. not., R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations – Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *op. cit.*, p. 724.

(76) D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, p. 147 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, n° 5, p. 698.

(77) Pour une synthèse des deux thèses en présence voy. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 126 et s.

Les partisans de la première (78) estiment que l'obligation dont le demandeur doit assurer la démonstration est l'obligation d'information elle-même (obligation dite « primaire »). Ainsi, il faut, mais il suffit, pour le créancier de rapporter l'existence d'une obligation d'information pour qu'il incombe au débiteur de l'obligation d'information de devoir démontrer qu'il a correctement exécuté celle-ci. Cette première thèse est favorable au créancier de l'information.

Les partisans de la seconde (79) considèrent que l'obligation à prouver n'est pas l'obligation d'information (obligation dite « primaire ») mais l'obligation de réparation (obligation dite « secondaire ») qui résulte de l'inexécution de l'obligation d'information. Dans ce cadre, la tâche du créancier est plus complexe puisqu'il ne peut se contenter de démontrer la simple existence de l'obligation mais doit également prouver son inexécution, le caractère fautif de celle-ci et le dommage en résultant. Cette seconde thèse est favorable au débiteur de l'information.

Dès lors que le nouveau Code civil ne prévoit plus qu'il convient de prouver les actes ou faits juridiques qui fondent une « obligation » mais ceux qui fondent une « prétention », P. Van Renterghem s'interroge sur la fin potentielle de la controverse et la possibilité d'écarter définitivement la première thèse au profit de la seconde (80). Autrement dit, le débiteur de l'obligation d'information pourrait tirer parti de la nouvelle terminologie choisie par le législateur.

Cette thèse ne trouve cependant pas d'appui dans les travaux préparatoires qui font simplement état d'une ambition d'élargissement « au-delà du strict domaine du droit des obligations » (81) et semblent s'être inspirés sur ce point de ce qui existe outre-quiévrain où l'article 9 du Code de procédure civile faisait déjà référence au vocable « prétention ».

(78) Fr. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 290 ; Fr. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 1519 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 71.

(79) P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, n° 5, pp. 692 et 693 ; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 73 ; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », note sous Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 683 et s.

(80) P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, n° 5, p. 693.

(81) Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 13.

Quant à l'obligation d'information, on y trouve une référence dans le rapport de la commission de la justice qui l'a abordé sous le seul angle de la preuve des faits négatifs et qui mentionne que la preuve par vraisemblance suffit lorsqu'« un consommateur affirme qu'un professionnel, tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires, alors que le professionnel prétend quant à lui avoir transmis l'information oralement » (82).

Ainsi, si le juge d'hier devait naviguer dans un flot d'incertitude quant à la détermination de la charge de la preuve de l'obligation d'information, force est de constater que – sauf loi particulière – celui de demain ne semble guère logé à meilleure enseigne. Non seulement la situation en la matière demeure inchangée, mais il pourrait être éventuellement amené à trancher un second débat quant à savoir si le résultat finalement obtenu ne doit pas être inversé eu égard au prescrit de l'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil.

CONCLUSIONS

12. Propos conclusifs. Si la réforme du droit de la preuve n'est dans l'ensemble pas une révolution, le renversement de la charge de la preuve en présence de circonstances exceptionnelles par les cours et tribunaux constitue une innovation en droit positif qui invite à la réflexion.

Si elle permet assurément de mieux appréhender la complexité et la singularité de certains litiges dans le but louable d'éviter l'iniquité, elle expose par répercussion le justiciable à l'arbitraire du juge. Le législateur semble lui-même vouloir s'en justifier en invoquant l'absence de contradiction de la nouvelle disposition avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais ne faut-il pas voir dans ce propos une dangereuse prémonition ?

En l'état, le juge devra faire preuve de la plus grande prudence et s'assurer au préalable qu'il n'existe aucun autre remède lui permettant d'asseoir sa conviction. À défaut, il veillera à scrupuleusement indiquer

la circonstance exceptionnelle retenue, et expliquer en quoi l'application de la règle de principe est déraisonnable. Ce n'est qu'au prix d'un respect strict de ces conditions que les garanties mises en place par le législateur ne seront pas illusoires.

Ceci étant, la multiplication de l'utilisation des procédés digitaux associée à l'archivage numérique devrait permettre à terme aux justiciables de contribuer plus aisément à l'édifice probatoire et éviter qu'une partie succombe au seul motif qu'à l'issue de l'instruction du litige, il persiste des lacunes qu'aucune des parties n'est à même de combler.

Il restera cependant toujours des cas dans lesquels un doute subsistera, raison pour laquelle la charge de la preuve continuera d'alimenter les débats ici et ailleurs.

(82) Rapport de la commission de la justice, Projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.