

**CAPACITE EN DROIT
INTRODUCTION AUX DROITS SUBJECTIFS
SECOND SUPPORT**

3ème partie : la preuve des droits subjectifs

Pour se prévaloir d'un droit en justice, encore faut-il être en mesure de prouver son existence. Ne pas pouvoir prouver son droit équivaut en pratique à ne pas avoir ce droit. L'issue d'un procès dépend pour une large part de la preuve.

Le droit de la preuve a été réformée par l'Ordonnance du 10 février. 2016 qui a porté réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Les nouveaux textes sont entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Ils ne s'appliquent qu'aux contrats conclus après cette date. Dans le cadre de ce cours, nous n'étudierons pas droit applicable aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016.

La preuve des droits peut se réduire à deux questions essentielles : qui doit prouver ? C'est la charge de la preuve (Chapitre 1) et comment prouver ? Ce sont les modes de preuve (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La charge de la preuve

Deux systèmes sont concevables pour déterminer la charge de la preuve. Dans une **procédure accusatoire**, les parties ont à titre exclusif ou au moins principal l'initiative de l'instance. La charge de la preuve leur incombe. Dans une **procédure inquisitoire**, il appartient aux juges de conduire l'instance et de réunir les éléments de preuve.

En droit pénal, la procédure est inquisitoire.

En droit civil, elle est accusatoire. Aux termes de l'article 9 du Code de procédure civile, « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Le juge n'est toutefois pas totalement passif. L'article 10 dispose : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ».

Il appartient aux parties de prouver. Mais sur laquelle des deux parties la charge de la preuve pèse-t-elle ?

Section 1 : Le principe : la preuve incombe au demandeur

En principe, la charge de la preuve pèse sur le demandeur. Ce principe est posé par l'article 1353 du Code civil : « *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* ».

Cela relève du bon sens. C'est à celui qui se prévaut d'un droit de prouver qu'il est effectivement titulaire de ce droit. Si Jean prétend que Marc lui doit 100 euros, c'est à Jean de prouver qu'il a, par exemple, prêté 100 euros à Marc.

Réciproquement, c'est à celui qui se prétend libéré d'une obligation de le prouver. Si Jean arrive à prouver le prêt de 100 euros, Jean aura prouvé son droit de créance à l'égard de Marc. La charge de la preuve passera à Marc. Ce sera alors à Marc de prouver qu'il s'en est libéré parce qu'il a déjà remboursé Jean.

La charge de la preuve se renvoie entre les parties comme une balle de ping-pong. Celui sur qui pèse la charge de la preuve supporte le **risque de la preuve**. Si c'est à lui de prouver et s'il n'y parvient pas, il perd le procès.

Section 2 : L'exception au principe : les présomptions légales

La présomption est le mécanisme par lequel un fait inconnu est déduit d'un fait connu. Par exemple, d'une trace de freinage de 100 mètres (fait connu), on peut déduire la vitesse d'un véhicule (fait inconnu).

Les présomptions peuvent être posées par la loi, on parle de présomptions légales. Lorsqu'elles sont dégagées par le juge, on parle de présomption de l'homme.

Ces sont les **présomptions légales** nous intéressent ici parce qu'elles conduisent à un **renversement de la charge de la preuve**. **Il n'est pas nécessaire de prouver ce que la loi présume.**

Exemple de présomption légale : L'article 311 al. 1 du Code civil dispose : « *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance.* »

A partir d'un fait connu, la date de la naissance de l'enfant, la loi déduit un fait inconnu, la date de sa conception. Celui qui voudrait se prévaloir de la période de conception d'un enfant (pour établir sa filiation par exemple) n'aura pas à la prouver puisqu'elle est présumée (il y a renversement de la charge de la preuve). C'est à celui qui prétend que l'enfant n'a pas été conçu pendant cette période d'en apporter la preuve.

La présomption posée par l'article 311 du Code civil est une **présomption simple**, c'est-à-dire une **présomption susceptible de preuve contraire**.

Une **présomption mixte** est une présomption qui **ne peut être écartée que par des moyens limitativement prévus par le législateur**. La présomption de paternité posée par l'article 312 du Code civil est une **présomption mixte**. Aux termes de ce texte « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ». Ce texte présume la filiation paternelle de l'enfant né pendant le mariage. Cette présomption est dite mixte puisqu'elle ne peut être contestée que

par certaines personnes et dans un certain délai (5 ans ou 10 ans selon les circonstances, C. civ., art. 332 et s.)

Les présomptions simples et les présomptions mixtes conduisent à un renversement de la charge de la preuve. L'enfant conçu pendant le mariage de sa mère n'a pas à prouver son lien de filiation envers le mari de sa mère. Il est présumé être l'enfant du mari de sa mère. C'est à ce dernier de prouver qu'il n'est pas le père (parce que la mère a eu une relation adultérine pendant le mariage).

Une **présomption irréfragable** ne peut être renversée par aucun moyen de preuve. Celui qui en bénéficie n'a rien à prouver. L'autre ne peut pas apporter la preuve contraire.

Chapitre 2 : Les modes de preuves

Parmi les modes de preuve, on distingue les modes de preuve parfaits, considérés comme offrant le plus de sécurité et les modes de preuve imparfaits qui ont une moindre valeur. Leur pris en compte par le juge est plus aléatoires.

Section 1 : Les modes de preuve parfaits

§1. La preuve par écrit (acte authentique ou sous signature privée)

L'article 1365 du Code civil propose une définition de l'écrit. Aux termes de ce texte « *L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support* ».

Cet écrit peut être un document papier ou un document électronique. L'article 1366 du Code civil précise à ce sujet « *L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

Tout papier, tout document électronique, n'est toutefois pas un écrit au sens de l'article 1364 précité. Ce texte vise deux types d'écrit : l'écrit authentique (acte authentique) et l'écrit sous signature privée (acte sous signature privée).

Nous verrons qu'un tel écrit **doit nécessairement contenir la signature des parties** et, pour certains, celle d'un officier public. L'article 1364 al. 1 dispose en ce sens « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte* ». Dans un écrit électronique, cette signature est électronique. « *Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » (C. civ., art. 1364 al. 2).

| |
|---|
| <p>ATTENTION: Pour comprendre les développements qui suivent, il faut comprendre et faire la distinction entre le « contrat » au sens « d'accord de volonté », et « l'écrit » qui constate ce contrat.</p> |
|---|

Autrement dit, **il est essentiel de bien distinguer la convention de l'écrit qui constate cette convention**. Autrement dit, **il faut bien distinguer le negotium (la convention, au sens d'accord de volontés) de l'instrumentum (l'écrit qui constate cet accord de volonté)**.

Dans le langage courant, le terme « contrat » peut désigner deux choses : l'accord de volontés et l'écrit qui le constate. Si Jean décide de vendre son piano à Marc, que tous les deux se mettent d'accord sur le prix, Jean et Marc sont parties à un contrat de vente. Ici, le contrat désigne l'accord de volonté (le *negotium*). Sans même qu'un écrit ait été rédigé, Jean pourra dire « j'ai passé un contrat avec Marc ». Par le mot « contrat », c'est l'accord de volonté, le *negotium*, que Jean évoque. Il se peut que Jean et Marc décident de consigner leur accord dans un écrit. Lorsque Jean cherchera à remettre la main sur cet écrit, il se demandera « mais où ai-je bien pu mettre ce contrat ? ». Par le mot contrat, c'est alors l'écrit, l'*instrumentum*, que Jean désignera. Si le mot « contrat », dans le langage courant, désigne parfois l'écrit et parfois l'accord de volonté, dans le langage juridique, il en est de même du mot « acte ». Le mot acte va parfois désigner un écrit et parfois désigner un accord de volonté. Le mot acte, dans l'expression « acte sous signature privée » et « acte authentique » désigne TOUJOURS un écrit. L'acte authentique et l'acte sous signature privée sont des écrits (des *instrumentum*) qui constatent des actes juridiques, des *negotium* (une vente, un prêt, un bail, une donation, une reconnaissance de dette etc.).

Dans ces développements sur la preuve nous nous intéressons aux écrits (*instrumentum*) qui permettent de prouver un acte juridique (*negotium*). Dans le cadre du cours de droit des obligations (Bloc II) vous vous intéressez au *negotium*, à l'acte juridique qui est une rencontre de volontés. Vous étudierez les conditions pour que cet acte juridique soit valable. Vous apprendrez qu'en droit français s'applique le principe du consensualisme. Selon ce principe, un écrit n'est pas nécessaire pour qu'un contrat existe et soit valable. L'accord de volonté suffit. Il suffit que Jean accepte de vendre son piano, que Marc accepte de l'acheter, qu'ils soient tous deux d'accord sur le prix pour que le contrat existe. La signature d'un écrit n'est pas nécessaire à la validité du contrat. Un écrit peut en revanche être nécessaire pour prouver le contrat. Les développements qui suivent auront pour objet d'identifier les hypothèses dans lesquelles l'écrit est nécessaire à titre de preuve.

Retenez bien ces deux choses fondamentales :

- **L'acte authentique et l'acte sous signature privée sont des écrits (*instrumentum*) qui constatent des actes juridiques (*negotium*).**
- **L'acte authentique et l'acte sous signature privée sont, en principe, requis à titre de preuve.** Ils ne sont pas indispensables pour que le contrat existe et soit valable. Ils ne sont nécessaires que pour prouver l'accord de volontés. Vous étudierez toutefois dans le cadre de votre cours de droit des obligations que, par exception, un écrit peut être requis à titre de validité. Les contrats qui doivent être passés par écrit pour être valables sont des contrats dits solennels (un contrat de mariage, par exemple, pour être valable, doit être constaté dans un acte authentique). Un contrat qui n'est soumis à aucune condition de forme pour être valable est un contrat consensuel.

I. L'acte authentique

L'acte authentique est défini par l'article 1369 du Code civil. « *L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter.* »

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.».

Pour valoir acte authentique, l'acte doit satisfaire à deux conditions :

- Il doit être rédigé par un officier public compétent.
- L'écrit doit respecter certaines formalités. Certaines sont communes à tous les actes authentiques (signature de l'officier et des parties, notamment), d'autres sont propres à chaque type d'acte (aux actes notariés par ex.).

Si l'écrit ne présente pas les formes pour valoir acte authentique, il peut, à certaines conditions, valoir acte sous signature privée (C. civ., art. 1370)

II. L'acte sous signature privée

On appelle ainsi un écrit constatant un acte juridique et signé par les parties qui s'obligent (avant la réforme, il était intitulé : acte sous seing privé)

Comme son nom l'indique, pour valoir acte sous signature privée, l'écrit doit être signé. La signature n'est toutefois pas l'unique condition de son existence. D'autres formalités peuvent être requises. Elles dépendent de la nature du contrat que l'écrit constate.

1. Conditions particulières aux actes constatant une convention synallagmatique

Cette condition est posée par l'article 1375 du Code civil. « *L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé.*

Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits.

(...) »

Un contrat synallagmatique est un contrat dans lequel au moins deux parties s'obligent. Lorsque ce contrat est constaté dans un écrit, pour que l'écrit ait la valeur d'un acte sous signature privée il faut :

- **autant d'exemplaires que de parties à l'acte** : on parle de l'exigence de la formalité du double (car le plus souvent, il y a deux parties). Cette règle permet d'éviter qu'une des parties falsifie l'acte. La jurisprudence considérait que le dépôt de l'original à un tiers chargé de le conserver dispensait de cette formalité (le risque de falsification est évité). Cette faculté a été consacrée par l'ordonnance de 2016 à l'article 1375.
- **que chaque exemplaire mentionne le nombre d'originaux**, on parle de l'exigence de la mention du double.

2. Condition particulière aux actes constatant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une chose fongible

L'article 1376 du Code civil exige « *la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres.* ».

Le but de cette mention est d'éviter une falsification de l'acte par le créancier (il est plus difficile de falsifier une somme écrite en lettres et en chiffres). Elle a aussi la vertu d'attirer l'attention de celui qui s'engage sur l'étendue de son engagement.

Marc doit 2000 euros à Jean. Marc rédige une reconnaissance de dette. Cette reconnaissance de dette, pour valoir preuve parfaite, doit contenir la mention en chiffres et en lettres de la somme (2000 euros) et la signature de Marc.

Si le montant à payer ou la quantité à livrer est indéterminée, la jurisprudence exige une mention exprimant de façon claire la connaissance de la nature et de l'étendue de l'engagement.

Si ces conditions ne sont pas respectées, l'écrit ne peut pas valoir acte sous signature privée. Nous verrons qu'il pourrait toutefois valoir, à certaines conditions, commencement de preuve par écrit.

§2. L'aveu judiciaire

L'aveu est la reconnaissance par une personne de l'exactitude d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

L'article 1383-2 donne la définition de l'aveu judiciaire « *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté.*

Il fait foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre son auteur.

Il est irrévocable, sauf en cas d'erreur de fait ».

Comme le précise ce texte, l'aveu fait pleine foi contre son auteur. Cela signifie que le juge est lié par cet aveu même s'il est convaincu qu'il ne correspond pas à la réalité.

Il est indivisible. L'autre partie ne peut pas se prévaloir d'une partie de l'aveu seulement. Par exemple, si Jean reconnaît avoir emprunté 1000 euros à Marc tout en précisant l'avoir déjà remboursé, Marc ne peut pas invoquer la seule reconnaissance de l'emprunt.

Il est irrévocable. Son auteur ne peut pas changer d'avis et se rétracter sauf s'il a commis une erreur de fait. Exemple d'erreur de fait : Jean reconnaît devoir 1000 euros à Marc et réalise par la suite l'avoir déjà remboursé.

Il faut distinguer cet aveu judiciaire, qui est une preuve parfaite (il intervient pendant l'instance au cours de laquelle est débattu le fait litigieux), de l'aveu extrajudiciaire qui n'est pas une preuve parfaite et que nous envisagerons plus tard.

On pourrait penser que l'aveu est un mode de preuve qui est rarement utilisé. Si Jean doit 10.000 euros mais que son créancier n'arrive pas à le démontrer en justice, il paraît assez peu probable que Jean prenne l'initiative d'avouer devoir ces 10.000 euros. Mais l'aveu est le plus souvent tiré des écritures d'une partie au litige. Les éléments qu'une partie (par l'intermédiaire de son avocat) affirme dans ses conclusions peuvent être invoqués contre elle et constituer des aveux.

§3. Le serment décisoire

Le serment est l'affirmation solennelle par une partie d'un fait qui lui est favorable. Il faut distinguer le serment décisoire, qui est un mode de preuve parfait, du serment supplétoire qui n'en est pas un (nous l'envisagerons plus loin).

L'article 1384 évoque les deux serments « *Le serment peut être déféré, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. Il peut aussi être déféré d'office par le juge à l'une des parties* ».

Le serment qui nous intéresse ici est le serment décisoire qui est déféré par une partie à l'autre « *pour en faire dépendre le jugement de la cause* ». Ce serment est dit décisoire parce qu'il va décider l'issue du litige.

Lorsqu'une des parties décide de déférer le serment à l'adversaire (lui proposer de jurer), trois solutions sont possibles (C. civ., art. 1385-2) :

- l'adversaire refuse de jurer et perd le litige
- l'adversaire jure et gagne le litige
- l'adversaire réfère le serment à celui qui lui a demandé de jurer. Ce dernier peut alors soit jurer et gagner soit refuser de jurer et perdre.

Notons que ce mode de preuve est rarement (voire jamais) utilisé. Imaginons que Jean doive 10.000 euros mais que son créancier ne dispose d'aucun écrit pour le prouver. Le serment peut être un mode de preuve si le créancier décide de déférer le serment à Jean. Le créancier offre ainsi à Jean la possibilité de jurer qu'il n'est pas son débiteur.

3 solutions possibles :

- Jean jure qu'il ne doit rien et gagne le procès
- Jean, pris de mauvaise conscience à l'idée de mentir, refuse de jurer. Son créancier gagne le procès
- Jean défère le serment à son créancier et lui offre à son tour de jurer. Le créancier, s'il jure être titulaire d'une créance de 10.000 euros, à l'encontre de Jean, gagne le procès. S'il refuse de jurer, il perd.

Il était certainement justifié que ce mode de preuve apparaisse dans le Code civil version 1804, écrit à une époque où la religion avait un poids et où le mensonge était pour beaucoup un péché. Sa présence dans la version de 2016 est plus surprenante.

Section 2 : Les modes de preuve imparfaits

Les modes de preuve imparfaits sont ceux dont le juge apprécie souverainement le caractère convaincant. **Ils ne lient pas le juge.**

§1. Le témoignage

Le témoignage est la **déclaration d'un tiers** au litige relative à des faits dont il a eu personnellement connaissance.

Depuis la réforme, l'article 1381 précise expressément sa force probante. « *La valeur probante des déclarations faites par un tiers dans les conditions du code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge* ».

§2. Le serment supplétoire

Alors que le serment décisoire est déféré par l'une des parties au procès, le serment supplétoire est déféré par le juge. Lorsque les preuves fournies ne sont pas suffisantes, le juge peut les compléter par un serment (mais il préférera en général ordonner une expertise).

Ce serment est évoqué par l'article 1386. « *Le juge peut d'office déférer le serment à l'une des parties.*

Ce serment ne peut être référé à l'autre partie.

Sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge ».

Ce serment ne peut intervenir que pour compléter des preuves. « *Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que si elle n'est pas pleinement justifiée ou totalement dénuée de preuves* » (C. civ., art. 1386-1)

La partie à qui le serment est déféré ne peut que jurer ou refuser de jurer. Elle ne peut référer le jugement à son adversaire. Le juge n'est pas lié par un tel serment, il peut en tirer les conclusions qu'il voudra.

§3. L'aveu extrajudiciaire

L'aveu extrajudiciaire est fait en dehors du procès, lors d'une expertise, dans un courrier etc. Il n'est recevable que si la preuve par tout moyen est admise. Il est apprécié souverainement par le juge (C. civ., art. 1383-1).

§4. Les présomptions de l'homme

Les présomptions de l'homme, aussi appelées **présomptions de fait**, sont les conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Par exemple, de la présence d'un des époux au domicile d'un tiers régulièrement constaté par huissier (fait connu), le juge va déduire l'adultère (fait inconnu).

Le juge est libre de se déclarer convaincu ou non par ces présomptions. Dans ce sens, l'article 1382 dispose « *les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* ».

§5. Les autres indices

Le juge peut, enfin, fonder sa décision sur tout indice qu'il jugera pertinent (un chèque, un ordre de virement, un courrier etc.)

Nous avons évoqué les différents modes de preuve. Envisageons maintenant leur admissibilité.

Chapitre 3 : L'admissibilité des modes de preuve

Plusieurs systèmes sont possibles.

- Dans le système de la **preuve libre** ou preuve morale, tous les moyens de preuve peuvent être utilisés et le juge a un libre pouvoir d'appréciation pour faire le tri et se déclarer convaincu ou non par les preuves présentées. C'est le système retenu en droit pénal.
- Dans le système de la **preuve légale**, la loi détermine les modes de preuves admissibles et leur force probante.
- Dans un **système mixte**, les deux règles cohabitent. La preuve est parfois libre, parfois encadrée.

Section 1 : Le principe de la liberté de la preuve

En droit civil, c'est un système mixte qui a été adopté. Le principe est celui de la liberté de la preuve. **La preuve des faits juridiques et la preuve des actes juridiques portant sur une somme inférieure à 1500 euros est libre, alors que la preuve des autres actes juridiques est encadrée.**

Un **fait juridique** est un événement ayant des effets de droit (un accident, par exemple).

Un **acte juridique** est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droits (un contrat, par exemple).

Les faits juridiques se prouvent par tout moyen (C. civ., art. 1358).

Pour les actes juridiques, il convient de distinguer selon leur valeur :

- **Les actes juridiques se prouvent par tout moyen, lorsque leur valeur est inférieure à 1500 euros** (C. civ., art. 1358)

- **Les actes juridiques se prouvent par écrit (acte sous signature privée ou acte authentique) lorsque leur valeur est supérieure à 1500 euros** (C. civ., art. 1359 al. 1)

Cette règle (exigeant un écrit) souffrent de nombreuses exceptions (les mêmes qu'avant la réforme) prévues par la loi.

Relevons ici que dans sa nouvelle version, le code civil prévoit expressément une **liberté contractuelle** en matière de preuve (déjà admise par la jurisprudence avant la réforme). « *Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition.*

Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable » (C. civ., art. 1356). Les parties pourraient donc décider dans leur contrat des règles d'admissibilité de la preuve applicables en cas de litige.

Section 2 : L'exigence de la preuve par écrit des actes juridiques portant sur une valeur supérieure à 1500 euros

Les actes juridiques portant sur une valeur supérieure à 1500 euros doivent être prouvés par écrit, écrit authentique ou écrit sous signature privée. « *L'acte juridique portant sur une somme*

ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique » (C. civ., art. 1359 al. 1)

L'écrit doit permettre de prouver l'existence de l'acte juridique ainsi que son contenu. « *Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique » (C. civ., art. 1359 al. 2).* Cela signifie que celui qui conteste le contenu d'un acte prouvé par écrit doit en apporter la preuve écrite.

Ex : Jean prouve que Marc lui doit 10.000 euros en présentant au juge une reconnaissance de dette constatée dans un acte sous signature privée. Si Marc prétend ne lui devoir que 8000 euros, il devra le prouver par écrit parfait également.

La copie fiable d'un acte sous signature privée ou d'un acte authentique a la même valeur que l'original. Ce principe est posé à l'article 1379 du Code civil « *La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique.*

Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée ».

L'exigence d'un écrit n'est requise que lorsque l'acte juridique est invoqué par les parties. S'il est invoqué par des tiers, le contrat peut être prouvé par tout moyen. A leurs yeux, le contrat à la conclusion duquel ils n'ont pas participé est un fait juridique. On le comprend bien, puisqu'ils n'étaient pas partis à l'acte, on ne peut pas leur imposer de s'être préconstitués un écrit !

Section 3 : Les exceptions à l'exigence d'un écrit parfait

Rappelons que le principe est celui de la liberté de la preuve. Il joue aussi bien pour les faits juridiques que pour les actes juridiques dont la valeur est inférieure à 1500 euros. Il convient ici de relever les hypothèses dans lesquelles, alors que l'objet de la preuve est un acte juridique dont la valeur est supérieure à 1500 euros (la preuve par écrit est alors –par exception- exigée), la loi admet qu'il soit prouvé autrement que par un écrit parfait.

Les exceptions à l'exigence de l'écrit sont posées par les articles 1360 à 1362 du Code civil

§1. L'impossibilité de se procurer un écrit

« *Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure. » (C. civ., art. 1360)*

Au moment de la conclusion du contrat, l'établissement d'un écrit a été impossible.

L'impossibilité est matérielle lorsque les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu empêchaient la constitution d'un écrit. Cette exception est rarement invoquée en pratique. Elle a été admise par des juges lorsqu'une des parties était incapable d'écrire (arrêt de 1964). Des auteurs considèrent qu'il y a également impossibilité matérielle lorsqu'un contrat est conclu par téléphone.

Il y a impossibilité morale lorsque les parties entretenaient des relations de famille, des rapports d'affection forts ou de confiance ou étaient dans un rapport de subordination. Dans ces hypothèses, il aurait été délicat de demander qu'un écrit soit établi.

Le cocontractant qui démontre avoir été dans l'impossibilité de se procurer un écrit peut apporter par tout moyen la preuve de l'acte juridique (témoignages, présomptions, indices...)

RQ : Dans un cas pratique, après avoir démontré l'impossibilité de prouver par écrit, il ne faut pas oublier de relever les éléments de preuve qui pourraient être invoqués en l'espèce pour prouver l'acte juridique.

§2. L'impossibilité de présenter un écrit préconstitué

« Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure. » (C. civ., art. 1360)

Si un écrit a été rédigé mais que cet écrit a été perdu en raison d'un événement de force majeure (un événement imprévisible, irrésistible et extérieur), la preuve de l'acte juridique peut être faite par tout moyen. Si, par exemple, Jean disposait d'une reconnaissance de dette en sa faveur mais que l'écrit a disparu lors d'une tempête qui a détruit sa maison, la loi lui permet de **prouver sa créance par tout moyen** (témoignages, présomptions, indices...).

RQ : Dans un cas pratique il faudrait d'abord démontrer l'existence d'un événement de force majeure ayant entraîné la destruction de l'écrit. Il ne faudrait pas ensuite omettre de présenter des éléments de preuve permettant de prouver l'acte juridique.

§3. L'existence d'un aveu judiciaire ou d'un serment décisoire

« Il peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve » (C. civ., art. 1361).

§4. L'existence d'un commencement de preuve par écrit

« Il peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve » (C. civ., art. 1361).

L'article 1362 définit le commencement de preuve par écrit *« Constitue un commencement de preuve par écrit tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué »*. Les termes de cette définition diffèrent légèrement de celle d'avant la réforme. Le sens est inchangé. **Le commencement de preuve par écrit est un écrit qui émane de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué.**

Reprenons les 3 conditions. Pour qu'un écrit ait valeur de commencement de preuve par écrit, il faut :

- un écrit.

- un écrit **qui émane de celui à qui on l'oppose**. Si Marc veut prouver que Jean lui doit 10.000 euros, il doit présenter un écrit émanant de Jean. Il faut que Jean en soit l'auteur (par exemple, une lettre dans laquelle Jean a écrit « merci de m'avoir prêté 10.000 euros »).

- un écrit **qui rend vraisemblable le fait allégué**. Si Jean écrit dans une lettre « merci pour ce que tu as fait », cela ne rend pas vraisemblable la dette de 10.000 euros... il pourrait le remercier ainsi d'avoir fait tout autre chose.

Le commencement de preuve par écrit n'est qu'un commencement de preuve... **il doit être complété par tout moyen de preuve** : témoignages, indices ...

RQ : Dans un cas pratique, après avoir relevé l'existence d'un commencement de preuve par écrit, il convient de rechercher l'existence de compléments de preuve susceptibles d'être invoqués en l'espèce.

§5. L'exception en matière commerciale

L'article L. 110-3 du Code de commerce dispose « *A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.* »

La preuve entre commerçants se fait par tout moyen. On le comprend bien. Dans l'exercice de leur profession, les commerçants concluent beaucoup de transactions, cela serait une grande contrainte pour eux que de devoir à chaque fois rédiger un écrit parfait. La loi les en dispense donc.

Si le litige oppose un commerçant et un non commerçant, le non-commerçant qui souhaite prouver contre un commerçant pourra prouver par tout moyen. Le commerçant, quant à lui, devra prouver par écrit si la valeur en litige est supérieure à 1500 euros. Il ne faudrait pas que l'article L. 110-3 précité nuise aux intérêts du non-commerçant. A son encontre, la preuve par écrit est exigée.