

UNIVERSITÉ PARIS 13 – UNIVERSITÉ SORBONNE PARIS CITÉ

**ECOLE DOCTORALE ERASME**

**U.F.R. de Droit, Sciences politiques et sociales**  
**Institut de recherches pour un droit attractif (IRDA)**

*N° Attribué par la bibliothèque*

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|

**T H È S E**

Pour obtenir le grade de  
**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS 13**  
*Discipline : Droit privé et sciences criminelles*

Présentée et soutenue publiquement le  
6 septembre 2018

**Par**

**Marine ABONNAT**

**LE DOUTE PROBATOIRE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**

Directeur de thèse :  
**M. Mustapha MEKKI, Professeur**

**JURY**

**M. Augustin AYNÈS**, Professeur, Université Paris XII, Rapporteur

**M. Étienne VERGÈS**, Professeur, Université Grenoble, Rapporteur

**M<sup>me</sup> Anne ETIENNEY – de SAINTE MARIE**, Professeur, Université Paris XIII,  
Membre

**M. Bernard HAFTEL**, Professeur, Université Paris XIII, Président du Jury



*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



Mes remerciements les plus sincères et les plus chaleureux vont à tous ceux qui m'ont aidée au cours de ce travail.

À Monsieur le Professeur Mustapha MEKKI, pour sa disponibilité et ses conseils si précieux.

À mes parents et mon frère, pour leur soutien indéfectible.

À Vincent, Frédérique, Natacha, Hadrien et Anne, pour leur extrême bienveillance et leurs vifs encouragements.



## LISTE DES ABRÉVIATIONS

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Act. Jurispr.               | Actualité jurisprudentielle  |
| <i>Adde</i>                 | Également  |
| A.J.C.A.                    | Actualité juridique contrats d'affaires – concurrence – distribution                 |
| A.J. Contrat                | Actualité juridique contrat  |
| A.J.D.I.                    | Actualité juridique de droit immobilier  |
| Al.                         | Alinéa   |
| <i>Alii</i>                 | <i>Alii auctores</i> (autres auteurs)  |
| A.N.                        | Assemblée nationale  |
| A.P.D.                      | Archives de philosophie du droit   |
| Art.                        | Article  |
| B.O.C.C.R.F.                | Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes |
| B.S. Lefebvre               | Bulletin social Francis Lefebvre   |
| B.T.                        | Bulletin des transports  |
| Bull. ass. plén.            | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière)                     |
| Bull. ch. avoués            | Bulletin de la chambre des avoués près la Cour de Paris                              |
| Bull. civ.                  | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)                       |
| Bull. crim.                 | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)                     |
| Bull. Joly                  | Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)                                   |
| Bull. soc. lég. comp.       | Bulletin de la Société de législation comparée                                       |
| C.A.                        | Cour d'appel   |
| Cah.                        | Cahiers  |
| Cah. dr. entr.              | Cahiers de droit de l'entreprise   |
| Cass.                       | Cassation  |
| Cass. 1 <sup>re</sup> civ.  | Première Chambre civile de la Cour de cassation                                      |
| Cass. 2 <sup>ème</sup> civ. | Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation                                      |
| Cass. 3 <sup>ème</sup> civ. | Troisième Chambre civile de la Cour de cassation                                     |
| Cass. ass. plén.            | Cour de cassation réunie en Assemblée plénière                                       |
| Cass. ch. mixte             | Cour de cassation réunie en Chambre mixte  |
| Cass. ch. réunies           | Cour de cassation en Chambres réunies  |
| Cass. civ.                  | Chambre civile de la Cour de cassation   |
| Cass. com.                  | Chambre commerciale de la Cour de cassation  |
| Cass. crim.                 | Chambre criminelle de la Cour de cassation   |
| Cass. req.                  | Chambre des requêtes de la Cour de cassation   |
| Cass. soc.                  | Chambre sociale de la Cour de cassation  |
| C. assur.                   | Code des assurances  |
| C.C.                        | Conseil constitutionnel  |
| C.C.C.                      | Contrats, concurrence, consommation  |
| C.C.E.                      | Communication commerce électronique  |
| C.C.H.                      | Code de la construction et de l'habitation   |
| C. civ.                     | Code civil   |
| C. com.                     | Code de commerce   |
| C. consom.                  | Code de la consommation  |

|                   |   |
|-------------------|---|
| C.E.              | Conseil d'Etat  |
| Cep.              | Cependant   |
| C. expr.          | Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique     |
| Chap.             | Chapitre  |
| Chr.              | Chronique   |
| Circ.             | Circulaire  |
| C. just. adm.     | Code de justice administrative                            |
| C. mon. fin.      | Code monétaire et financier                               |
| Coll.             | Collection  |
| Comm.             | Commission  |
| Comp.             | Comparer  |
| Concl.            | Conclusion  |
| Cons. conc.       | Conseil de la concurrence                                 |
| Cons. prud'h.     | Conseil des prud'hommes                                   |
| <i>Contra</i>     | En sens contraire   |
| Conv. E.D.H.      | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme |
| Cour E.D.H.       | Cour européenne des droits de l'homme                     |
| C.P.C.            | Code de procédure civile                                  |
| C. pén.           | Code pénal  |
| C.P.I.            | Code de la propriété intellectuelle                       |
| C. pr. pén.       | Code de procédure pénale                                  |
| Crit.             | Critique  |
| C. rur.           | Code rural et de la pêche maritime                        |
| C. santé publ.    | Code de la santé publique                                 |
| C.S.B.P.          | Cahiers sociaux du barreau de Paris                       |
| C. séc. soc.      | Code de la Sécurité sociale                               |
| C. trav.          | Code du travail   |
| D.                | Dalloz  |
| D. aff.           | Dalloz affaires   |
| D.C.              | Décision du Conseil constitutionnel                       |
| déc.              | Décision  |
| décr.             | Décret  |
| Defrénois         | Répertoire du Notariat Defrénois                          |
| D.H.              | Dalloz hebdomadaire                                       |
| dict.             | Dictionnaire  |
| dir.              | Sous la direction de                                      |
| Doc. franç.       | Documentation française                                   |
| Doctr.            | Doctrine  |
| D.P.              | Dalloz périodique   |
| D.P.C.I.          | Droit et pratique du commerce international               |
| Dr. et patrimoine | Droit et patrimoine                                       |
| Dr. et proc.      | Droit et procédures (ancienne Revue des huissiers)        |
| Dr. fam.          | Droit de la famille                                       |
| Dr. pén.          | Droit pénal (Revue du juris-classeur)                     |
| Dr. soc.          | Droit social  |
| Dr. sociétés      | Droit des sociétés  |
| éd.               | Edition   |

|                    |   |
|--------------------|---|
| esp.               | Espèce  |
| ex.                | Exemple   |
| Fasc.              | Fascicule   |
| Gaz. Pal.          | Gazette du Palais   |
| <i>Ibid.</i>       | <i>Ibidem</i>   |
| <i>In</i>          | Dans  |
| <i>Infra</i>       | Voir ci-dessous   |
| I.R.               | Informations rapides  |
| J.-Cl. civ.        | Juris-classeur Civil  |
| J.-Cl. conc. cons. | Juris-classeur Concurrence-consommation                               |
| J.-Cl. pr. civ.    | Juris-classeur Procédure civile                                       |
| J.C.P. (E)         | La Semaine juridique (juris-classeur périodique), édition entreprises |
| J.C.P. (G)         | La Semaine juridique (juris-classeur périodique), édition générale    |
| J.C.P. (N)         | La Semaine juridique (juris-classeur périodique), édition notariale   |
| J.C.P. (S)         | La Semaine juridique (juris-classeur périodique), édition sociale     |
| J.D.I.             | Journal du droit international (Clunet)                               |
| J.O.               | Journal officiel (Lois et décrets)                                    |
| J.O.A.N.           | Journal officiel de l'Assemblée Nationale                             |
| Journ. sociétés    | Journal des sociétés  |
| Jur.               | Jurisprudence   |
| Légicom            | Revue trimestrielle du droit de la communication                      |
| L.G.D.J.           | Librairie générale de droit et de jurisprudence                       |
| Loc. cit.          | <i>Loco citato</i> (à l'endroit cité)                                 |
| L.P.F.             | Livre des procédures fiscales   |
| mod.               | Modifié   |
| n°                 | Numéro  |
| N.C.P.C.           | Nouveau code de procédure civile                                      |
| Obs.               | Observations  |
| <i>Op. cit.</i>    | <i>Opus citatum</i> (œuvre citée)                                     |
| Option finance     | Revue Option finance  |
| Ord.               | Ordonnance  |
| P.A.               | Les Petites Affiches  |
| pp.                | Pages   |
| Préc.              | Précité   |
| Préf.              | Préface   |
| P.U.A.M.           | Presses universitaires d'Aix-Marseille                                |
| P.U.F.             | Presses universitaires de France                                      |
| Q.P.C.             | Question prioritaire de constitutionnalité                            |
| Rapp.              | Rapport   |
| Rapp. Cour cassat. | Rapport de la Cour de cassation                                       |
| Rappr.             | Rapproché   |
| R.C.A.             | Responsabilité civile et assurances                                   |
| R.C.D.I.P.         | Revue critique de droit international privé                           |

|                          |   |
|--------------------------|---|
| R.D.A.                   | Revue de droit d'Assas  |
| R.D.A.I.                 | Revue de droit des affaires internationales                           |
| R.D. banc. et fin.       | Revue de droit bancaire et financier                                  |
| R.D.C.                   | Revue des contrats  |
| R.D. imm.                | Revue de droit immobilier   |
| R.D. rur.                | Revue de droit rural  |
| R.D.S.S.                 | Revue de droit sanitaire et social                                    |
| R.D.T.                   | Revue de droit du travail   |
| R.D.T.I.C.               | Revue de droit des techniques de l'information et de la communication |
| Réf.                     | Ordonnance de référé  |
| Rép. civ.                | Répertoire Dalloz de droit civil                                      |
| Rép. com.                | Répertoire Dalloz de droit commercial                                 |
| Rép. pr. civ.            | Répertoire Dalloz de procédure civile                                 |
| Rev. arb.                | Revue de l'arbitrage  |
| Rev. bar.                | Revue du barreau du Québec  |
| Rev. huissiers           | Revue des huissiers de justice  |
| Rev. jud. Ouest          | Revue judiciaire de l'Ouest   |
| Rev. jurid. Centre Ouest | Revue juridique du Centre Ouest                                       |
| Rev. loyers              | Revue des loyers  |
| Rev. soc.                | Revue des sociétés  |
| R.G.D.A.                 | Revue générale du droit des assurances                                |
| R.G.D.P.                 | Revue générale des procédures   |
| R.I.D.C.                 | Revue internationale de droit comparé                                 |
| R.I.D.E.                 | Revue internationale de droit économique                              |
| R.J.C.                   | Revue de jurisprudence commerciale                                    |
| R.J.D.A.                 | Revue de jurisprudence de droit des affaires                          |
| R.J.S.                   | Revue de jurisprudence sociale  |
| R.J.P.F.                 | Revue juridique personnes et famille                                  |
| R.L.D.A.                 | Revue Lamy droit des affaires   |
| R.L.D.C.                 | Revue Lamy droit civil  |
| R.L.D.I.                 | Revue Lamy droit de l'immatériel                                      |
| R.R.J.                   | Revue de recherche juridique – Droit prospectif                       |
| R.S.C.                   | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé                 |
| R.T.D. civ.              | Revue trimestrielle de droit civil                                    |
| R.T.D. com.              | Revue trimestrielle de droit commercial                               |
| R.T.D. eur.              | Revue trimestrielle de droit européen                                 |
| R.T.D.H.                 | Revue trimestrielle des droits de l'homme                             |
| S.                       | Sirey   |
| sect.                    | Section   |
| sol.                     | Solution  |
| sol. impl.               | Solution implicite  |
| Somm. comm.              | Sommaires commentés   |
| spéc.                    | Spécialement  |
| ss.                      | Suivantes   |
| ss-sect.                 | Sous-section  |
| suppl.                   | Supplément  |

|                       |  |
|-----------------------|--|
| <i>supra</i>          | Voir ci-dessus                               |
| T.A.S.S.              | Tribunal des affaires de la sécurité sociale |
| T. com.               | Tribunal de commerce                         |
| T. confl.             | Tribunal des conflits                        |
| T.G.I.                | Tribunal de grande instance                  |
| <i>Th.</i>            | Thèse  |
| Trav. Capitant        | Travaux de l'Association Henri Capitant      |
| v.                    | Voir   |
| V° ou V <sup>is</sup> | <i>Verbo</i> (mot) ou <i>Verbis</i> (mots)   |
| Vol.                  | Volume                                       |



# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

### PREMIÈRE PARTIE – LA GESTION LÉGALE DU DOUTE PROBATOIRE

#### *TITRE I – LA RÉDUCTION DU DOUTE PROBATOIRE*

CHAPITRE I – LES MODÉRATEURS SUBSTANTIELS

CHAPITRE II – LES MODÉRATEURS PROCESSUELS

*Conclusion du Titre I*

#### *TITRE II – LE TRAITEMENT DU DOUTE PROBATOIRE*

CHAPITRE I – LE FONDEMENT TECHNIQUE

CHAPITRE II – LE FONDEMENT TÉLÉOLOGIQUE

*Conclusion du Titre II*

*Conclusion de la première partie*

### DEUXIÈME PARTIE – LA GESTION CONVENTIONNELLE DU DOUTE PROBATOIRE

#### *TITRE I – L'ANTICIPATION DU DOUTE PROBATOIRE*

CHAPITRE I – LA GESTION DIRECTE

CHAPITRE II – LA GESTION INDIRECTE

*Conclusion du Titre I*

#### *TITRE II – L'INTANGIBILITÉ DU DOUTE PROBATOIRE*

CHAPITRE I – LES LIMITES SUBSTANTIELLES

CHAPITRE II – LES LIMITES PROCESSUELLES

*Conclusion du Titre II*

*Conclusion de la deuxième partie*

*Conclusion générale*

*Bibliographie*

*Index alphabétique*

*Table analytique*

# INTRODUCTION

QUE NOUS AVONS LE DOUTE EN NOUS.

A MADEMOISELLE LOUISE B.

« [...] *Je vous dirai qu'en moi je porte un ennemi,  
Le doute, qui m'emmène errer dans le bois sombre,  
Spectre myope et sourd, qui, fait de jour et d'ombre,  
Montre et cache à la fois toute chose à demi !* »

Octobre 1834.

Œuvres complètes de Victor Hugo, Poésie, V. Les chants du crépuscule,  
Paris, Eugène Renduel, 1835, pp. 317 et ss., spéc. p. 321.

**1. L'intérêt pratique de la preuve.** En affirmant que « *La preuve double le droit, comme l'ombre suit le corps* », H. ROLAND et L. BOYER tendent à faire comprendre que « *le droit est inséparable de la preuve* »<sup>1</sup>. Cette conclusion peut alors paraître excessive, parce que le droit peut exister indépendamment de toute preuve. Toutefois, elle devient exacte dès lors que le droit est contesté. Comme l'explique Ch. ALBIGES, « *Si un droit subjectif existe, par principe, indépendamment de sa preuve, cette dernière se révèle essentielle, spécialement en cas de litige, le droit non respecté n'étant pas protégé par l'autorité publique si son existence n'est pas au préalable prouvée* »<sup>2</sup>. En définitive, « *pas de preuve, pas de droit* »<sup>3</sup> !

D'ailleurs, en science juridique, l'importance pratique de la preuve a toujours été une constante et anxieuse préoccupation des écoles ou auteurs soucieux de sociologie, de justice concrète et de sens pratique<sup>4</sup>. Les juristes romains enseignaient en contentieux que « *Ne pas*

---

<sup>1</sup> H. ROLAND & L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999, n° 161, pp. 312 et ss., spéc. p. 312.

<sup>2</sup> Ch. ALBIGES, *Introduction au droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Coll. Paradigme – Manuels, 2017, n° 402, p. 255.

<sup>3</sup> Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *Introduction au droit*, 6<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., Coll. Droit civil, 2016, n° 202, p. 173.

<sup>4</sup> En ce sens, v. J.-P. GRIDEL, *Le Droit, Présentation, Définitions commentées et notions de base (Les êtres humains, les personnes morales, leurs statuts et leurs droits – Les choses, le patrimoine, la preuve, les sources du droit)*, P.U.A.M., 2012, n° 304, pp. 306 et ss., spéc. p. 306.

être ou ne pas être prouvé, c'est tout un » (« *Idem est non esse et non probari* »)<sup>5</sup> et le juriste allemand IHERING qualifiait la preuve de « *rançon des droits* » au XX<sup>ème</sup> siècle<sup>6</sup>.

**2. Le terrain de prédilection de la preuve.** À l'aune de cet intérêt pratique, la preuve est alors essentiellement judiciaire et intimement liée au procès.

Certes, il arrive régulièrement qu'en dehors de tout litige, il faille justifier de son état, de son identité, de sa nationalité, d'une qualité spécifique ou d'un droit particulier auprès de l'Administration, des autorités de police, des banques, des notaires, voire des commerçants : la preuve peut dès lors être extra-judiciaire<sup>7</sup>.

Pour autant, comme le précise clairement J.-L. BERGEL, « *Le procès est évidemment le lieu privilégié dans lequel vit le problème de la preuve* »<sup>8</sup>.

Ainsi, la preuve judiciaire est le fruit d'une collaboration entre chacune des parties et le juge, qui varie en fonction de la nature du procès : lorsqu'il est accusatoire, les parties ont un rôle prépondérant en matière probatoire ; à l'inverse, lorsqu'il est inquisitoire, le juge est plus actif<sup>9</sup>. Le premier système se rapprocherait du modèle romano-germanique, tandis que le second traduirait celui de common law<sup>10</sup>. Cependant, cette distinction ne correspond plus au procès français, notamment civil<sup>11</sup>. En effet, les parties ont toujours un rôle essentiel, car elles doivent prouver les faits allégués au soutien de leurs prétentions<sup>12</sup>, mais le juge dispose désormais de larges pouvoirs généraux, comme celui d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles<sup>13</sup>.

En outre, la preuve judiciaire est très différente des preuves employées dans d'autres domaines, notamment ceux historique ou scientifique.

---

<sup>5</sup> H. ROLAND & L. BOYER, *ibid.*, n° 161, pp. 312 et ss., spéc. p. 312.

<sup>6</sup> En ce sens, v. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *ibid.*, n° 202, p. 173.

<sup>7</sup> En ce sens, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd. mise à jour, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2016, n° 261, pp. 430 et ss., spéc. p. 430.

<sup>8</sup> J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 264, pp. 435 et ss., spéc. p. 435.

<sup>9</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *Le risque de la preuve, Le point de vue du juriste*, in Droit et économie du procès civil, dir. D. COHEN, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Droit & Économie, 2010, pp. 195 et ss., spéc. p. 197.

<sup>10</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, p. 197.

<sup>11</sup> Sur la remise en cause de cette distinction, v. C. AMBROISE-CASTÉROT, V<sup>is</sup> Procédure accusatoire / Procédure inquisitoire, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., Coll. Grands dictionnaires, 2004, pp. 1058 et ss., spéc. pp. 1061 et ss.

<sup>12</sup> Art. 6 et 9 du C.P.C.

<sup>13</sup> Art. 10 du C.P.C.

À dire vrai, la preuve donne toujours lieu à une démarche intellectuelle similaire ; elle tend à établir la véracité d'une proposition<sup>14</sup> : « *toute preuve comprend au moins deux faits distincts : l'un qu'on peut appeler le fait principal, celui dont il s'agit de prouver qu'il existe ou qu'il n'existe pas ; l'autre le fait probatoire, celui qui est employé à prouver le oui ou le non du fait principal. Toute décision fondée sur une preuve procède donc par voie de conclusion : Tel fait étant donné, je conclus à l'existence de tel autre* »<sup>15</sup>.

Néanmoins, la preuve judiciaire est soumise à des règles et procédures extrêmement contraignantes<sup>16</sup>. Par exemple, à l'inverse de l'historien, le juge doit quelquefois préférer des preuves à d'autres<sup>17</sup>, voire en écarter, soit parce qu'elles sont interdites<sup>18</sup>, soit parce qu'elles ne respectent pas les formes exigées par la loi<sup>19</sup>.

De surcroît, la preuve judiciaire vise à terminer un procès. Par exemple, à l'inverse de l'historien, le juge ne peut pas laisser la question en suspens faute d'aboutir à une certitude ; il ne peut pas se dispenser de prendre parti<sup>20</sup>. De plus, le juge ne peut pas remettre en cause la force des preuves admises par une décision revêtue de la chose jugée, alors que l'historien peut réviser ses opinions et le scientifique réaliser des vérifications et rectifier ses erreurs<sup>21</sup>.

D'ailleurs, si la preuve judiciaire peut désormais consister en une preuve scientifique, elle n'en garde pas moins son originalité<sup>22</sup>. En effet, les mesures d'expertise sont dorénavant extrêmement courantes dans le procès. L'expertise biologique est même de droit en matière de filiation, sauf motif légitime<sup>23</sup>. Cette place accordée à la preuve scientifique apparaît alors naturelle dans le but d'établir objectivement des faits conditionnant la mise en œuvre de la

---

<sup>14</sup> En ce sens, v. par ex., J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1994, n° 627, pp. 600 et ss., spéc. p. 600.

<sup>15</sup> J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires* (par Ét. DUMONT), Tome I, Paris, Bossange frères, 1823, p. 16.

<sup>16</sup> Sur la preuve judiciaire, v. not. P. FORIERS, *Considérations sur la preuve judiciaire*, in *La preuve en droit* par Ch. PERELMAN & P. FORIERS, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 315 et ss.

<sup>17</sup> Par ex., les preuves écrites pour prouver un acte juridique.

<sup>18</sup> Par ex., les témoignages des descendants sur les griefs invoqués par les époux à l'appui de leur demande en divorce ou en séparation de corps.

<sup>19</sup> Par ex., les témoignages recueillis par écrit doivent suivre la forme d'une attestation, qui est définie par l'art. 199 du C.P.C. et réglementée aux art. 200 à 203 de ce Code.

<sup>20</sup> En ce sens, v. not. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, n° 627, pp. 600 et ss., spéc. p. 600.

<sup>21</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 206, pp. 176 et ss., spéc. pp. 177 et ss.

<sup>22</sup> En ce sens, v. not. M. MEKKI, *Preuve et vérité en France*, in *La preuve*, Trav. Capitant, Tome LXIII / 2013, Bruylant & LB2V, 2015, pp. 815 et ss., spéc. n° 13 et ss., pp. 823 et ss.

<sup>23</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 103.

règle de droit<sup>24</sup>. Néanmoins, la preuve scientifique ne doit pas être confondue avec la preuve judiciaire : seul le juge dit le droit, l'expert n'a pas de compétence juridique<sup>25</sup>.

**3. La définition de la preuve.** Reste que définir la preuve dans le domaine du droit n'est pas aisé ! G. CORNU faisait valoir que « *beaucoup de mots ont plusieurs sens et que certains n'ont pas une signification évidente* »<sup>26</sup>. Or, la preuve fait indéniablement partie de ceux-ci !

Usuellement, la preuve est « *Ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait* »<sup>27</sup> ; elle est « *Ce qui démontre, établit la vérité de quelque chose* »<sup>28</sup>.

Néanmoins, en droit, la preuve n'est pas seulement une démonstration, une « *simple activité intellectuelle* »<sup>29</sup>. Elle est aussi un « *moyen* »<sup>30</sup>, un « *procédé technique* »<sup>31</sup>. D'ailleurs, cette conclusion est quelquefois exprimée en philosophie : si « *La preuve est, en général, un raisonnement* », elle ne l'est « *pas toujours* »<sup>32</sup>. Autrement dit, la preuve est non seulement le « *raisonnement destiné à convaincre le juge de la réalité d'une proposition* », mais encore le « *moyen d'établir la vérité prétendue* »<sup>33</sup>. En somme, elle est « *une opération intellectuelle doublée d'une opération matérielle* »<sup>34</sup>.

**4. L'organisation et l'évolution du droit de la preuve.** En France, sans être une branche du droit à part entière comme dans les pays anglo-saxons, la preuve est alors soigneusement organisée, tant en matière civile que pénale.

En effet, en s'en tenant uniquement à la matière civile<sup>35</sup>, le droit français de la preuve est gouverné par une *summa divisio* entre les règles de fond et les règles de procédure<sup>36</sup> : les

---

<sup>24</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, n° 14, pp. 823 et ss., spéc. p. 824.

<sup>25</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, n° 15, pp. 824 et ss., spéc. p. 825.

<sup>26</sup> G. CORNU, *Les définitions dans la loi*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, pp. 77 et ss., n° 3, pp. 78 et ss., spéc. p. 78.

<sup>27</sup> É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française, Tome III*, Hachette et C<sup>ie</sup>, 1874, V° Preuve, p. 1310.

<sup>28</sup> I. JEUGE-MAYNART (dir.), *Le petit Larousse illustré 2018*, Larousse, 2017, V° Preuve, p. 930.

<sup>29</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2013, n° 250, pp. 839 et ss., spéc. p. 839.

<sup>30</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Quadriges, 2018, V° Preuve, p. 802.

<sup>31</sup> Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2015, n° 564, pp. 471 et ss., spéc. p. 471.

<sup>32</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Préf. R. POIRIER, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Quadriges-Dicos poche, 2010, V° Preuve, pp. 822 et ss., spéc. p. 823.

<sup>33</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 250, pp. 839 et ss., spéc. p. 839.

<sup>34</sup> M. MEKKI, *La fondamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dangers d'un « droit à la vérité »*, R.D.A., octobre 2015, pp. 58 et ss., spéc. n° 3, p. 60.

<sup>35</sup> La matière pénale est exclue.

premières, qui forment en quelque sorte le droit matériel de la preuve, sont celles relatives à l'objet de la preuve, à la charge de la preuve, aux modes de preuve et à leur valeur probante, tandis que les secondes, qui forment en quelque sorte le droit procédural de la preuve, sont celles relatives à l'administration judiciaire de la preuve<sup>37</sup>.

D'ailleurs, en s'en tenant à nouveau à la matière civile, le droit français de la preuve a profondément changé et évolué au fil des siècles, en particulier les modes de preuve.

Ainsi, à partir du V<sup>ème</sup> siècle, suite aux Invasions barbares, il a redécouvert les preuves surnaturelles, qui faisaient dépendre l'issue du litige d'un signe divin. L'ordalie – qui provient de l'allemand *Gottesurteil* et qui signifie « jugement de Dieu »<sup>38</sup> – en était alors l'archétype<sup>39</sup> et se déclinait sous des formes très variées<sup>40</sup>. Toutefois, au X<sup>ème</sup> siècle, le duel judiciaire avait a priori acquis une place centrale et faisait office de « *preuve des preuves* »<sup>41</sup>. Il présentait un caractère irréfragable et permettait de vérifier la véracité de témoignages ou d'écrits<sup>42</sup>. Pour autant, les preuves surnaturelles, devant lesquelles la raison humaine devait nécessairement abdiquer, avaient un rôle subsidiaire par rapport aux preuves matérielles, rationnelles ; elles étaient simplement utilisées faute de mieux<sup>43</sup>.

Puis, à partir du XIII<sup>ème</sup> siècle, il a progressivement accueilli les preuves réglementées. En effet, une hiérarchie des preuves a été édiflée, qui réglait non seulement l'admissibilité et l'autorité de chacune d'elles, mais également la préférence entre elles en cas de conflit<sup>44</sup>. Au sommet, se situait la notoriété, qui dispensait de toute preuve, dont le régime a été appliqué postérieurement à l'aveu en justice, à l'autorité de la chose jugée et à la présomption légale, relative ou irréfragable<sup>45</sup>. Au-dessous, se situaient la preuve pleine (*probatio plena*), comme la déposition de deux témoins ou un acte écrit (avec préférence, depuis le Pape Innocent III,

---

<sup>36</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 251, pp. 840 et ss., spéc. p. 840.

<sup>37</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 251, pp. 840 et ss., spéc. p. 840.

<sup>38</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2010, n° 579, pp. 879 et ss., spéc. p. 880.

<sup>39</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours*, in *La preuve*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Tome XVII, Bruxelles, éd. de la Librairie encyclopédique, 1965, pp. 9 et ss., spéc. p. 13.

<sup>40</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *art. préc.*, pp. 14 et ss.

<sup>41</sup> En ce sens, v. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *Droit de la preuve*, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2015, n° 47, pp. 46 et ss., spéc. p. 47.

<sup>42</sup> En ce sens, v. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *ibid.*, n° 47, pp. 46 et ss., spéc. p. 47.

<sup>43</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *art. préc.*, p. 13.

<sup>44</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *art. préc.*, p. 38.

<sup>45</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *art. préc.*, p. 38.

pour le témoignage), puis la preuve semi-pleine (*probatio semiplena*), comme le témoignage unique et les présomptions de l'homme<sup>46</sup>. En outre, des raisonnements arithmétiques, avec additions et soustractions de preuves pleines et semi-pleines, existaient<sup>47</sup>.

Pendant environ trois siècles, la preuve testimoniale a alors été nettement préférée à la preuve littérale<sup>48</sup> et le droit coutumier en a tiré l'adage « *Témoins passent lettres* »<sup>49</sup>.

Cependant, au cours du XVI<sup>ème</sup> siècle, la preuve littérale s'est renforcée, au détriment des témoignages, en raison de l'évolution de la société. En effet, l'instruction s'est fortement répandue et le notariat s'est solidement organisé. Ainsi, en 1566, l'ordonnance de Moulins a exigé de passer un écrit pour toute somme supérieure à 100 livres et proscrit de prouver par témoins « *contre et outre le contenu au contrat* »<sup>50</sup>. En outre, en 1667, la grande ordonnance civile a repris ces dispositions, tout en les étendant aux actes dont la valeur était inférieure à 100 livres, et donné préférence à l'acte écrit, en cas de contradiction<sup>51</sup>. L'adage était dès lors devenu « *Lettres passent témoins* », même si l'ordonnance laissait encore une place de choix à l'oralité<sup>52</sup>.

Or, depuis cette époque, la prééminence de la preuve écrite n'a jamais été remise en cause. Elle a été conservée par le droit révolutionnaire et reprise par le Code civil de 1804<sup>53</sup>.

Au regard de l'histoire du droit français de la preuve, la recherche de la vérité a donc été longtemps secondaire dans le procès civil, notamment pendant le Moyen-Âge et l'Ancien Régime.

D'ailleurs, de nos jours, la finalité essentielle des règles de preuve ne semble toujours pas la quête de la vérité. Elle est plus modestement la conviction du juge, comme le révèlent la majeure partie des définitions juridiques de la preuve, qui diffèrent peu d'une procédure à l'autre, voire même d'un pays à l'autre.

---

<sup>46</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *art. préc.*, pp. 38 et ss.

<sup>47</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *ibid.*, n° 579, pp. 879 et ss., spéc. p. 880.

<sup>48</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY, *art. préc.*, p. 58.

<sup>49</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 587, pp. 891 et ss., spéc. p. 891.

<sup>50</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 588, p. 892.

<sup>51</sup> En ce sens, v. J.-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *ibid.*, n° 588, p. 892.

<sup>52</sup> En ce sens, v. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 55 et ss., pp. 54 et ss.

<sup>53</sup> En ce sens, v. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 59, p. 59 ainsi que n° 61 et ss., pp. 60 et ss.

Point alors la survenance de l'hypothèse, parfois envisagée à l'occasion d'une analyse de la « charge de la preuve », où la preuve n'emporte pas la conviction du juge, dans un sens ou dans l'autre, et laisse place au doute.

Néanmoins, à bien y réfléchir, le doute ne saurait être cantonné à l'état d'incertitude de l'esprit du juge à l'issue de l'examen des éléments de preuve des parties. À dire vrai, il est manifestement omniprésent en matière probatoire ; il peut aussi être rattaché à l'objet de la preuve, aux modes de preuve et à leur force probante.

En matière probatoire, le doute constitue dès lors une difficulté, non seulement pour le législateur et le juge, soucieux d'organiser au mieux la justice et de rendre la « meilleure » décision, mais aussi pour les parties, désireuses de ne pas en subir les conséquences.

En définitive, le doute probatoire doit être précisément identifié (§ I) et efficacement géré (§ II).

## § I – L'identification du doute probatoire

**5. Le doute au sens commun.** D'une manière générale, le doute peut être défini comme un état d'incertitude de l'esprit : « *Incertitude, ou Ce qui cause l'incertitude* »<sup>54</sup> ; « *Incertitude où l'on est sur la réalité d'un fait, la vérité d'une assertion* »<sup>55</sup> ; « *État de l'esprit qui doute, qui est incertain de la réalité d'un fait, de la vérité d'une énonciation, de la conduite à adopter dans une circonstance particulière* »<sup>56</sup> ; « *État d'incertitude sur la réalité d'un fait, l'exactitude d'une déclaration ; indécision qui en résulte* »<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> *Dictionnaire de l'Académie française, Tome I*, 6<sup>ème</sup> éd., Firmin Lidot frères, 1835, V° Doute, p. 582.

<sup>55</sup> É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française, Tome II*, Hachette et C<sup>ie</sup>, 1874, V° Doute, p. 1233.

<sup>56</sup> P. ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2<sup>ème</sup> éd. entièrement revue et enrichie par A. REY, Le Robert, 1985, V° Doute, p. 654.

<sup>57</sup> I. JEUGE-MAYNART (dir.), *dict. préc.*, V° Doute, p. 396. En ce sens, v. égal. *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, Tome IV*, Larousse, 1983, V° Doute, p. 3385 : « *État de qqn qui ne sait que croire, qui hésite à prendre parti ; incertitude, indécision* » ; P. IMBS (dir.), *Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789-1960), Tome VII*, Centre national de la recherche scientifique, 1979, V° Doute, p. 470 : « *État naturel de l'esprit qui s'interroge, caractérisé à des degrés différents soit par l'incertitude concernant l'existence ou la réalisation d'un fait, soit par l'hésitation sur la conduite à tenir, soit par la suspension du jugement entre deux propositions contradictoires* » ; A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française, Tome I*, Le Robert, 2012, V° Doubter, pp. 1076 et ss., spéc. p. 1076 : « *Le déverbal DOUTE n. m. a suivi le même développement, perdant son sens initial de « crainte, peur » (1050), très fréquent au moyen âge, pour désigner l'hésitation, l'incertitude (v. 1155), quelquefois avec une nuance de soupçon ou de manque de confiance (fin XV<sup>e</sup> s.)* ».

**6. Le doute au sens philosophique.** D'ailleurs, il est pareillement défini dans le domaine de la philosophie.

Certes, le doute revêt deux formes : le « *doute naturel, qui accompagne l'absence de connaissances certaines* », et le « *doute méthodique ou philosophique, qui consiste à douter de toutes nos connaissances, même de notre perception des choses du monde, tant que nous ne connaissons pas le principe de tout savoir* »<sup>58</sup>. La seconde forme de doute est alors prônée par PLATON, DESCARTES ou FICHTE<sup>59</sup>. Toutefois, d'une manière générale, le doute renvoie là encore à un état d'incertitude de l'esprit : « *État de l'esprit qui se demande si un fait est réel ou non, si une proposition est vraie ou fausse* »<sup>60</sup> ; « *Incertain de l'esprit, refus d'affirmer ou de nier* »<sup>61</sup> ; « *État de l'esprit qui, sollicité par des données (sensations ou propositions) ou par des possibilités d'action non concordantes, oscille entre elles sans parvenir à fixer son attention sur l'une d'elles d'une façon définitive* »<sup>62</sup>.

**7. Le doute au sens juridique.** En revanche, le doute semble bien plus difficile à définir juridiquement, quoique très souvent employé. À dire vrai, le mot « doute » apparaît dans la loi (par exemple, dans le Code civil<sup>63</sup>, dans le Code de commerce<sup>64</sup>, dans le Code du travail<sup>65</sup>, dans le Code de la consommation<sup>66</sup>, dans le Code monétaire et financier<sup>67</sup>, dans le Code de la propriété intellectuelle<sup>68</sup> ou dans le Code de procédure pénale<sup>69</sup>) et dans des décrets (par exemple, récemment, le décret n° 2013-1261 du 27 décembre 2013 relatif à la vente et à la mise à disposition du public de certains appareils utilisant des rayonnements ultraviolets, le décret n° 2015-1740 du 24 décembre 2015 relatif aux modalités de vérification d'un acte de

---

<sup>58</sup> D. JULIA, *Dictionnaire de la philosophie*, Larousse, Coll. Références Larousse – Sciences de l'homme, 1991, V° Doute, p. 66.

<sup>59</sup> En ce sens, v. D. JULIA, *dict. préc.*, V° Doute, p. 66.

<sup>60</sup> P. FOULQUIÉ (avec la collaboration de R. SAINT-JEAN), *Dictionnaire de la langue philosophique*, P.U.F., 1962, V° Doute, pp. 188 et ss., spéc. p. 188. D'ailleurs, est opposé au « *doute méthodique* » le « *doute sceptique* », v. en ce sens, P. FOULQUIÉ (avec la collaboration de R. SAINT-JEAN), *dict. préc.*, V° Doute, pp. 188 et ss., spéc. p. 189. Toutefois, J.-D. BREDIN, V° Doute, in L. CADIET (dir.), *dict. préc.*, pp. 352 et ss., spéc. p. 352, souligne que « *Le doute sceptique [...] conduit à la négation de la justice, et même, comme l'observait François Terré (1994), à la négation du droit* ».

<sup>61</sup> D. JULIA, *dict. préc.*, V° Doute, p. 66.

<sup>62</sup> A. LALANDE, *dict. préc.*, V° Doute, pp. 249 et ss., spéc. p. 250.

<sup>63</sup> Art. 388, 1190, 1158 et 900-3 du C. civ.

<sup>64</sup> V. par ex., art. L. 824-11, L. 722-18 et L. 430-5 du C. com.

<sup>65</sup> V. par ex., art. L. 1235-1, L. 1225-3, L. 1333-1, L. 1421-2 et R. 4424-9 du C. trav.

<sup>66</sup> V. par ex., art. L. 113-1, L. 211-1 et L. 521-12 du C. consom.

<sup>67</sup> Art. L. 621-15 et L. 612-38 du C. mon. fin.

<sup>68</sup> Art. L. 113-6 du C.P.I.

<sup>69</sup> V. par ex., art. 803-5, 304 et 622 du C.P.P.

l'état civil étranger ou le décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable)<sup>70</sup>. En outre, il apparaît dans de nombreux arrêts (12355 arrêts de la Cour de cassation comportent le mot « doute », dont 2827 publiés au bulletin)<sup>71</sup> et index de certains ouvrages consacrés à l'introduction au droit<sup>72</sup>, à la procédure pénale<sup>73</sup>, au droit des obligations<sup>74</sup>, au droit du travail<sup>75</sup>, au droit des personnes<sup>76</sup> ou au droit pénal<sup>77</sup>. Finalement, le mot « doute » apparaît très régulièrement dans l'intitulé d'articles<sup>78</sup>, de chroniques<sup>79</sup>, de commentaires d'arrêts<sup>80</sup>, de colloques<sup>81</sup>, de thèses<sup>82</sup> ou de mémoires<sup>83</sup>.

---

<sup>70</sup> V. égal. décr. n° 2011-32 du 7 janvier 2011 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de la chiropraxie.

<sup>71</sup> V. Site Légifrance ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)), données collectées le 22 juillet 2018 (une recherche réalisée avec le même mot-clé « doute » permet de dénombrer 9073 arrêts entre 1900 et 2017 sur le Site Dalloz – données collectées le 22 juillet 2018).

<sup>72</sup> V. par ex., J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27<sup>ème</sup> éd. refondue, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2002 ; Fr. TERRÉ, *op. cit.* ; Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*

<sup>73</sup> V. par ex., G. STEFANI, G. LEVASSEUR & B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2016 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 18<sup>ème</sup> éd., Cujas, Coll. Référence, 2015.

<sup>74</sup> V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Droit civil, 2017.

<sup>75</sup> V. J.-Cl. JAVILLIER, *Droit du travail*, 7<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., Coll. Manuels, 1999 ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, 1. Relations individuelles de travail*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, 1992.

<sup>76</sup> V. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, 7<sup>ème</sup> éd., Litec, Coll. Manuels, 2002.

<sup>77</sup> V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20<sup>ème</sup> éd., Cujas, Coll. Référence, 2014 ainsi que *Droit pénal comparé*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2008 ; Fr. DESPORTES & Fr. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16<sup>ème</sup> éd., Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2009 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, 24<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2015. De plus, le mot « doute » apparaît dans les index de certains ouvrages consacrés tant aux locutions latines (H. ROLAND & L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1998) qu'à la philosophie du droit (M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les Carnets*, Préf. Bl. KRIEGL & Fr. TERRÉ, P.U.F., 1995).

<sup>78</sup> V. par ex., dans des revues diverses et variées, I. REGHI, *De quelques réflexions d'un juge civiliste de base saisi par le doute*, J.C.P. (G), 2011, Supplément au n° 26-27 juin 2011, 9, pp. 27 et ss. ; B. DEFOORT, *Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption. Le traitement juridictionnel du doute et l'exigence de précautions dans son application*, R.F.D.A., 2008, pp. 549 et ss. ; D. JEAN-PIERRE, *Les fonctionnaires vaccinés contre l'hépatite B et la sclérose en plaques : les conséquences juridiques du doute scientifique*, J.C.P. (A), 2006, 1104, pp. 605 et ss. ; A. CHIREZ & J. LABIGNETTE, *La place du doute dans le contentieux de la relation de travail*, Dr. soc., 1997, pp. 669 et ss. ; J.-D. BREDIN, *Le doute et l'intime conviction*, Droits n° 23 – La preuve, P.U.F., 1996, pp. 21 et ss.

<sup>79</sup> V. par ex., R. PAUTRAT, *La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement*, D. 1994, Chron., pp. 337 et ss.

<sup>80</sup> V. par ex., plutôt récemment, S. CREVEL, *Autorisation d'exploiter : le doute ne profite pas au cessionnaire*, R.D. rur., 2011, comm. n° 100, p. 34 ; J.-Ph. BUGNICOURT, *Le médecin, le doute et le tiers compétent*, R.L.D.C., février 2009, n° 57, pp. 22 et ss. et *Pluralité des causes possibles : le doute profite à la victime*, R.L.D.C., mai 2009, n° 60, pp. 23 et ss. ; C. LE GALLOU, *Quand le doute entrave la libre rétractation du consommateur...*, R.L.D.C., avril 2008, n° 48, pp. 12 et ss. ; Cl. KLEITZ-BACHELET, *Le doute au secours du demandeur*, R.L.D.C., octobre 2007, n° 42, pp. 26 et ss. ; A. MARON, *Relaxe au bénéficiaire du doute sur... les circonstances*, Dr. pén. 2004, comm. n° 119, pp. 29 et ss. ; S. HOCQUET-BERG, *À qui doit profiter le doute scientifique ?*, R.L.D.C., janvier 2004, n° 1, pp. 11 et ss.

<sup>81</sup> V. *Le doute et le droit*, Dalloz, Coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994.

<sup>82</sup> V. J.-Fr. CESARO, *Le doute en droit privé*, Préf. B. TEYSSIÉ, Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003 ; M.-C. NAGOUAS-GUÉRIN, *Le doute en matière pénale*, Préf. Ph. CONTE, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002.

<sup>83</sup> V. L. MEHUYS, *Le doute et la procédure pénale*, Dir. Cl. SOURZAT, Mémoire de Master 2<sup>ème</sup> année, Dijon, 2012 ; H. ABOUKRAT, *Doute scientifique et vérité judiciaire*, Dir. J.-Cl. BOSSARD, Mémoire de Master 2

Néanmoins, les dictionnaires juridiques, tant anciens que récents, ne fournissent pas une définition commune du doute. D'aucuns le convertissent en bénéfice du doute tout en le rattachant au droit pénal<sup>84</sup> ou à la procédure pénale<sup>85</sup> ; d'autres transposent sa définition principale « courante » à la matière juridique, sans le rattacher à une branche spécifique du droit : le doute est alors défini comme une « *incertitude qui peut porter sur l'existence d'un fait, la valeur d'une preuve, le sens d'un mot ou d'un texte, la justesse d'un raisonnement, la justice d'une solution, la portée d'une règle, etc.* »<sup>86</sup>, ou encore, comme une « *Incertaineté où l'on est sur la vérité d'un fait, d'une proposition, d'une assertion ou de toute autre chose* »<sup>87</sup>.

En définitive, d'un point de vue juridique, le doute suscite deux réflexions différentes. Tantôt, il est renvoyé à une incertitude qui peut porter sur de nombreuses choses : le doute pourrait découler de l'analyse de tout ou presque<sup>88</sup>. Tantôt, il est renvoyé à une règle pénale selon laquelle le prévenu ou l'accusé doit être relaxé ou acquitté en présence d'un doute sur l'existence de l'infraction ou sur sa culpabilité : en matière pénale, le doute obligerait le juge à statuer en faveur du prévenu ou de l'accusé<sup>89</sup>.

**8. La définition du « doute probatoire ».** Ainsi, en confrontant les définitions juridiques du doute à la preuve en matière civile, deux conclusions peuvent semble-t-il être formulées.

D'une part, comme en matière pénale, le doute peut indubitablement envahir le juge à l'issue de l'examen des éléments de preuve des parties<sup>90</sup>.

---

Recherche, Paris II, 2010 ; B. MOLINA-ANDREO, *Le lien de causalité en droit de la responsabilité publique : réflexions sur le traitement du doute*, Mémoire de D.E.A., Bordeaux IV, 2002 ; et, moins récemment, J. THÉRY, *Incidence du doute scientifique sur la responsabilité civile*, Mémoire de D.E.A., Paris I, 1996 ; J.-L. HUDRY, *L'Etat de nature à l'épreuve du doute selon Rousseau*, Mémoire de D.E.A., Paris II, 1995 ; C. POURCELET, *Le doute et le contrat*, Mémoire de D.E.A., Bordeaux I, 1991.

<sup>84</sup> En ce sens, v. R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, 10<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2018, V° Doute, p. 203.

<sup>85</sup> En ce sens, v. S. GUINCHARD & Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017, V° Doute, p. 422 ; S. BISSARDON, *Guide du langage juridique – Vocabulaire, pièges et difficultés*, Préf. D. FLEURIOT, 4<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2013, V° Doute, p. 327 ainsi que V° Bénéfice du doute, pp. 204 et ss.

<sup>86</sup> G. CORNU (dir.), *dict. préc.*, V° Doute, p. 375.

<sup>87</sup> M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Tome V*, 5<sup>ème</sup> éd., Garnery, 1827, V° Doute, p. 411.

<sup>88</sup> En ce sens, v. G. CORNU (dir.), *dict. préc.*, V° Doute, p. 375 ; M. MERLIN, *op. cit.*, V° Doute, p. 411.

<sup>89</sup> En ce sens, v. R. CABRILLAC (dir.), *dict. préc.*, V° Doute, p. 203 ; S. GUINCHARD & Th. DEBARD (dir.), *op. cit.*, V° Doute, p. 422 ; S. BISSARDON, *op. cit.*, V° Doute, p. 327 ainsi que V° Bénéfice du doute, pp. 204 et ss.

<sup>90</sup> Pour une présentation du doute du juge, v. J.-P. ANCEL, *Le doute du magistrat*, in *Le doute et le droit*, Dalloz, Coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, pp. 21 et ss.

La lecture de dispositions spécifiques en attestent<sup>91</sup>, tout comme l'analyse de l'article 1353 du Code civil (ancien article 1315) relatif à la charge de la preuve, car en énonçant « *qui doit prouver* », ce texte répond aussi et surtout à la question « *à qui le juge devra-t-il donner satisfaction lorsque la lumière ne sera pas faite ?* »<sup>92</sup>.

En effet, au fond, peu importe d'où proviennent les éléments de conviction lorsque le juge est à même de prendre une décision. Cependant, quand aucune preuve n'est suffisante, quand le doute est irréductible, le juge ne peut pas refuser de statuer ! Obligé de trancher le litige, il le fera alors à l'encontre de la partie qui supportait le fardeau de la preuve et qui n'a pas emporté sa conviction<sup>93</sup>. D'où le choix de privilégier parfois l'expression de « *risque de la preuve* » à celle de « *charge de la preuve* ».

D'autre part, puisque le doute peut procéder de l'analyse de tout ou presque, il peut par hypothèse naître de l'objet de la preuve, des modes de preuve et de leur force probante.

Effectivement, le doute peut découler des éléments de fait ou de droit à prouver, des moyens à la disposition des parties pour démontrer ce qu'elles invoquent et de l'aptitude de ceux-ci à convaincre le juge lorsqu'ils sont produits à l'instance.

Plus exactement, il peut advenir de la preuve des faits ou des règles de droit ainsi que de la fiabilité et de la force de la preuve.

En d'autres termes, le doute peut évidemment être rattaché à la charge ou au risque de la preuve, comme l'ont déjà fait H. MOTULSKY<sup>94</sup>, R. LEGEAIS<sup>95</sup> ou J.-Fr. CESARO dans leurs thèses respectives<sup>96</sup> ainsi que J. CHEVALIER dans un cours de droit civil approfondi<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> V. par ex., dans le C. trav., les art. L. 1225-3 (embauche, mutation et licenciement d'une femme enceinte), L. 1235-1 (licenciement sans cause réelle et sérieuse) et L. 1333-1 (sanction disciplinaire).

<sup>92</sup> R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, Préf. R. SAVATIER, Thèse Poitiers, 1954, L.G.D.J., 1955, p. 101.

<sup>93</sup> En ce sens, v. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Préf. P. ROUBIER, Thèse Lyon, 1947, Sirey, 1948, n° 117, pp. 130 et ss. : « [...] lorsque la conviction du juge est établie dans un sens ou dans l'autre, il est comme indifférent de savoir à laquelle des deux parties incombe la tâche de la provoquer. Mais quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut être découverte, c'est alors qu'il convient de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve. Comme le juge n'a pas (ou n'a plus en droit moderne) la ressource de renoncer à prendre parti et qu'il doit, dès lors, toujours se prononcer pour l'une ou l'autre des parties, la carence de celle qui se trouve sous le coup de cette charge suffit à entraîner une décision favorable à son adversaire ».

<sup>94</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*

<sup>95</sup> R. LEGEAIS, *th. préc.*

Néanmoins, il peut aussi être associé à l'objet de la preuve, aux modes de preuve et à leur force probante.

Rattaché à ces autres concepts structurant la preuve, le doute peut dès lors prendre quatre formes distinctes et faire l'objet d'une classification générale : il peut être « factuel », « juridique », « matériel » ou « intellectuel ».

Ainsi, le doute « factuel » est celui qui peut advenir de la preuve des faits et le doute « juridique » celui qui peut advenir de la preuve de l'existence, de la teneur ou de la portée des règles de droit. En outre, le doute « matériel » est celui qui peut advenir de la fiabilité de la preuve et le doute « intellectuel » celui qui peut advenir de la force de la preuve.

L'intérêt de cette étude est donc de révéler que le doute est omniprésent en matière probatoire et de dépasser la prise en compte du doute au travers du concept traditionnel de la charge de la preuve ; il est d'aborder le doute dans le domaine de la preuve d'une manière plus globale et transversale, en procédant à une relecture originale du droit de la preuve.

**9. Les problèmes du « doute probatoire ».** Reste que le doute « irréductible », envisagé à l'occasion de l'analyse de la charge de la preuve, constitue une difficulté sérieuse.

En effet, du point de vue du juge, le doute est une situation inconfortable, parce qu'il doit toujours statuer et trancher le litige, sous peine de commettre un déni de justice (article 4 du Code civil)<sup>98</sup>.

En outre, du point de vue des parties et, notamment de l'une d'elles, le doute est une situation à « haut risque », parce qu'elle succombera au procès : « bénéfice du doute » pour l'une, « risque du doute » pour l'autre.

D'ailleurs, une telle situation devrait gagner en lisibilité ! Par exemple, Ph. MALAURIE et P. MORVAN font observer, sans aucune nuance, que « *celui qui supporte le « fardeau de la preuve » endosse le risque du doute, c'est-à-dire le risque de perdre le procès s'il ne parvient pas à apporter la démonstration requise* »<sup>99</sup>. Or, comme l'explique M. MEKKI, « *Il y a ceux qui*

---

<sup>96</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*

<sup>97</sup> J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi, La charge de la preuve*, Les Cours de Droit, 1958-1959.

<sup>98</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 janvier 1993, Bull. civ. II, n° 28 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2006, Bull. civ. II, n° 174 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 avril 2007, Bull. civ. II, n° 76.

<sup>99</sup> Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 210, p. 179.

*perdent leur procès car ils n'ont pas allégué de faits suffisants pour emporter la conviction du juge. Il y a ceux qui perdent leur procès car il persiste un doute, risque du doute qui leur a été attribué »<sup>100</sup>.*

Aussi le doute irréductible doit-il demeurer une situation exceptionnelle. Il doit rester subsidiaire et résiduel.

En définitive, le doute probatoire mérite assurément une attention toute particulière. L'idée n'est pas de l'étendre, mais de le réduire autant que possible, et de le traiter, à défaut d'y être suffisamment parvenu. Autrement dit, le doute probatoire doit être « géré ».

## § II – La gestion du doute probatoire

**10. La gestion au sens commun.** Communément, la gestion est l'action ou la manière de gérer quelque chose<sup>101</sup>. Plus précisément, par référence au mot « gérer », elle est l'action ou la manière d'administrer des intérêts, une entreprise ou toute autre chose pour son propre compte ou pour le compte d'autrui<sup>102</sup>.

**11. La gestion au sens juridique.** D'ailleurs, dans le domaine du droit privé, la gestion est semble-t-il définie d'une façon assez similaire, sauf qu'elle porte sur un bien ou un ensemble de biens : « *Action de gérer un bien ou un ensemble de biens en vertu de la loi, d'un jugement ou d'une convention qui englobe en général les actes d'administration stricto sensu et parfois des actes de disposition* »<sup>103</sup>.

Reste que le mot « gestion » ne présente à l'évidence aucun lien avec la preuve ou le doute.

De surcroît, s'il peut manifestement être associé à d'autres termes et se transformer en « *gestion concurrentielle* », « *gestion conjointe* », « *gestion d'affaires* », « *gestion de fait* » ou « *gestion de portefeuille* », il ne l'est pas à ceux de preuve ou de doute<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> M. MEKKI, *Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire*, in *La preuve : regards croisés*, dir. M. MEKKI, L. CADIET & C. GRIMALDI, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2015, pp. 7 et ss., spéc. p. 13.

<sup>101</sup> I. JEUGE-MAYNART (dir.), *dict. préc.*, V° Gestion, p. 543.

<sup>102</sup> I. JEUGE-MAYNART (dir.), *dict. préc.*, V° Gérer, p. 542.

<sup>103</sup> G. CORNU (dir.), *dict. préc.*, V° Gestion, pp. 494 et ss., spéc. p. 494.

<sup>104</sup> G. CORNU (dir.), *dict. préc.*, V° Gestion, pp. 494 et ss., spéc. p. 494.

**12. La « gestion » appliquée au « doute probatoire ».** Appliquée au doute probatoire, la définition du mot « gestion » ne doit dès lors pas être recherchée dans le domaine précis du droit ; elle doit l'être dans une méthode qui peut s'appliquer « *à toute forme d'organisation quel que soit son but, d'intérêt général ou particulier, de but lucratif ou non lucratif* » et « *qui vise à identifier, évaluer et traiter le risque* »<sup>105</sup>.

En effet, au XX<sup>ème</sup> siècle, les organisations ont peu à peu compris que leur survie était menacée par le coût de la réparation des dommages qu'elles subissaient ou causaient<sup>106</sup>. Tel était le cas de celles exposées « *à la survenance de risques matériels générés par leur activité (incendie, pollution, accident du travail...)* »<sup>107</sup> et, plus particulièrement de l'État, qui assurait l'exploitation d'activités à haut risque, comme la technologie nucléaire, militaire ou civile<sup>108</sup>.

Aussi ces organisations ont-elles tenté de forger une méthode visant essentiellement à définir les risques auxquels elles étaient exposées, à effectuer la recherche de leurs causes, par des analyses logiques, et à les évaluer<sup>109</sup>.

Ainsi, depuis son expansion, d'abord dans le domaine nucléaire, ensuite dans toutes les activités analysées « à haut risque » (par exemple, la chimie, le pétrole ou les transports), cette méthode s'est solidement organisée autour de trois étapes différentes : l'identification du risque, l'évaluation du risque et le traitement du risque<sup>110</sup>.

Or, la phase finale de cette méthode est classiquement scindée en deux périodes, qui consistent successivement à réduire le risque et à traiter le risque résiduel<sup>111</sup>.

Effectivement, la première renvoie à « *l'ensemble des actions menées afin de réduire la survenance et la gravité des risques identifiés et évalués dans les phases précédentes* »<sup>112</sup>, tandis que la deuxième renvoie à la prise en charge du risque résiduel, c'est-à-dire de « *celui qui demeure postérieurement à la période de réduction du risque, soit parce qu'il ne peut pas*

---

<sup>105</sup> F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, éd. d'Organisation, 2006, p. 13.

<sup>106</sup> En ce sens, v. F. VERDUN, *ibid.*, p. 13.

<sup>107</sup> En ce sens, v. F. VERDUN, *ibid.*, p. 13.

<sup>108</sup> En ce sens, v. F. VERDUN, *ibid.*, p. 13.

<sup>109</sup> En ce sens, v. F. VERDUN, *ibid.*, p. 13.

<sup>110</sup> En ce sens, v. F. VERDUN, *op. cit.*, pp. 14 et ss.

<sup>111</sup> En ce sens, v. F. VERDUN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>112</sup> F. VERDUN, *ibid.*, p. 15.

*techniquement être réduit, soit parce qu'il est laissé en l'état, car le coût de processus de réduction est disproportionné eu égard à l'occurrence et à la gravité du risque considéré »*<sup>113</sup>.

Puisque le doute probatoire peut être analysé *in fine* comme un risque, tant par l'une des parties que par le juge, il peut alors apparaître opportun et utile de le « gérer », à l'instar de tout autre risque.

Appliquée au doute probatoire, la gestion peut donc être définie comme une action à double détente, qui consiste dans un premier temps à le réduire et dans un deuxième temps à le traiter. Elle est une opération principalement préventive et subsidiairement curative.

En effet, la gestion revient à éliminer ou supprimer le doute autant que faire se peut, qu'il soit factuel, juridique, matériel ou intellectuel, et à le dépasser ou surmonter s'il vient à persister, c'est-à-dire s'il n'a pas été assez réduit ou s'il n'était pas possible de le réduire.

À l'aune de ces conclusions et de ces précisions terminologiques, le doute probatoire invite dès lors à réfléchir à sa gestion, non seulement par le législateur et le juge, mais aussi et surtout par les parties. Mieux encore, il incite à rechercher et à apprécier sa gestion légale afin d'envisager et optimiser sa gestion conventionnelle.

Effectivement, la gestion du doute probatoire mise en œuvre par le législateur et le juge peut quelquefois s'avérer insuffisante ou insatisfaisante pour les parties, qui souhaitent anticiper, rendre présent le futur<sup>114</sup>.

Or, dans les matières autres que le droit des contrats (à titre d'exemple, le droit de la famille), elle ne peut pas être perfectionnée par les parties. Certes, des lacunes peuvent bien être identifiées, mais des solutions ou des remèdes ne peuvent jamais être proposés.

Aussi le droit des contrats est-il la seule matière qui permet aux parties d'améliorer la gestion légale du doute probatoire en organisant *ab initio* non seulement sa réduction et son traitement, mais aussi son appréciation, par l'aménagement des règles de preuve ou du fond du droit.

---

<sup>113</sup> F. VERDUN, *ibid.*, p. 15.

<sup>114</sup> Sur cette idée de rendre le futur présent, v. I. R. MACNEIL, *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980.

En s'en tenant à la seule et unique matière contractuelle, l'objectif de cette étude est donc de montrer que le doute probatoire est géré par le législateur et le juge, parfois d'une façon insuffisante ou insatisfaisante, et de révéler qu'il peut être mieux géré par les parties à l'aide du contrat, qui est très souvent présenté comme un « *acte de prévision* »<sup>115</sup>, un « *outil de gestion* »<sup>116</sup>.

Pour autant, la gestion du doute probatoire mise en œuvre par les parties au moyen du contrat est extrêmement fragile.

D'une part, elle ne doit pas heurter certaines règles de preuve tant substantielles que processuelles.

D'autre part, elle doit respecter les règles croissantes du droit commun des contrats, récemment réformées, tout comme celles pointilleuses du droit spécial des contrats (le droit des contrats spéciaux et le droit de la consommation).

D'ailleurs, à terme, elle pourrait être davantage fragilisée par le droit européen, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, avec l'application de principes tels que l'égalité des armes et l'effectivité du droit au juge.

Ainsi, l'objectif global de cette étude est de présenter la gestion du doute probatoire organisée par le législateur et le juge, de mettre en exergue ses failles et d'inciter les parties à l'améliorer par le biais du contrat. Il est de montrer que le doute probatoire est un élément à prendre en considération dans l'élaboration et le choix d'une stratégie judiciaire, au moins en matière contractuelle.

Sera en premier lieu abordée la gestion légale du doute probatoire (Partie I), puis en second lieu la gestion conventionnelle du doute probatoire (Partie II).

---

<sup>115</sup> Sur le contrat comme acte de prévision, v. H. LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, P.U.F., éd. du Juris-Classeur, 1999, pp. 643 et ss.

<sup>116</sup> En ce sens, v. not. M. MEKKI, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, dir. S. CHASSAGNARD-PINET & D. HIEZ, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2008, pp. 323 et ss., spéc. n° 4, pp. 325 et ss.

## **PARTIE I : LA GESTION LÉGALE DU DOUTE PROBATOIRE**

**13.** À la réflexion, le doute apparaît omniprésent en matière probatoire. Il ne saurait être limité à l'état d'incertitude de l'esprit du juge à l'issue de l'examen des éléments de preuve des parties, qui est perceptible dans le cadre de dispositions spécifiques ou d'une analyse de l'article 1353 du Code civil relatif à la charge de la preuve. En effet, le doute peut également être rattaché à d'autres concepts de la preuve, c'est-à-dire à l'objet de la preuve, aux modes de preuve et à leur force probante.

Puisque le doute constitue un risque pour le juge, l'objectif du droit de la preuve peut alors être de le « gérer ». Or, en se livrant à une analyse des règles de preuve, de nature tant substantielle que processuelle, il est possible de découvrir des mécanismes qui poursuivent cet objectif : d'aucuns tentent de limiter autant que faire se peut le doute ; d'autres tendent à le surmonter, dans l'hypothèse où il persisterait.

Ainsi, le législateur et le juge organisent tous deux la réduction du doute (Titre I) et le traitement du doute (Titre II).

## TITRE I : LA RÉDUCTION DU DOUTE PROBATOIRE

14. La réduction du doute s'effectue par de nombreux mécanismes probatoires instaurés par le législateur et mis en œuvre par le juge. Ils constituent des « modérateurs ». D'aucuns ont traité à l'objet de la preuve ainsi qu'aux modes de preuve et à leur force probante, tandis que d'autres ont traité à l'administration de la preuve en justice. Ainsi, la réduction du doute peut s'effectuer sur des terrains de nature très différente. Cela s'explique logiquement par la double nature de la preuve. À dire vrai, le droit de la preuve est très réglementé. D'une part, la loi traite de la charge de la preuve, de l'objet de la preuve, des modes de preuve et de leur force probante. D'autre part, elle traite de l'administration de la preuve en justice. En outre, il est très organisé. En effet, le droit de la preuve est dominé par une *summa divisio* entre les règles de fond, qui relèvent par tradition du droit substantiel, et les règles de procédure, qui relèvent du droit processuel<sup>117</sup>. Les premières règles, qui constituent en quelque sorte le droit matériel de la preuve, sont dès lors celles sur la charge de la preuve, l'objet de la preuve, les modes de preuve et leur force probante, tandis que les deuxièmes règles, qui constituent en quelque sorte le droit procédural de la preuve, sont celles sur l'administration judiciaire de la preuve. D'ailleurs, cette distinction n'a pas simplement une vertu pédagogique, parce qu'elle est inscrite dans la loi. En effet, selon la tradition des Codes napoléoniens, les deux sortes de droit sont placés dans des corps de règles différents : le droit matériel de la preuve se trouve dans les lois de droit substantiel ou d'autres corps de règles matérielles<sup>118</sup>, tandis que le droit procédural de la preuve se trouve dans les codes ou les lois de procédure<sup>119</sup>. Néanmoins, cette distinction n'est pas toujours satisfaisante, parce que des règles procédurales de preuve sont dans des lois substantielles<sup>120</sup> et des règles matérielles de preuve dans des lois procédurales<sup>121</sup>. Dès lors, bien que l'organisation des règles de preuve semble à parfaire, les modérateurs du doute ont nécessairement deux visages, car la preuve est à mi-chemin entre la procédure et le fond du droit<sup>122</sup>. Ils ont une nature substantielle (Chapitre I) ou processuelle (Chapitre II).

---

<sup>117</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 251, pp. 840 et ss., spéc. p. 840.

<sup>118</sup> V. art. 1353 à 1386-1 du C. civ., et, par ex., art. L. 110-3 du C. com. ou art. L. 1132-1 du C. trav.

<sup>119</sup> V. art. 9 à 11 et 132 à 322 du C.P.C.

<sup>120</sup> V. par ex., les art. 1384 à 1386-1 du C. civ. relatifs au serment.

<sup>121</sup> V. par ex., les art. 9 à 11 du C.P.C. et, spéc. l'art. 9, qui a traité à l'objet et à la charge de la preuve.

<sup>122</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 203, pp. 173 et ss., spéc. p. 173 : « *La preuve est à la croisée de la procédure et du fond du droit* ».

## **CHAPITRE I : LES MODÉRATEURS SUBSTANTIELS**

**15.** Les modérateurs substantiels sont les mécanismes probatoires permettant de réduire le doute au sein des règles matérielles de preuve. Ceux-ci sont nombreux. Pour autant, ils ne doivent pas être recherchés parmi toutes les règles matérielles de preuve. En effet, celles qui déterminent la partie devant prouver ce qu'elle allègue, c'est-à-dire celles sur la charge de la preuve, ne réduisent pas le doute, puisqu'au-delà de préciser la partie qui doit prouver, elles désignent surtout celle qui devra perdre le procès en cas de doute subsistant dans l'esprit du juge à l'issue de l'examen des éléments de preuve. En revanche, celles qui définissent ce que les parties doivent prouver, comme celles qui organisent les procédés dont elles disposent et leur aptitude à convaincre le juge au cours du procès, peuvent réduire le doute, à leur façon. Aussi les modérateurs substantiels doivent-ils être recherchés non seulement dans les règles relatives à l'objet de la preuve (Section I), mais également dans celles relatives aux modes de preuve et à leur force probante (Section II).

### **SECTION I : LES RÈGLES SUR L'OBJET DE LA PREUVE**

**16.** L'objet de la preuve est défini comme « *ce qui doit être prouvé, notamment au cours d'un procès* »<sup>123</sup>. Autrement dit, il détermine « *l'étendue de la charge probatoire qui incombe aux parties* »<sup>124</sup>. Ainsi, par le biais de l'objet de la preuve, le doute est réduit de deux manières différentes, qui peuvent être complémentaires dans certaines hypothèses. En effet, de façon générale, il est réduit en exemptant les parties de tout prouver, c'est-à-dire en circonscrivant l'objet de la preuve (§ I). En outre, de façon ponctuelle, il est réduit en offrant aux parties de prouver des faits de nature à en tenir d'autres pour certains, c'est-à-dire en ébranlant l'objet de la preuve (§ II).

#### **§ I : La délimitation de l'objet de la preuve**

**17.** Le doute est tributaire de l'étendue du champ probatoire. En effet, très logiquement, plus les éléments à prouver sont nombreux, plus le doute peut être important. Pour réduire le doute, la solution est alors de restreindre le champ probatoire. Elle paraît avoir été choisie

---

<sup>123</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 9<sup>ème</sup> éd., Sirey, Coll. U, 2015, n° 2, p. 5.

<sup>124</sup> É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 163, pp. 159 et ss., spéc. p. 159.

par le législateur et le juge. Ainsi, le doute est réduit en admettant que le droit n'a pas à être prouvé (A) et en retenant que tous les faits n'ont pas à être prouvés (B).

### A) L'exclusion de la preuve du droit

**18. La réduction du doute en supprimant généralement la preuve du droit.** Le doute est réduit en exemptant les parties de prouver les règles de droit qu'elles invoquent à l'appui de leurs demandes. En effet, la combinaison des adages « *Jura novit curia* »<sup>125</sup>, « *Da mihi factum, dabo tibi jus* »<sup>126</sup> et « *Nemo censetur ignorare legem* »<sup>127</sup>, comme les dispositions des articles 9 et 12 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile, définissent le travail des parties au procès sur le plan probatoire : elles doivent prouver les faits, elles n'ont pas à prouver le droit<sup>128</sup>. Le juge est censé le connaître. C'est un principe incontestable, qui n'est en aucun cas remis en cause par la division contemporaine du travail judiciaire entre le juge et les parties<sup>129</sup>. En dispensant les parties de prouver les règles de droit qu'elles invoquent au soutien de leurs demandes, le « doute juridique », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve sur leur existence, leur teneur ou leur portée, est alors écarté. D'ailleurs, il est énergiquement réduit, parce que des règles de droit, pour lesquelles la présomption de connaissance par le juge ne s'applique pas, ne doivent pas nécessairement être prouvées par les parties.

**19. Le cas de la loi étrangère.** En effet, lorsque la règle de conflit conduit à la désignation de la loi étrangère (et non à celle de la *lex fori*), celle-ci n'a pas à être prouvée par les parties. À dire vrai, son statut procédural a subi une évolution jurisprudentielle très mouvementée,

<sup>125</sup> « *La Cour connaît le droit* ». Sur cet adage, v. H. ROLAND & L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999, n° 190, pp. 363 et ss.

<sup>126</sup> « *Donne moi les faits, je te donnerai le droit* ». Sur cet adage, v. J. DUPICHOT, *L'adage « Da mihi factum, dabo tibi jus »*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. AUBERT, Dalloz, 2005, pp. 425 et ss.

<sup>127</sup> « *Nul n'est censé ignorer la loi* ». Sur cet adage, v. R. GUILLIEN, *Nul n'est censé ignorer la loi*, in *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, Tome I, Théorie générale du droit et droit transitoire, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 253 et ss. ; J. CARBONNIER, *La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » en droit français*, in *Journées de la Société de législation comparée*, Société de législation comparée, 1984, pp. 321 et ss. ; G. DEREUX, *Étude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »*, R.T.D. civ., 1907, pp. 513 et ss.

<sup>128</sup> Dans le procès civil façonné par le N.C.P.C., H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D. 1972, Chron., pp. 91 et ss., spéc. n° 42, p. 101, estimait que « *la construction de l'édifice de fait du procès appartient aux parties* » et que « *le juge est en mesure et tenu de procéder d'office à l'examen des problèmes juridiques que soulève le litige* ».

<sup>129</sup> Exiger des parties qu'elles formulent les moyens en droit (v. art. 56, 753 al. 1<sup>er</sup> et 954 al. 1<sup>er</sup> du C.P.C.) ou les inviter à fournir les explications de droit nécessaires à la solution du litige (v. art. 13 du C.P.C.) ne revient pas à prouver le droit.

comparable à celle de l'applicabilité de la règle de conflit<sup>130</sup>, le régime de ces questions étant toujours apparu plus ou moins directement lié<sup>131</sup>. Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que c'était à la partie qui avait émis une prétention en justice d'établir le contenu de la loi étrangère applicable à celle-ci. Puis, énoncée par l'arrêt « *Lautour* »<sup>132</sup>, cette solution a été affinée par l'arrêt « *Thinet* », qui a notamment précisé les conséquences à tirer lorsque la teneur du droit étranger n'avait pu être établie<sup>133</sup>. Le défaut de preuve des dispositions de la loi étrangère « *spécialement invoquées* » conduisait alors au rejet de la prétention, tandis que la défaillance de la loi étrangère « *dans son contenu général* » entraînait l'application du droit français en raison de sa vocation subsidiaire<sup>134</sup>. Cependant, non dénuée de mérite, cette construction révélait des faiblesses<sup>135</sup>. Elle exigeait de distinguer entre prétention distincte et simple contestation de la prétention opposée<sup>136</sup> et, surtout, elle risquait d'inciter l'adversaire de l'auteur de la prétention à soulever l'applicabilité du droit étranger à des fins uniquement dilatoires<sup>137</sup>. C'est pourquoi, dans un deuxième temps, le statut procédural de la loi étrangère a été largement tributaire de la jurisprudence concernant l'application d'office de la règle de conflit<sup>138</sup>. Dans les cas où l'application d'office de la règle de conflit ne s'imposait pas au juge, la Cour de cassation a

---

<sup>130</sup> Sur les évolutions jurisprudentielles de l'applicabilité de la règle de conflit de lois, v. not. D. BUREAU & H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2014, n° 361 et ss., pp. 427 et ss.

<sup>131</sup> En ce sens, v. Th. VIGNAL, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, Coll. U, 2014, n° 156, p. 101.

<sup>132</sup> Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, R.C.D.I.P., 1949, p. 89, note H. BATTIFOL ; D. 1948, jur., p. 357, note P. L.-P. ; J.C.P. (G), 1948, II, 4542, note M. VASSEUR.

<sup>133</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 janvier 1984, *Soc. Thinet*, Bull. civ. I, n° 33 ; R.C.D.I.P., 1985, p. 89, note P. LAGARDE ; J.D.I., 1984, p. 874, note J.-M. BISCHOFF.

<sup>134</sup> D. BUREAU & H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 438, pp. 513 et ss., spéc. p. 514.

<sup>135</sup> En ce sens, v. D. BUREAU & H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 438, pp. 513 et ss., spéc. p. 514 ; D. GUTMANN, *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours, 2009, n° 106, pp. 106 et ss. ; B. ANCEL & Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2006, n° 19, pp. 164 et ss., spéc. pp. 172-173.

<sup>136</sup> En ce sens, v. D. BUREAU & H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 438, pp. 513 et ss., spéc. p. 514 ; B. ANCEL & Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 19, pp. 164 et ss., spéc. pp. 172-173. De plus, cette distinction s'avérait très subtile et était largement exploitée par la jurisprudence elle-même, v. par ex., Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juillet 1987, *Sfez*, R.C.D.I.P., 1988, p. 329, note B. ANCEL ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juin 1988, *Soc. Balenciaga*, R.C.D.I.P., 1989, p. 55, note B. ANCEL ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 janvier 1991, *U.A.P.*, R.C.D.I.P., 1991, p. 569, note H. MUIR WATT ; Cass. com., 2 mars 1993, *Soc. Alkhalaf*, R.C.D.I.P., 1993, p. 632, note H. MUIR WATT ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 février 1994, *Ammache*, R.C.D.I.P., 1994, p. 341, note H. MUIR WATT.

<sup>137</sup> En ce sens, v. not. D. BUREAU & H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 438, pp. 513 et ss., spéc. p. 514.

<sup>138</sup> Seules les décisions marquantes sont exposées : au cours de cette période, quelques décisions brouillaient la cohérence de l'édifice jurisprudentiel et, au fil des années, des nuances divisaient la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation.

alors affirmé que la partie qui invoquait la loi étrangère devait prouver sa teneur<sup>139</sup>. Plus précisément, elle est venue à admettre que dans les matières où les parties avaient la libre disposition de leurs droits, il appartenait à la partie prétendant « *que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère* »<sup>140</sup>. En définitive, dans ce domaine, le critère de la prétention issu du système « *Lautour-Thinet* » était exclu en faveur du critère de l'intérêt<sup>141</sup>. En revanche, dans les cas où l'application d'office de la règle de conflit s'imposait au juge, les solutions étaient différentes. En effet, lorsque la règle de conflit provenait d'une convention internationale, le juge devait semble-t-il établir la teneur de la loi étrangère<sup>142</sup>. De plus, en présence de droits dont les parties n'avaient pas la libre disposition, l'application de la loi étrangère désignée pour les administrer imposait au juge d'en établir la teneur<sup>143</sup>. Enfin, dans les cas où le juge, sans être obligé d'appliquer d'office la règle de conflit, aurait utilisé la faculté qui était sienne de le faire, la cohérence de la construction jurisprudentielle laissait à penser que le juge devait établir la teneur de la loi étrangère<sup>144</sup>. Néanmoins, dans deux arrêts en date du 28 juin 2005 rendus par deux formations différentes, la Haute Juridiction a décidé au visa de l'article 3 du Code civil « *qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu* »<sup>145</sup>. Aussi a-t-elle écarté le système « *Masson-Amerford* » mis en place en présence de

---

<sup>139</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 novembre 1991, *Masson*, Bull. civ. I, n° 293 ; R.C.D.I.P., 1992, p. 314, note H. MUIR WATT ; J.D.I., 1992, p. 357, note M.-A. MOREAU.

<sup>140</sup> Cass. com., 16 novembre 1993, *Soc. Amerford*, Bull. civ. IV, n° 405 ; R.C.D.I.P., 1994, p. 332, note P. LAGARDE ; J.D.I., 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER ; v. aussi, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1996, *Soc. Agora Sopha*, Bull. civ. I, n° 243 ; R.C.D.I.P., 1997, p. 65, note P. LAGARDE ; J.D.I., 1996, p. 942, 2<sup>ème</sup> esp., note D. BUREAU.

<sup>141</sup> En ce sens, v. D. BUREAU & H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 439, pp. 514 et ss. ; D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 109, pp. 108 et ss., spéc. p. 108. D'ailleurs, lorsque la loi étrangère était équivalente à la loi française, le juge était libre de négliger le conflit, v. en ce sens, D. GUTMANN, *op. cit.*, note 1, p. 109.

<sup>142</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1996, *Faouzi*, Bull. civ. I, n° 202 ; J.D.I., 1996, p. 941, 1<sup>re</sup> esp., note D. BUREAU ; et, *a contrario*, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1996, *préc.*

<sup>143</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Driss Abbou*, Bull. civ. I, n° 222 ; R.C.D.I.P., 1998, p. 60, 1<sup>re</sup> esp., note P. MAYER ; v. aussi, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 1999, R.C.D.I.P., 1999, p. 707, 2<sup>ème</sup> esp., note H. MUIR WATT ; J.C.P. (G), 1999, II, 10192, note F. MÉLIN ; v. en ce sens, déjà, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 novembre 1992, *Makhlouf*, R.C.D.I.P., 1993, p. 276, note B. ANCEL ; J.D.I., 1993, p. 309, note Y. LEQUETTE.

<sup>144</sup> Pouvant être interprété en ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 octobre 1994, *Soc. Demart Pro Arte BV*, R.C.D.I.P., 1995, p. 60, note D. BUREAU ; et, plus nettement, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 janvier 1998, *Ababou*, J.C.P. (G), 1998, II, 10098, note H. MUIR WATT.

<sup>145</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 2005, *Aubin*, Bull. civ. I, n° 289 ; Cass. com., 28 juin 2005, *Soc. Itraco*, Bull. civ. IV, n° 138. Sur ces deux arrêts, v. not. R.C.D.I.P., 2005, p. 645, note B. ANCEL & H. MUIR WATT ; D. 2005, p. 2853, note N. BOUCHE ; D. 2005, pan., p. 2755, note H. KENFACK ; D. 2006, pan., p. 1495, note P. COURBE & F. JAULT-

droits dont les parties avaient la libre disposition<sup>146</sup>. Indépendamment de la question de son office au stade de l'application de la règle de conflit, le juge doit dès lors rechercher la teneur du droit étranger, en sollicitant le concours des parties le cas échéant, que les droits litigieux soient disponibles ou non<sup>147</sup>. Dès à présent, la loi étrangère est alors automatiquement exclue du champ de la preuve et hors de doute.

**20. Le cas des conventions collectives.** De même, lorsqu'une partie invoque l'application d'une convention collective, celle-ci n'a pas à être prouvée. À dire vrai, le juge n'est pas tenu de rechercher d'office l'existence d'une convention collective applicable au contrat de travail qui lui est soumis<sup>148</sup>. Toutefois, lorsqu'une partie se prévaut d'une convention collective, il lui incombe « *de se la procurer par tous moyens, au besoin en invitant les parties à lui en fournir un exemplaire* »<sup>149</sup>. Ainsi, une coopération s'instaure entre le juge et les parties pour prendre connaissance de son existence et de sa teneur. Elle est alors exclue du champ de la preuve et hors de doute. D'ailleurs, la solution du droit positif paraît cohérente au vu de la nature de la convention collective : conclue comme un contrat, elle est en réalité un véritable règlement et peut renfermer « *la règle de droit éventuellement applicable au litige* »<sup>150</sup>.

---

SESEKE ; Dr. et patrimoine, 2005, n° 142, p. 108, obs. M.-E. ANCEL ; P.A., 28 décembre 2005, n° 258, p. 16, note J.-G. MAHINGA.

<sup>146</sup> Ce système *Masson-Amerford* était semble-t-il déjà abandonné en partie par la première chambre civile de la Cour de cassation, puisque l'interprétation de certains arrêts pouvait laisser à penser qu'elle tendait au fil des années à confier au juge la tâche d'établir le contenu du droit étranger, et ce, que les droits litigieux soient disponibles ou non, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 septembre 2002, *Soc. D. & J. Sporting Ltd*, R.C.D.I.P., 2003, p. 86, note H. MUIR WATT ; D. 2003, p. 1513, note G. LARDEUX ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 2003, R.C.D.I.P., 2003, p. 462, note B. ANCEL ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 2003, R.C.D.I.P., 2004, p. 95, note B. ANCEL ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janvier 2005, R.C.D.I.P., 2005, p. 300, note B. ANCEL ; D. 2005, p. 1210, note N. BOUCHE ; Defrénois 2005, art. 38182, p. 1040, note M. REVILLARD ; Dr. et patrimoine, 2005, n° 142, p. 107, obs. M.-E. ANCEL.

<sup>147</sup> V. en ce sens, en cas de droits disponibles, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 2009, Bull. civ. I, n° 28 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, Bull. civ. I, n° 61 ; et, en cas de droits indisponibles, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 2009, Bull. civ. I, n° 27 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, Bull. civ. I, n° 101 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 novembre 2011, Bull. civ. I, n° 203. Si le juge se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve du contenu de la loi étrangère, en présence de droits disponibles ou indisponibles, il peut appliquer la loi française à titre subsidiaire, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 2006, R.C.D.I.P., 2007, p. 575, note H. MUIR WATT ; D. 2007, pan., p. 1751, note P. COURBE & F. JAULT-SESEKE.

<sup>148</sup> Cass. soc., 5 octobre 1993, Bull. civ. V, n° 224.

<sup>149</sup> Cass. soc., 7 novembre 2006, Bull. civ. V, n° 327 ; *adde*, dans le même sens, Cass. soc., 5 octobre 1993, *préc.* ; Cass. soc., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-43.558 (inédit). La même solution est admise pour un accord d'entreprise, v. Cass. soc., 3 mai 2007, Bull. civ. V, n° 67.

<sup>150</sup> V. par ex., Cass. soc., 5 mai 2009, *préc.* Sur la nature juridique de la convention collective, v. not. J. PÉLISSIER, G. AUZERO & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2013, n° 1225, pp. 1282 et ss. : « *La convention collective est un accord créant des normes (des règles). Lors de sa conclusion, elle est traitée comme un contrat. [...] En revanche lors de son application, la convention est traitée comme un*

**21. Le cas des coutumes et usages.** En revanche, lorsqu'une partie invoque une coutume ou un usage, ceux-ci doivent être prouvés. À dire vrai, la doctrine est partagée sur leur statut procédural. Deux courants peuvent être isolés<sup>151</sup>. Selon un premier courant, la coutume et les usages doivent être distingués : la coutume n'a pas à être prouvée, tandis que les usages ont à l'être<sup>152</sup>. Au contraire, selon un second courant, la coutume et les usages se confondent : ils doivent être prouvés par celui qui les invoque<sup>153</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation estime que la coutume et les usages doivent être prouvés dans leur existence et leur teneur par la partie qui s'en prévaut<sup>154</sup>. Ainsi, dans le secteur du droit de l'immobilier, dans la mesure où l'article 671 du Code civil renvoie expressément aux éventuels usages locaux le soin d'apporter une dérogation à la distance légale des plantations, la Cour de cassation a admis que la partie qui contestait cette distance légale devait rapporter la preuve d'un usage local dérogatoire<sup>155</sup>. En imposant aux parties de prouver la coutume et les usages, le « doute juridique », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve de leur existence ou de leur teneur, n'est alors pas écarté.

## **B) L'encadrement de la preuve du fait**

**22. La réduction du doute en limitant la preuve aux faits qui conditionnent l'application de la règle juridique du droit subjectif réclamé.** D'abord, le doute est réduit en exigeant des parties qu'elles prouvent les faits « *qui conditionnent l'application de la règle de droit* »<sup>156</sup>. En effet, les parties ne doivent pas prouver tous les faits auxquels elles ont fait référence lors de l'audience ou dans leurs écrits procéduraux ; elles doivent simplement prouver ceux qui sont susceptibles de déclencher l'application de la règle de droit dont elles réclament le

---

*règlement* » ; et, avec quelques nuances, Fr. GAUDU & R. VATINET, *Droit du travail*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours, 2013, n° 599 et ss., pp. 424 et ss.

<sup>151</sup> En ce sens, v. H. ROLAND & L. BOYER, *op. cit.*, n° 190, pp. 363 et ss., spéc. p. 365.

<sup>152</sup> En ce sens, v. par ex., J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 566, pp. 518 et ss., spéc. p. 518 ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VII*, 2<sup>ème</sup> éd. par P. ESMEIN, J. RADOUANT & G. GABOLDE, L.G.D.J., 1954, n° 1409, pp. 830 et ss., spéc. pp. 830-831.

<sup>153</sup> En ce sens, v. par ex., Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 224, pp. 195 et ss.

<sup>154</sup> Cass. ass. plén., 26 février 1988, J.C.P. (G), 1988, IV, 166 ; R.T.D. civ., 1988, p. 756, obs. J. MESTRE ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. soc., 2 juillet 1968, Bull. civ. V, n° 349 ; Cass. soc., 11 juin 1987, Bull. civ. V, n° 385.

<sup>155</sup> V. par ex., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 2005, pourvoi n° 04-10.195 (inédit).

<sup>156</sup> Fr. FERRAND, *Rép. pr. civ.*, V° Preuve, 2013 (dernières mises à jour en 2016), n° 108 ; *adde*, dans le même sens, L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 252, pp. 842 et ss., spéc. p. 845 : « *Il ne faut pas oublier, en effet, que la preuve ne porte jamais sur un fait saisi dans sa matérialité brute, mais qu'elle s'applique à un fait juridiquement qualifié : ce qui doit être prouvé, c'est le fait de nature à déclencher l'application de la règle de droit ; c'est le fait tel qu'il est défini au présupposé de la règle de droit et qui est seul susceptible de déclencher l'application de son effet juridique* ».

bénéfice. Aussi les éléments de fait doivent-ils être compris largement<sup>157</sup>. Ils sont tous les évènements, situations, actes et déclarations susceptibles d'établir la véracité de ce qui est allégué par les parties et aptes à les faire triompher dans la prétention qu'elles soumettent au juge<sup>158</sup>. Ainsi, les éléments de fait peuvent être une donnée matérielle ou une donnée psychologique : par exemple, l'existence d'une convention ou d'un testament peut être objet de preuve, comme l'intention de nover ou de donner<sup>159</sup>. En définitive, la distinction retenue par les articles 1100-1 et 1100-2 du Code civil entre les faits juridiques et les actes juridiques est très insuffisante, car les « faits » peuvent être des faits juridiques et des actes juridiques. D'ailleurs, ce constat avait été établi par Fr. TERRÉ : « *Il faut prendre garde à ne pas confondre ces deux acceptions du terme « fait », l'un plus restrictif que l'autre : la notion d'élément de fait est plus large que la notion de fait juridique puisque, si tous les faits juridiques sont effectivement des éléments de fait, cette dernière notion couvre non seulement les faits juridiques, mais encore les actes juridiques. Ainsi, au regard de l'objet de la preuve, les actes juridiques sont bien des éléments de fait* »<sup>160</sup>. En exigeant des parties qu'elles prouvent les faits qui déclenchent l'application de la règle juridique dont elles demandent le bénéfice, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est dès lors réduit, car seuls ces faits entrent dans le champ de la preuve et, éventuellement, du doute.

**23. La réduction du doute en « éludant » la preuve du fait notoire.** Par ailleurs, le doute est réduit en dispensant les parties de prouver les faits notoires. Tel est le cas, par exemple, des données générales ou historiques<sup>161</sup>. En effet, si le juge ne peut en principe pas se fonder sur des données factuelles qu'il connaîtrait par lui-même et qui n'auraient pas été invoquées et prouvées par les parties<sup>162</sup>, il n'en reste pas moins qu'il connaît des faits, à l'instar de tout le monde<sup>163</sup>. En dispensant les parties de prouver les faits notoires, le

---

<sup>157</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 252, pp. 842 et ss., spéc. p. 842.

<sup>158</sup> En ce sens, v. not. M. DOUCHY-LOUDOT, *Droit civil 1<sup>re</sup> année, Introduction, Personnes, Famille*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. HyperCours – Cours & Travaux dirigés, 2015, n° 251, pp. 159 et ss.

<sup>159</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 252, pp. 842 et ss., spéc. p. 842.

<sup>160</sup> Fr. TERRÉ, *op. cit.*, n° 574, p. 479.

<sup>161</sup> Par ex., la valeur de la monnaie ou l'occupation allemande du territoire français pendant la Seconde Guerre mondiale.

<sup>162</sup> En ce sens, v. spéc. A. AYNÈS & X. VUITTON, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, Coll. Droit & professionnels, 2013, n° 52, p. 33.

<sup>163</sup> En ce sens, v. spéc. A. AYNÈS & X. VUITTON, *ibid.*, n° 52, p. 33.

« doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est dès lors réduit, puisque ceux-ci sont exclus du champ de la preuve et, éventuellement, du doute.

**24. La réduction du doute en restreignant la preuve au fait contesté.** De même, le doute est réduit en exigeant des parties qu'elles prouvent les faits contestés. En effet, tous les faits qui ont été allégués par une partie à l'appui de sa prétention ne doivent pas nécessairement être prouvés ; seuls doivent l'être ceux qui sont contestés par son adversaire. Autrement dit, les faits qui doivent être prouvés sont ceux sur lesquels un désaccord existe entre les parties sur leur reconstitution ou la portée à leur accorder. Cette règle est unanimement affirmée<sup>164</sup>. D'ailleurs, c'est une règle logique, car le juge doit détecter la « vérité » entre les affirmations contradictoires des parties. En exigeant des parties de prouver les faits contestés, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est alors réduit, car eux seuls entrent dans le champ de la preuve et, éventuellement, du doute.

**25. L'atteinte à la réduction du doute en remettant en cause la théorie du fait constant.** Néanmoins, le doute n'est plus réduit lorsque des faits ont été allégués par une partie et non contestés par son adversaire, puisque le juge ne les tient plus *ipso facto* pour établis.

Selon la théorie du fait constant, le fait allégué par une partie et non contesté par son adversaire doit être tenu pour établi par le juge. Plusieurs explications ont été proposées par la doctrine pour justifier un tel mécanisme. Selon une première opinion doctrinale, soutenue très vivement par H. MOTULSKY, une « charge de la contestation » incombe à l'adversaire de

---

<sup>164</sup> Sur l'affirmation que le fait qui doit être prouvé est le fait contesté, v. en ce sens, très tôt, E. GARSONNET & Ch. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes, Tome II, Deuxième partie, Procédure en première instance, Volume I, Instruction du procès*, 3<sup>ème</sup> éd. revue, corrigée, et mise au courant de la Législation et de la Jurisprudence, Paris, Sirey, 1912, n° 229 et 230, pp. 365 et ss. ; Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome XII*, 5<sup>ème</sup> éd. par É. BARTIN, Paris, Marchal et Billard, 1922, § 749, pp. 62 et ss., spéc. pp. 62-65 ainsi que *Droit civil français, Tome XII*, 6<sup>ème</sup> éd. par P. ESMEIN, Litec, 1958, § 749, pp. 51 et ss., spéc. pp. 51-52 ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1407, p. 828 ; et, beaucoup plus récemment, v. H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 115, pp. 128 et ss., spéc. p. 128 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27<sup>ème</sup> éd. refondue, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2002, n° 180, pp. 357 et ss., spéc. p. 359 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 638, pp. 609 et ss., spéc. p. 609 ; P. VOIRIN & G. GOUBEUX, *Droit civil, Introduction au droit, Personnes – Famille, Personnes protégées, Biens – Obligations, Sûretés, Tome I*, 35<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuels, 2015, n° 65, pp. 56 et ss., spéc. p. 57 ; L. CADJET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 252, pp. 842 et ss., spéc. p. 842. Cep., la règle selon laquelle seul le fait contesté doit être prouvé est exclue lorsque la matière du procès est d'ordre public ou relève de la matière gracieuse et lorsque l'adversaire n'a pas comparu, v. en ce sens, J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Préf. R. PERROT, L.G.D.J., 1965, n° 289, pp. 304 et ss. ; J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse, 1980, n° 57 et ss., pp. 79 et ss.

la partie qui allègue un fait, de sorte qu'en l'absence de contestation, la partie qui allègue ce fait n'a pas à le prouver<sup>165</sup>. En somme, les parties doivent alléguer les faits au soutien de leurs prétentions et ne doivent prouver leur réalité que lorsqu'elle est démentie<sup>166</sup>. La contestation est alors « *un préalable logique à toute question de preuve* »<sup>167</sup> ; elle « *circonscriit l'objet de la preuve* »<sup>168</sup>. En outre, selon une seconde opinion doctrinale, le principe dispositif induit qu'un fait allégué par une partie soit tenu pour établi lorsque son adversaire ne le contredit pas. En effet, le juge ne doit pas s'immiscer dans la sphère du fait, à moins d'y avoir été invité par les parties. Tel n'est pas le cas lorsqu'une partie oppose le silence à l'affirmation d'un fait de son adversaire. Aussi le juge doit-il tenir ce fait pour constant<sup>169</sup>.

Or, si la jurisprudence a semble-t-il appliqué la théorie du fait constant dans plusieurs arrêts, elle l'a très progressivement remise en cause<sup>170</sup>.

Tout d'abord, dans nombre d'arrêts, la Cour de cassation a affirmé que le juge n'était pas tenu de considérer que les faits allégués étaient constants au seul motif qu'ils n'avaient pas été expressément contestés<sup>171</sup>. Autrement dit, il pouvait estimer qu'un fait allégué et non contesté était constant, mais il n'y était pas obligé. En outre, dans d'autres arrêts, la Cour de cassation a admis que lorsqu'une partie supportait la charge de la preuve, celle-ci ne pouvait se déduire du silence opposé à sa demande par son adversaire<sup>172</sup> ou qu'une partie n'était pas dispensée de prouver son allégation par le silence de son adversaire<sup>173</sup>. À la lecture du second arrêt de la Cour de cassation, Th. LE BARS a d'ailleurs proposé une explication alternative à la théorie du fait constant. Pour lui, un fait peut être constant lorsque le silence de l'adversaire est signifiant, c'est-à-dire lorsqu'il exprime son accord avec

---

<sup>165</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 110, pp. 118 et ss., spéc. p. 119.

<sup>166</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 252, pp. 842 et ss., spéc. p. 842, font remarquer que la contestation doit être « *entendue comme dénégation* ». Par ailleurs, A. AYNÈS & X. VUITTON, *op. cit.*, n° 55, p. 34, exposent que « [...] *la simple dénégation de celui auquel le fait allégué est opposé suffit. Il n'a pas à prouver que les affirmations de son adversaire sont inexactes* ».

<sup>167</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 252, pp. 842 et ss., spéc. p. 842.

<sup>168</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 638, pp. 609 et ss., spéc. p. 610.

<sup>169</sup> En ce sens, v. par ex., J. CARBONNIER, *ibid.*, n° 180, pp. 357 et ss., spéc. p. 359 (il fait aussi valoir un principe d'économie du contentieux).

<sup>170</sup> Pour une application de la théorie du fait constant, v. Cass. soc., 16 novembre 1972, Bull. civ. V, n° 626.

<sup>171</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1980, Bull. civ. I, n° 7 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mai 1991, Bull. civ. II, n° 142 ; R.T.D. civ., 1992, p. 447, obs. J. NORMAND.

<sup>172</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juillet 1995, Bull. civ. I, n° 294.

<sup>173</sup> Cass. com., 20 mai 1997, pourvoi n° 95-13.169 (inédit).

l'auteur de l'allégation<sup>174</sup>. Aussi le silence d'une partie est-il signifiant à trois conditions : il faut qu'elle ait su ou pu savoir que le fait allégué était exact ou non, il faut qu'elle ait été en mesure de voir l'importance de ce fait au regard de la solution du litige et il faut que l'affirmation non démentie ait été portée à sa connaissance<sup>175</sup>. La dernière condition impose dès lors que la procédure soit contradictoire et que le fait lui ait été signalé de façon assez ostensible. En définitive, seul le fait spécialement invoqué par une partie, c'est-à-dire celui qui apparaît dans un véritable moyen, peut appeler une éventuelle contestation de l'adversaire<sup>176</sup>. Autrement dit, Th. LE BARS soutient qu'un fait peut être constant pour le juge en recourant au mécanisme probatoire de la présomption du fait de l'homme : du silence d'une partie combiné aux déclarations de son adversaire, le juge déduit l'exactitude de celles-ci<sup>177</sup>. Enfin, dans un arrêt très remarqué du 18 avril 2000, la Cour de cassation a considéré que le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne valait pas à lui seul reconnaissance de ce fait<sup>178</sup>. Aussi un fait ne peut-il plus être considéré comme constant par le juge dès lors qu'il est allégué par une partie et non contesté par son adversaire. Le silence de la partie adverse doit vraisemblablement être corroboré par d'autres éléments de preuve pour qu'un fait soit tenu pour constant par le juge. Cette solution peut alors être rapprochée de la jurisprudence actuellement établie en droit des contrats selon laquelle « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* »<sup>179</sup>. En remettant en cause la théorie du fait constant, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, n'est dès lors plus réduit, car les faits allégués non contestés ne sont plus *ipso facto* exclus du champ de la preuve et, éventuellement, du doute.

Si le doute est globalement réduit en évitant la preuve du droit et en éludant/limitant la preuve des faits, il l'est également en bouleversant l'objet de la preuve.

---

<sup>174</sup> Th. LE BARS, *La théorie du fait constant*, J.C.P. (G), 1999, I, 178, pp. 1969 et ss., spéc. n° 8, p. 1970.

<sup>175</sup> Th. LE BARS, *art. préc.*, spéc. n° 9 et 10, pp. 1970 et ss.

<sup>176</sup> Th. LE BARS, *art. préc.*, spéc. n° 10, pp. 1970 et ss.

<sup>177</sup> Th. LE BARS, *art. préc.*, spéc. n° 11, p. 1971.

<sup>178</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 avril 2000, Bull. civ. I, n° 111 ; *adde*, dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 mai 2007, Bull. civ. I, n° 209 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-27.449 (inédit).

<sup>179</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2009, Bull. civ. I, n° 113 ; *adde*, dans le même sens, Cass. com., 18 janvier 2011, Bull. civ. IV, n° 3.

## § II : La modification de l'objet de la preuve

26. Le doute peut parfois résider dans le droit substantiel et rejaillir sur la preuve. C'est le cas, par exemple, de la propriété ou de la paternité du mari. Pour réduire le doute inhérent à certains faits, le législateur instaure alors des présomptions légales. Grâce à elles, l'existence d'un fait va être déduite de la preuve d'autres faits très aisés à établir. Cependant, toutes les présomptions légales ne réduisent pas le doute d'une manière définitive. À dire vrai, seules y parviennent les présomptions légales irréfragables, parce qu'elles suppriment en amont tout débat probatoire. Ainsi, le doute est réduit par le mécanisme des présomptions légales (A) et varie en fonction de leur nature (B).

### A) Le mécanisme des présomptions légales

27. **La réduction du doute par les présomptions légales.** Le doute est réduit en instituant des présomptions légales. Actuellement, la présomption légale est régie par l'article 1354 du Code civil et définie au sein du premier alinéa : « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve* ». Aussi est-elle désormais mieux distinguée d'autres présomptions. D'une part, la présomption légale ne constitue pas une « présomption antejudiciaire », c'est-à-dire qu'elle ne désigne pas « *celui des plaideurs qui devant faire la preuve succombera si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante* »<sup>180</sup>. D'autre part, elle diffère d'une présomption du fait de l'homme. En effet, la présomption légale paraît s'en rapprocher en reposant au moins en principe sur un raisonnement logique inductif et une probabilité raisonnable<sup>181</sup>. D'ailleurs, elle est souvent associée à la présomption du fait de l'homme : l'ancien article 1349 du Code civil les définissait d'une manière concomitante comme « [...] *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* » et la doctrine fait tantôt observer que les présomptions légales constituent des présomptions de fait généralisées et systématisées par la loi<sup>182</sup>. Mieux, A.-Bl. CAIRE les regroupe dans une même

---

<sup>180</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 219.

<sup>181</sup> En ce sens, v. not. J. DUPICHOT & D. GUÉVEL, *Contrats et obligations – Présomptions – Notions générales*, J.-Cl. civ., Fasc. 10, 2009 (dernières mises à jour en 2016), n° 17.

<sup>182</sup> L'expression selon laquelle la présomption légale ne constitue qu'une présomption de fait « *généralisée et systématisée par la loi* » revient à E. BARTIN, v. Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 750, pp. 100 et ss., note 1 *bis*, pp. 100 et ss., spéc. p. 101 ainsi que § 749, pp. 62 et ss., note 10 *bis*, pp. 78 et ss., spéc. p. 79 ; *adde*, J. DUPICHOT & D. GUÉVEL, *op. cit.*, n° 148 ; J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 81 ; J. DEVÈZE, *th. préc.*, n° 355, pp. 478 et ss., spéc. p. 478.

catégorie, celle des « *présomptions-preuves* »<sup>183</sup>. Toutefois, la présomption légale s'éloigne de la présomption du fait de l'homme en résultant de la loi et non du juge<sup>184</sup>. Aussi renvoie-t-elle manifestement à un raisonnement que le législateur a fait une fois pour toutes et qu'il impose au juge<sup>185</sup> : « *une fois que certains faits sont prouvés, il en est tiré par un raisonnement l'existence d'un autre fait* »<sup>186</sup>.

Par suite, d'un point de vue strictement probatoire, la présomption légale a plusieurs effets. Tout d'abord, elle allège le travail probatoire de la partie en faveur de laquelle elle est posée « *en substituant à l'objet initial de la preuve un autre objet plus facile à démontrer* »<sup>187</sup>. J. CHEVALIER, dans son célèbre cours sur la charge de la preuve, l'a expliqué en évoquant les présomptions aujourd'hui abandonnées de survie entre les comourants et de paiement de la dot<sup>188</sup>. Toutefois, de telles explications valent pour d'autres présomptions légales toujours en vigueur. En effet, à titre d'exemple, la présomption de libération du débiteur posée à l'article 1342-9 du Code civil facilite bien la preuve en déplaçant son objet, parce qu'au lieu d'avoir à prouver le paiement, le débiteur doit simplement prouver que le créancier lui a remis le titre original ou la copie exécutoire de ce titre. Aussi la présomption légale est-elle un « *avantage probatoire* »<sup>189</sup> ou « *un remède à une difficulté de preuve* »<sup>190</sup>, mais elle ne dispense jamais de toute preuve la partie en faveur de laquelle elle est posée. À dire vrai, la présomption légale a parfois été analysée comme une dispense de toute preuve. D'ailleurs, l'ancien alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1352 du Code civil pouvait alimenter cette analyse. Toutefois, aux termes de l'article 1354 du Code civil, la présomption légale n'exonère pas la partie au profit de laquelle elle est posée de tout effort probatoire<sup>191</sup>. A. HUET l'avait

---

<sup>183</sup> A.-Bl. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Préf. J.-P. MARGUÉNAUD, Paris, A. Pedone, 2012, pp. 43 et ss.

<sup>184</sup> Cep., le juge crée en pratique des « *présomptions légales* », v. not. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 1101, pp. 940 et ss.

<sup>185</sup> En ce sens, v. not. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 717, pp. 699 et ss., spéc. p. 699.

<sup>186</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, n° 717, pp. 699 et ss., spéc. p. 699.

<sup>187</sup> Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 216, p. 187 ; *adde*, dans cet esprit, Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, Tome III*, Paris, Sirey, 1921, n° 232, pp. 277 et ss., spéc. p. 280 : elle « *opère, d'office et directement, une simplification de la preuve à fournir, par la transformation des éléments à démontrer* ».

<sup>188</sup> J. CHEVALIER, *ibid.*, p. 81.

<sup>189</sup> G. CORNU, *Introduction au droit*, 13<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2007, n° 203, pp. 112 et ss., spéc. p. 112.

<sup>190</sup> G. CORNU, *ibid.*, n° 203, pp. 112 et ss., spéc. p. 112.

<sup>191</sup> V. rapp. remis au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

expliqué<sup>192</sup>. Pour que la présomption légale s'applique, son bénéficiaire doit prouver les faits sur lesquels la loi la fonde. Aussi entraîne-t-elle simplement une « *modification* » ou une « *mutation du fait à prouver* » : « *sera soumis à la nécessité de la preuve, non le fait qui donne naissance au droit prétendu, mais celui auquel est attaché à la présomption* »<sup>193</sup>. À titre d'illustration, la présomption de paternité énoncée à l'article 312 du Code civil commande de prouver qu'un homme est l'époux de la mère et que l'enfant a été conçu ou est né pendant le mariage. Par ailleurs, la présomption légale impose au juge de considérer un fait comme vrai dès lors que certains faits sont prouvés. Ainsi, celle-ci « *met au jour un traitement juridique de l'incertitude sur les faits* »<sup>194</sup>. En effet, la conviction du juge sur l'existence du fait présumé est sans importance. Il peut être convaincu ou ne pas l'être. J.-Fr. CESARO l'a d'ailleurs souligné dans une thèse consacrée au doute en droit privé : « *appliquer une présomption c'est tenir pour vrai un fait dont en définitive le juge peut ne pas être convaincu* »<sup>195</sup>. En édictant une présomption légale, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est alors réduit, puisque le juge admet la certitude d'un fait quelle que soit sa conviction profonde.

Toutefois, une présomption légale ne réduit pas systématiquement le doute de façon définitive, car la partie contre laquelle elle joue peut tantôt démontrer que les circonstances particulières des faits fournissent un démenti à l'induction de la loi, c'est-à-dire apporter une preuve contraire à la présomption<sup>196</sup>. Tout dépend de la nature de la présomption légale.

## **B) La typologie des présomptions légales**

**28. La réduction du doute suivant la nature de la présomption légale.** Le doute n'est pas toujours réduit de manière définitive par une présomption légale. Il l'est simplement lorsque la présomption est irréfutable (1) ; il ne l'est jamais lorsqu'elle est simple ou mixte (2).

---

<sup>192</sup> A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Préf. R. PERROT, Dalloz, Coll. Bibliothèque de droit international privé, 1965, n° 128, pp. 160 et ss.

<sup>193</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>194</sup> G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1099, pp. 938 et ss., spéc. p. 939.

<sup>195</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 322, pp. 349 et ss., spéc. p. 349.

<sup>196</sup> En ce sens, v. not. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Articles 1101 à 1386, Tome VII*, Nouvelle édition tenue au courant de la jurisprudence, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885, n° 2, pp. 199 et ss. ; Fr. GÉNY, *op. cit.*, n° 232, pp. 277 et ss., spéc. p. 282.

## 1) La réduction définitive du doute par la présomption légale irréfragable

**29. La réduction du doute probatoire par les présomptions irréfragables.** Ainsi, le doute est définitivement réduit lorsque la présomption légale est irréfragable, absolue ou « *juris et de jure* »<sup>197</sup>. En effet, lorsque la présomption légale est irréfragable, l'alinéa 2 de l'article 1354 du Code civil interdit à la partie contre laquelle elle joue de rapporter des « contre-preuves » susceptibles de la renverser : « *elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée* »<sup>198</sup>. Aussi la loi reconnaît-elle l'existence d'un fait et interdit de prouver son inexactitude. Tel est le cas, par exemple, de la présomption d'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement des articles L. 1232-6 et L. 1233-16 du Code du travail. En effet, l'absence d'énonciations des motifs de rupture d'un contrat de travail, dans une lettre de licenciement, présume de façon irréfragable le caractère abusif du licenciement d'un salarié<sup>199</sup>. Autrement dit, le licenciement abusif du salarié est inattaquable : il n'est pas susceptible de preuve contraire. En interdisant de renverser une présomption dite irréfragable, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est dès lors définitivement réduit, parce que le débat probatoire sur un fait est en amont évincé<sup>200</sup>. En effet, le fait est *ab initio* écarté du champ de la preuve et, éventuellement, du doute.

## 2) La réduction non-définitive du doute par la présomption légale simple ou mixte

**30. La forte atteinte à la réduction du doute par les présomptions simples.** En revanche, le doute n'est plus définitivement réduit lorsque la présomption légale est simple, réfragable

---

<sup>197</sup> Sur l'utilisation indifférente de ces trois appellations, v. not. H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, Tome I, Premier volume, 12<sup>ème</sup> éd.* par Fr. CHABAS, Montchrestien, 2000, n° 381, pp. 533 et ss., spéc. p. 533 ; G. CORNU, *op. cit.*, n° 207, pp. 114 et ss., spéc. p. 114 ; J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et droit français : introduction, méthodologie, synthèses*, Dalloz, 1992, p. 547 ; J. DUPICHOT & D. GUÉVEL, *op. cit.*, n° 188.

<sup>198</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit, 16<sup>ème</sup> éd.*, LexisNexis, 2016, n° 539, pp. 479 et ss., spéc. p. 480 ; A. AYNÈS & X. VUITTON, *op. cit.*, n° 85, pp. 56 et ss. ; G. CORNU, *ibid.*, n° 207, pp. 114 et ss., spéc. p. 114 ; H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 381, pp. 533 et ss. L'art. 1354 du C. civ. ne prévoit plus que la présomption légale irréfragable puisse être renversée par serment décisoire ou aveu judiciaire ; une telle solution figurait non seulement à l'ancien art. 1352 al. 2 du C. civ. *in fine*, mais encore à l'art. 1355 al. 2 du Projet d'ordonnance. Sur l'art. 1355 du projet, v. not. M. MEKKI, *Article 1355 : les présomptions légales*, R.D.C., septembre 2015, n° 3, pp. 805 et ss. ainsi que *Charge de la preuve et présomptions légales, L'art de clarifier sans innover*, Dr. et patrimoine, septembre 2015, pp. 36 et ss.

<sup>199</sup> En ce sens, v. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 217, pp. 187 et ss., spéc. p. 188.

<sup>200</sup> Sur l'idée que la présomption légale irréfragable évince le débat probatoire et écarte la question du doute, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, note 285, p. 226.

ou « *juris tantum* »<sup>201</sup>. En effet, lorsque la présomption légale est simple, l’alinéa 2 de l’article 1354 du Code civil autorise la partie contre laquelle elle joue à la renverser par tout mode de preuve : « *Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve* ». Tel est le cas, par exemple, de la présomption de bon état locatif des lieux loués de l’article 1731 du Code civil ou de celle de libération du débiteur de l’article 1342-9 du Code civil. En effet, le défaut d’état des lieux fait présumer que le local a été reçu par le preneur en bon état de réparations locatives. En outre, la remise volontaire par le créancier du titre original, comme de la copie exécutoire du titre, fait présumer que le débiteur est libéré. Toutefois, le bon état de réparations locatives et la libération du débiteur sont réfutables : ils souffrent tous deux de la preuve contraire<sup>202</sup>. En permettant de renverser une présomption dite simple, le « doute factuel », c’est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, n’est alors plus définitivement réduit, puisque le débat probatoire sur un fait n’est pas entièrement éliminé. En effet, le fait peut entrer dans le champ de la preuve et, éventuellement, du doute, parce que le débat probatoire reste ouvert.

**31. La forte atteinte à la réduction du doute par les présomptions mixtes.** Enfin, dans le même esprit, le doute n’est pas non plus définitivement réduit lorsque la présomption légale est mixte ou relative<sup>203</sup>. En effet, lorsque la présomption légale est mixte, l’alinéa 2 de l’article 1354 du Code civil autorise la partie contre laquelle elle joue à la renverser tout en indiquant les modalités : « *elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l’objet sur lequel elle peut être renversée* »<sup>204</sup>. Tel est le cas de la présomption de responsabilité du preneur énoncée par l’article 1733 du Code civil. En effet, la destruction de l’immeuble par le feu fait présumer que le preneur est responsable du dommage causé, mais celui-ci peut la renverser en démontrant une ou plusieurs des circonstances inventoriées par l’article 1733 du Code civil, c’est-à-dire en prouvant « *que l’incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction* » « *ou que le*

---

<sup>201</sup> Sur l’utilisation indifférente de ces trois appellations, v. not. G. CORNU, *op. cit.*, n° 206, p. 114 ; J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 545.

<sup>202</sup> Dorénavant, la présomption de libération du débiteur de l’art. 1342-9 du C. civ. est toujours simple : avant la réforme, elle pouvait être irréfutable, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 2004, Bull. civ. I, n° 6.

<sup>203</sup> La dénomination « *présomption relative* » revient à R. DECOTTIGNIES, v. R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Thèse Lille, 1949, L.G.D.J., 1949, n° 56 et ss., pp. 135 et ss., spéc. p. 136.

<sup>204</sup> Sur le principe qu’une présomption légale mixte peut être renversée par la démonstration de faits précis ou par certains modes de preuve, v. déjà H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 383, p. 535 ; A. AYNÈS & X. VUITTON, *op. cit.*, n° 87, pp. 57 et ss., spéc. p. 57.

*feu a été communiqué par une maison voisine* »<sup>205</sup>. En définitive, la preuve de l'indétermination de l'origine du sinistre par le preneur ou celle de l'imprudence d'un invité ne permettrait pas de renverser la présomption et de l'exonérer de sa responsabilité contractuelle. En permettant à de strictes conditions de renverser une présomption dite mixte, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, n'est alors plus définitivement réduit, car le débat probatoire sur un fait n'est pas intégralement supprimé. En effet, le fait peut entrer dans le champ de la preuve et, éventuellement, du doute, puisque le débat probatoire reste ouvert, quoique très étroitement encadré.

Toutefois, si le doute peut semble-t-il être réduit par une présomption légale, encore faut-il qu'elle soit applicable. En effet, la partie contre laquelle une présomption joue peut la combattre en établissant son inapplicabilité, c'est-à-dire en prouvant que celle-ci n'a pas lieu d'être invoquée par son adversaire pendant le procès. En d'autres termes, elle peut ébranler l'existence de ses éléments<sup>206</sup>. À titre d'exemple, le créancier peut détruire la présomption de libération du débiteur de l'article 1342-9 du Code civil en prouvant que la remise du titre n'a pas été volontaire. Aussi le doute ne peut-il être réduit qu'à la condition que la présomption s'applique au litige ; il ne peut pas l'être lorsqu'elle tombe.

En définitive, le doute est bien réduit par les présomptions légales et, surtout, par les présomptions légales irréfragables, puisqu'elles permettent de le réduire de façon définitive. Néanmoins, si le doute est réduit par les règles sur l'objet de la preuve, il l'est également par celles sur les modes de preuve et leur force probante.

## **SECTION II : LES RÈGLES SUR LES MODES DE PREUVE ET LEUR FORCE PROBANTE**

**32.** Les modes de preuve et leur force probante doivent être rigoureusement distingués, quoique très souvent associés. En effet, les modes de preuve peuvent être définis comme les moyens à la disposition des parties pour rapporter la preuve de ce qu'elles invoquent, tandis

---

<sup>205</sup> Cep., la jurisprudence assimile à un vice de construction un défaut d'entretien imputable au bailleur s'il est à l'origine de l'incendie, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 juin 2005, Bull. civ. III, n° 128 ; D. 2005, p. 2580, note M.-A. RAKOTOVAHINY (d'ailleurs, d'éventuelles fautes du bailleur ne peuvent fonder une exonération du locataire s'il est constaté qu'elles ne sont pas à l'origine de l'incendie, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-10.033 (publié au bulletin) ; P.A., 14 février 2008, n° 33, p. 12, note M. KEITA).

<sup>206</sup> En ce sens, v. J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 546.

que la force probante peut être définie comme l'aptitude d'un mode de preuve à convaincre le juge lorsqu'il est produit à l'instance<sup>207</sup>. Toutefois, tous deux constituent un terrain propice au doute. À dire vrai, les modes de preuve peuvent questionner sur leur fiabilité. En outre, la force probante des modes de preuve peut provoquer des hésitations de la part du juge. Pour réduire le doute, le législateur instaure dès lors plusieurs mécanismes. D'une part, il propose une hiérarchie des preuves et privilégie des modes de preuve au détriment d'autres. D'autre part, il définit en amont le crédit qui doit être reconnu à certains modes de preuve. Ainsi, par le biais des modes de preuve et de leur force probante, le doute est réduit de deux manières différentes : il est réduit en limitant l'admissibilité des modes de preuve (§ I) et en encadrant l'appréciation de leur force probante (§ II).

### **§ I : L'admissibilité des modes de preuve**

**33.** Le doute peut résider dans les modes de preuve eux-mêmes, puisque leur fiabilité est incertaine. En effet, les témoignages suscitent une certaine méfiance, parce que les témoins peuvent être oublieux et subjectifs<sup>208</sup>. De même, l'écrit n'est pas un gage de la vérité parfaite, puisque celui-ci peut ne plus correspondre à la volonté des parties. Comme le fait valoir J.-Fr. CESARO, « *Sans même évoquer l'hypothèse d'un faux ou d'une simulation, rien n'interdit de penser qu'après les mots initialement figés dans le contrat, les parties n'aient verbalement convenu de modifier les termes de leur rapport, de l'acclimater, de l'adapter* »<sup>209</sup>. Pour autant, les contestations doivent être tranchées par le juge et la justice rendue. Dans ces conditions, l'écrit peut dès lors s'avérer préférable à tout autre mode de preuve. D'ailleurs, le législateur en fait une pièce centrale du système probatoire des obligations civiles dès lors qu'il satisfait à des conditions particulières. En effet, si l'écrit ne garantit pas la vérité parfaite, il offre « *la sécurité d'une vérité plus fiable lorsqu'elle est inscrite sur un support* »<sup>210</sup>. Aussi le doute est-il réduit en exigeant une preuve écrite (A) et en déterminant les caractéristiques d'une preuve écrite (B).

---

<sup>207</sup> En ce sens, sur la force probante, v. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 250, pp. 229 et ss., spéc. p. 229.

<sup>208</sup> En ce sens, v. not. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 78, pp. 112 et ss., spéc. p. 114.

<sup>209</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 78, pp. 112 et ss., spéc. p. 114.

<sup>210</sup> M. MEKKI, *Preuve et vérité en France, art. préc.*, spéc. n° 11, pp. 820 et ss.

## A) L'exigence d'une preuve écrite

**34.** Le doute est réduit par l'article 1359 du Code civil qui impose une preuve par un écrit (1)<sup>211</sup>. Toutefois, le doute est faiblement réduit par le dispositif de l'article 1359 du Code civil, parce que l'exigence d'une preuve par un écrit souffre de nombreux tempéraments (2).

### 1) Les règles de l'article 1359 du Code civil

**35.** Le doute est réduit par les mécanismes de l'article 1359 du Code civil en exigeant non seulement de prouver par un écrit (a), mais aussi de prouver « outre ou contre » un écrit par un autre écrit (b).

#### a) L'obligation de prouver par un écrit

**36.** **La première règle énoncée à l'article 1359 du Code civil : l'obligation de prouver par écrit (sous signature privée ou authentique) l'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret (1 500 euros).** Tout d'abord, le doute est réduit en exigeant un écrit pour prouver un acte juridique excédant une somme ou une valeur de 1 500 euros. En effet, un écrit ne constitue pas le gage de la parfaite vérité. Néanmoins, il offre une vérité plus fiable pour plusieurs raisons. À dire vrai, l'écrit est préparé avant tout litige<sup>212</sup>. De plus, il « *a une valeur objective qui n'est point attachée aux dépositions des témoins* »<sup>213</sup> et « *son contenu ne se modifie pas et reste insensible aux passions du procès* »<sup>214</sup>. En exigeant un écrit pour prouver un acte juridique au-delà d'une somme ou d'une valeur de 1 500 euros, le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est alors réduit, car la matérialité même de l'écrit est un gage de l'existence d'un acte juridique. Toute autre preuve n'offrirait pas pareille sécurité.

Toutefois, le doute n'est que très imparfaitement réduit par cette première règle, car elle n'est pas appliquée uniformément. À dire vrai, de nombreuses distorsions existent. Tout d'abord, cette règle n'est pas appliquée à tous les actes juridiques : elle paraît appliquée aux

---

<sup>211</sup> L'art. 1359 du C. civ. correspond à l'ancien art. 1341 du C. civ.

<sup>212</sup> V. *infra* n° 42 et ss.

<sup>213</sup> Fr. TERRÉ, *op. cit.*, n° 622, pp. 506 et ss.

<sup>214</sup> J.-Fr. CESARO, in *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapp. annuel Cour cassat. 2012, Doc. franç., 2013, pp. 85 et ss., spéc. p. 89.

conventions<sup>215</sup> et, parmi celles-ci, aux contrats<sup>216</sup>, mais ne l'est pas à tous les actes juridiques unilatéraux. À titre d'exemples, la preuve d'une reconnaissance de dette doit être rapportée par un écrit<sup>217</sup>, mais non celle de l'acceptation d'une promesse unilatérale de vente<sup>218</sup> ou de la renonciation à un droit<sup>219</sup>. En outre, cette règle est appliquée aux contrats exprès, mais ne l'est pas à tous les contrats tacites. À titre d'exemple, les juges retiennent que la preuve d'un mandat tacite doit être faite par un écrit<sup>220</sup>, mais hésitent à généraliser cette solution<sup>221</sup>.

**37. L'application de la première règle énoncée à l'article 1359 du Code civil au contenu de l'acte juridique.** Ensuite, le doute est réduit en imposant un écrit pour prouver le contenu d'un acte juridique dont l'existence n'est pas remise en cause. En effet, la Haute Juridiction a longtemps affirmé que l'article 1341 du Code civil – aujourd'hui l'article 1359 du Code civil – ne s'appliquait pas, de sorte que le contenu exact de l'acte juridique pouvait être prouvé par tous moyens<sup>222</sup>. Cependant, elle considère dès à présent que cet article doit s'appliquer pour prouver l'existence et le contenu de l'acte juridique<sup>223</sup>. En imposant un écrit pour prouver le contenu d'un acte juridique dont l'existence n'est pas réfutée, le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est dès lors réduit, car la matérialité

---

<sup>215</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 431 ; J.C.P. (G), 1997, IV, 215 ; J.C.P. (G), 1997, I, 4060, spéc. n° 4, obs. H. PÉRINET-MARQUET (une convention d'indivision).

<sup>216</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juillet 1966, Bull. civ. I, n° 429 (un contrat de vente) ; Cass. com., 12 juin 1950, Bull. civ. III, n° 209 (un contrat d'entreprise) ; Cass. com., 4 juillet 2006, Bull. civ. IV, n° 162 (un contrat de prêt).

<sup>217</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006, Bull. civ. I, n° 293.

<sup>218</sup> Cass. civ., 25 mai 1949, S. 1950, I, p. 17, note R. MEURISSE.

<sup>219</sup> V. par ex., Cass. req., 14 mai 1946, D. 1946, p. 374 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 novembre 1954, Bull. civ. I, n° 328 ; Cass. com., 25 juin 1958, Gaz. Pal. 1958, II, p. 194 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mai 1972, Bull. civ. III, n° 311 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 1980, Bull. civ. I, n° 142.

<sup>220</sup> V. par ex., Cass. civ., 29 décembre 1875, S. 1876, I, p. 401, note J.-E. L. ; Cass. req., 7 novembre 1899, D.P. 1899, I, p. 563 ; S. 1901, I, p. 25 ; Cass. civ., 4 novembre 1902, S. 1902, I, p. 488 ; Cass. civ., 6 janvier 1925, S. 1925, I, p. 127 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 octobre 1970, Bull. civ. III, n° 562 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 novembre 1976, Bull. civ. I, n° 368.

<sup>221</sup> En ce sens, v. not. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 662, pp. 639 et ss., spéc. p. 640 ; J.-L. MOURALIS, *Rép. civ.*, V° Preuve (2° règles de preuve), 2011 (dernières mises à jour en 2016), n° 204.

<sup>222</sup> En ce sens, v. Cass. civ., 10 juillet 1945, D. 1946, p. 181, note P. MIMIN (l'étendue d'un mandat dont l'existence n'est pas déniée peut être délimitée d'après les circonstances de la cause et par des présomptions) ; Cass. soc., 24 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 456 (l'étendue des obligations de l'acquéreur de récoltes peut être établie par témoins ou présomptions dès lors que l'existence de la vente elle-même n'est pas contestée et que les parties ne sont pas d'accord sur le prix déterminé verbalement) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 janvier 1969, Bull. civ. I, n° 30 (en l'absence de contestation sur l'existence d'un contrat relatif à la commande et à la livraison de meubles, le contenu même de ce contrat, en particulier le prix arrêté entre les parties – qui n'était indiqué dans aucun écrit –, peut être prouvé par tous moyens) ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 janvier 1970, Bull. civ. III, n° 50 (en l'absence de contestation sur l'existence d'un bail, la consistance et l'étendue de la chose louée peuvent être prouvées par témoins ou présomptions).

<sup>223</sup> En ce sens, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 janvier 1969, Bull. civ. III, n° 66 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juillet 1975, Bull. civ. I, n° 241 ; J.C.P. (G), 1976, II, 18414, obs. Th. IVAINER ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avril 1977, Bull. civ. I, n° 192 ; D. 1977, p. 413, note Ch. GAURY.

même de l'écrit est un gage du contenu d'un acte juridique. Toute autre preuve ne fournirait là encore pas pareille sécurité.

En définitive, le doute est globalement bien réduit par cette règle de l'article 1359 du Code civil. Il l'est encore par la seconde en exigeant une preuve par un autre écrit.

### **b) L'obligation de prouver par un autre écrit**

**38. La seconde règle énoncée à l'article 1359 du Code civil : l'obligation de prouver par écrit à la fois outre ou contre le contenu à un acte juridique.** Le doute est réduit en exigeant de prouver « outre ou contre » un écrit établissant un acte juridique par un autre écrit, et ce, même si la somme ou la valeur de cet acte n'excède pas 1 500 euros. En effet, pour prouver que l'écrit est incomplet ou qu'il ne correspond pas à ce qui a été convenu, un autre écrit est exigé : tout autre mode de preuve est irrecevable<sup>224</sup>. Les deux pans de la règle sont d'ailleurs très étroitement encadrés par la Haute Juridiction. Les illustrations foisonnent. Dans un arrêt du 6 février 1928, les juges ne devaient pas examiner des témoignages ou des présomptions produits par une partie pour prouver qu'un acte, présenté comme pur et simple par un écrit, était assorti d'une condition<sup>225</sup>. En outre, dans un arrêt du 5 février 1974, dès lors qu'un acte notarié entérinait la vente d'une exploitation agricole, ils ne pouvaient pas décider que cette vente incluait aussi la cession de parts d'une société coopérative, en relevant une attestation du notaire rédacteur selon laquelle le vendeur s'était verbalement engagé à les céder<sup>226</sup>. Par ailleurs, dans un arrêt du 8 janvier 1970, ils ne pouvaient pas se fonder sur des présomptions et des attestations pour considérer que les parties à un contrat d'entreprise avaient, avant la conclusion finale du marché, exclu une fourniture pourtant prévue dans l'écrit retraçant leur convention<sup>227</sup>. Enfin, dans un arrêt du 26 février 1963, ils ne pouvaient pas s'appuyer sur des présomptions et un témoignage pour affirmer que des biens avaient été remis à titre de prêt alors qu'un écrit indiquait qu'ils avaient été remis à titre de dépôt<sup>228</sup>. En exigeant de prouver « outre ou contre » un écrit établissant un acte juridique par un autre écrit, et ce, même si la somme ou la valeur de cet acte n'excède pas 1 500 euros, le doute matériel, c'est-à-dire le

---

<sup>224</sup> Sur ce qu'il faut entendre par prouver outre ou contre un écrit, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1146, p. 978.

<sup>225</sup> Cass. req., 6 février 1928, D.P. 1928, I, p. 148, note G. GABOLDE ; S. 1928, I, p. 265, note F. G.

<sup>226</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 février 1974, Bull. civ. I, n° 44 ; Defrénois 1974, art. 30746, n° 38, p. 1175, note J.-L. AUBERT.

<sup>227</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 janvier 1970, Bull. civ. III, n° 26.

<sup>228</sup> Cass. crim., 26 février 1963, Bull. crim., n° 91.

doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est alors réduit, puisque la matérialité même de la preuve contraire est le gage d'un écrit incomplet ou d'une différence avec ce qui a été initialement convenu.

Toutefois, le doute n'est pas toujours réduit par cette seconde règle, parce qu'elle est écartée dans plusieurs situations. D'abord, cette règle peut être exclue en cas de simulation. À dire vrai, si l'acte ostensible a été consigné dans un écrit, prouver l'existence d'une contre-lettre n'est autre que prouver « contre et outre » un écrit. Or, si les parties ou leurs héritiers doivent prouver une simulation grâce à un écrit<sup>229</sup>, les tiers peuvent la prouver librement<sup>230</sup>. En outre, cette règle est exclue en cas d'erreur matérielle. En effet, dans un très vieil arrêt, la Haute Juridiction avait considéré que la preuve d'une erreur matérielle pouvait être faite par tous moyens, dès lors que la partie qui l'invoquait ne cherchait pas à établir une convention autre que celle constatée dans l'écrit et qu'elle ne pouvait pas produire une preuve écrite de cette inexactitude<sup>231</sup>. Cependant, la portée de cet arrêt était incertaine. En effet, en retenant que la simple allégation d'une erreur matérielle pouvait être établie librement, une atteinte grave était portée à la deuxième règle de l'article 1341 du Code civil<sup>232</sup>. De plus, la portée de cet arrêt était vraisemblablement à minimiser, puisque le litige « *portait moins sur la réalité d'une omission dans la description des lieux assurés que sur le caractère volontaire ou non de cette lacune de l'écrit* »<sup>233</sup>. Or, dans un arrêt du 26 janvier 2012, la Cour de cassation a choisi d'abandonner définitivement le terrain probatoire et, plus particulièrement la seconde règle de l'article 1341 du Code civil, pour solutionner la difficulté posée par une erreur matérielle : lorsque les circonstances rendent vraisemblable l'erreur matérielle, elle considère que cette situation rend ambiguë la clause litigieuse et qu'elle justifie une interprétation de la volonté des parties en s'appuyant sur des présomptions ou témoignages, si besoin est<sup>234</sup>. Enfin, cette

---

<sup>229</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 avril 1951, Bull. civ. I, n° 116 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 mars 1953, D. 1953, p. 367 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janvier 1960, Bull. civ. I, n° 22 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juillet 1970, Bull. civ. I, n° 240 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 1977, Bull. civ. I, n° 379 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 mai 1978, Bull. civ. III, n° 186 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 janvier 1989, Bull. civ. I, n° 28 ; R.T.D. civ., 1990, p. 79, obs. J. MESTRE.

<sup>230</sup> V. par ex., Cass. com., 16 janvier 1952, Bull. civ. III, n° 30 ; Cass. soc., 17 mai 1957, Bull. civ. IV, n° 567 ; Cass. soc., 13 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 377 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 novembre 1973, Bull. civ. III, n° 565 ; Cass. com., 19 décembre 1973, Bull. civ. IV, n° 374.

<sup>231</sup> Cass. req., 19 janvier 1870, D.P. 1870, I, p. 302 ; S. 1871, I, p. 97.

<sup>232</sup> En ce sens, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 665, pp. 644 et ss., spéc. p. 645 ; J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 312.

<sup>233</sup> En ce sens, v. J.-L. MOURALIS, *ibid.*, n° 312.

<sup>234</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janvier 2012, Bull. civ. I, n° 13 ; D. 2012, p. 352 ; R.T.D. civ., 2012, p. 119, obs. B. FAGES ; R.D.C., juillet 2012, n° 3, p. 819, obs. R. LIBCHABER.

règle est exclue en cas de fraude. En effet, l'ancien article 1353 du Code civil autorisait sans réserve la preuve par présomptions lorsque l'acte était « *attaqué pour cause de fraude ou de dol* ». Toutefois, en dépit de la suppression de cette disposition à la suite de la réforme de la preuve, le maintien de cette solution ne fait aucun doute, même si la simple allégation d'une fraude ne suffit pas à autoriser une preuve autre qu'un écrit pour prouver contre et outre les énonciations d'un écrit ; encore faut-il que les juges discernent une circonstance constitutive d'une fraude<sup>235</sup>.

En définitive, le doute est globalement bien réduit par cette seconde règle de l'article 1359 du Code civil. Toutefois, cette exigence d'une preuve par un écrit connaît de nombreux tempéraments.

## 2) Les tempéraments aux règles de l'article 1359 du Code civil

**39. Le domaine restreint des deux règles de l'article 1359 du Code civil.** Tout d'abord, le doute est beaucoup moins réduit qu'il n'y paraît par les deux règles de l'article 1359 du Code civil, car elles ne sont pas d'application générale. En effet, les deux règles de l'article 1359 du Code civil sont exclues dans plusieurs hypothèses : elles ne s'appliquent pas aux tiers<sup>236</sup>, aux faits juridiques et aux actes juridiques en matière commerciale<sup>237</sup>. D'ailleurs, le principe de la liberté de la preuve des faits juridiques ne fait désormais plus de doute, car il est formulé par l'article 1358 du Code civil : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* »<sup>238</sup>. Dans le domaine contractuel, les faits juridiques dans la phase précontractuelle et contractuelle se prouvent dès lors librement : tel est le cas, par exemple, des vices du consentement<sup>239</sup> ou de l'inexécution d'une obligation contractuelle<sup>240</sup>. En outre,

---

<sup>235</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 1961, Bull. civ. I, n° 319 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 novembre 1969, Bull. civ. III, n° 785.

<sup>236</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 novembre 1970, Bull. civ. I, n° 317.

<sup>237</sup> Cette exception figurait à l'al. 2 de l'ancien art. 1341 du C. civ. ; elle n'a pas été reprise par le nouveau texte, mais elle n'en demeure pas moins, et ce, en vertu de l'art. L. 110-3 du C. com. D'ailleurs, si ce texte ne vise que les actes de commerce, la jurisprudence lui a donné une portée générale et a affirmé, par principe, la liberté de la preuve en matière commerciale, v. en ce sens, Cass. req., 31 décembre 1935, D.H. 1936, p. 66 ; Cass. com., 23 mai 1970, Bull. civ. IV, n° 168. Néanmoins, le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale doit être largement tempéré, v. en ce sens, L. GODON, *La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ?*, D. 2015, pp. 2580 et ss.

<sup>238</sup> Pour autant, le législateur prévoit parfois des procédés particuliers de préconstitution de la preuve pour des faits juridiques déjà réalisés ; c'est le cas notamment en matière d'état civil, pour les faits juridiques que sont la naissance, le mariage et le décès, lesquels se prouvent par les actes d'état civil.

<sup>239</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 février 1994, pourvoi n° 91-20.189 (inédit) ; Defrénois 1995, art. 36122, p. 876, note J. BERNARD DE SAINT AFFRIQUE : « *Mais attendu que si un vice du consentement, tel que l'erreur ou*

la première règle de l'article 1359 du Code civil est purement exclue pour les actes juridiques en deçà d'une somme ou d'une valeur de 1 500 euros. Pour autant, les limitations reconnues à ces deux règles de l'article 1359 du Code civil s'expliquent facilement. En effet, une preuve par un écrit ne peut pas être exigée des tiers qui, par définition, sont étrangers à l'acte<sup>241</sup>. De plus, elle n'est pas d'usage pour les petites affaires<sup>242</sup> et s'analyse en une contrainte dans les rapports commerciaux<sup>243</sup>. Enfin, elle n'est évidemment pas possible pour les faits juridiques, car ceux-ci sont généralement des événements inopinés<sup>244</sup>.

Néanmoins, le doute est d'autant moins réduit que ces limitations aux deux règles de l'article 1359 du Code civil se multiplient. Deux exemples peuvent mettre en évidence cette tendance. D'une part, les juges choisissent parfois de faire prévaloir le principe de la liberté de la preuve dans des situations où le Code civil impose d'établir un écrit par une disposition expresse. En effet, dans un arrêt du 26 décembre 1950, tandis que l'alinéa 2 de l'article 2044 du Code civil requiert que la transaction soit rédigée par écrit, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'article 2044 du Code civil ne rendait l'écrit obligatoire qu'en matière civile<sup>245</sup>. La preuve d'une transaction en matière commerciale pouvait dès lors être faite librement, conformément à l'article L. 110-3 du Code de commerce. En définitive, la Haute Juridiction aurait pu s'en tenir à la règle fixée par le Code civil et faire abstraction de la matière commerciale. Toutefois, elle a manifestement préféré la souplesse et accru, par là même, le champ de la liberté probatoire. D'autre part, le législateur retient désormais que la preuve du paiement constaté par une quittance peut être faite librement. En effet, les juges avaient fini par admettre que la preuve du paiement pouvait être apportée par tous moyens, puisque le paiement était un fait juridique<sup>246</sup>. Néanmoins, ils estimaient que l'article 1341 du Code civil redevenait applicable lorsque le paiement était constaté par une quittance, c'est-

---

*le dol, constitue un simple fait extérieur à l'acte notarié, de telle sorte qu'en principe sa preuve est libre et peut s'administrer par tous moyens, encore faut-il que cette preuve n'aille pas à l'encontre du contenu de cet acte ».*

<sup>240</sup> En ce sens, v. Cass. civ., 14 février 1938, S. 1938, I, p. 350.

<sup>241</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 569, p. 508.

<sup>242</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 567, pp. 506 et ss., spéc. p. 506.

<sup>243</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 568, p. 507.

<sup>244</sup> En ce sens, v. not. H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 390, pp. 554 et ss. Sur l'impossibilité de se ménager une preuve préconstituée pour les faits juridiques, v. not. Ch. LARROUMET & A. AYNÈS, *Traité de droit civil sous la direction de Christian Larroumet, Introduction à l'étude du droit, Tome I*, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2013, n° 579 bis, pp. 417 et ss.

<sup>245</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 décembre 1950, Bull. civ. I, n° 268 ; S. 1952, I, p. 37, note R. MEURISSE. D'ailleurs, la même solution a été admise à propos des contrats d'édition, malgré l'art. L. 132-1 du C.P.I. qui prévoit qu'ils « *doivent être constatés par écrit* », v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avril 1976, Bull. civ. I, n° 123.

<sup>246</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juillet 2004, Bull. civ. I, n° 202. D'ailleurs, cette analyse est consacrée à l'art. 1342-8 du C. civ.

à-dire dans un écrit<sup>247</sup>. Malheureusement, l'article 1359 du Code civil condamne aujourd'hui cette exception, parce qu'il interdit de prouver par tous moyens contre un écrit « *établissant un acte juridique* ». En effet, une quittance est un écrit établissant un fait juridique et non un acte juridique. La preuve contraire, c'est-à-dire celle du défaut de paiement, est alors libre et le champ de la preuve écrite une nouvelle fois réduit.

**40. Les exceptions à l'écrit.** De plus, le doute est moins réduit qu'il n'y paraît par les deux règles de l'article 1359 du Code civil, car elles souffrent de plusieurs exceptions. En effet, aux termes de l'article 1360 du Code civil, les parties sont autorisées à prouver un acte juridique par tout moyen dans trois hypothèses précises : « *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* ».

À dire vrai, la première exception de l'article 1360 du Code civil se justifie aisément. Il serait très injuste qu'une partie ne puisse pas apporter la preuve de son droit dès lors que le contexte l'a empêchée d'établir un écrit<sup>248</sup>. Toutefois, le doute est d'autant moins réduit que cette exception est reconnue dans des situations de plus en plus nombreuses<sup>249</sup>. En effet, les juges ont semble-t-il une conception assez souple de l'impossibilité morale de se procurer un écrit et ouvrent grandement le champ à une preuve libre<sup>250</sup>. Par exemple, ils ont admis entre les parties des liens de famille<sup>251</sup>, d'affection<sup>252</sup> ou d'amitié<sup>253</sup> et des relations de confiance, de travail ou de subordination<sup>254</sup>. Mieux, ils ont été jusqu'à retenir une relation de fraternité

---

<sup>247</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2011, Bull. civ. I, n° 194.

<sup>248</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1155, pp. 982 et ss., spéc. p. 982.

<sup>249</sup> Sur cette impossibilité de prouver par écrit, v. Ph. MALINVAUD, *L'impossibilité de la preuve écrite*, J.C.P. (G), 1972, I, 2468. Cep., cette faveur est réservée à celui qui prouve qu'il a été dans l'impossibilité d'établir un écrit et de satisfaire aux exigences de l'art. 1359 du C. civ. ; les juges n'ont pas à procéder d'office à cette recherche, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-19.819 (inédit).

<sup>250</sup> Si les juges du fond apprécient souverainement l'impossibilité de prouver par écrit, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 278, ils n'en doivent pas moins valablement et suffisamment motiver leurs décisions en fait, v. en ce sens, Cass. 3<sup>eme</sup> civ., 21 juillet 1998, pourvoi n° 97-10.891 (inédit).

<sup>251</sup> Par ex., entre parents et enfants, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1997, Bull. civ. I, n° 374 ; entre frères et sœurs, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 1958, Bull. civ. I, n° 153 ; ou entre époux, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 février 1983, Bull. civ. I, n° 68.

<sup>252</sup> Par ex., entre fiancés, v. Cass. crim., 3 mai 1967, Gaz. Pal. 1967, I, p. 340 ; entre un fiancé et ses futurs beaux-parents, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 novembre 1961, Gaz. Pal. 1962, I, p. 132 ; entre concubins, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 1969, Bull. civ. I, n° 124 ; ou entre deux personnes ayant entretenu une liaison, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 2010, pourvoi n° 09-12.372 (inédit).

<sup>253</sup> V. par ex., Cass. soc., 7 juin 1963, Bull. civ. IV, n° 480 (les liens étroits d'amitié entre un locataire et un bailleur au début de leur relation).

<sup>254</sup> V. par ex., autrefois, Cass. req., 26 juin 1929, D.H. 1929, p. 460 (les relations entre l'instituteur public d'un village et les ascendants de ses élèves) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mai 1996, Bull. civ. I, n° 191 (les relations de confiance

d'armes existant entre deux anciens militaires et leur croyance mutuelle dans leur sens de l'honneur respectif<sup>255</sup> ainsi que des liens de voisinage et d'entente cordiale née de la passion commune pour les voitures anciennes entre un garagiste et son client<sup>256</sup>.

De même, la deuxième exception de l'article 1360 du Code civil se justifie clairement. La règle portée par un usage peut être perçue comme obligatoire et exempter, par là même, d'une preuve par un écrit<sup>257</sup>. Néanmoins, une fois encore, le doute est d'autant moins réduit que cette exception peut jouer dans de très nombreux secteurs professionnels<sup>258</sup>. En réalité, la jurisprudence a toujours admis qu'un usage puisse dispenser une partie de prouver par un écrit. Les illustrations sont multiples<sup>259</sup>. Pour autant, elle paraissait y parvenir en élargissant l'exception fondée sur une impossibilité morale de se procurer un écrit<sup>260</sup>. Aussi l'autonomie reconnue à cette exception par le législateur laisse-t-elle craindre que le champ de la preuve libre empiète un peu plus celui de la preuve par un écrit.

Enfin, la troisième exception de l'article 1360 du Code civil se justifie facilement. Il ne saurait être reproché aux parties de ne pas prouver par un écrit dès lors que la disparition de

---

entre un avocat et son client) ; Cass. soc., 28 avril 1955, Bull. civ. IV, n° 345 (les liens de subordination entre un employé et ses employeurs).

<sup>255</sup> C.A. Paris, 16 mai 2013, n° 11/15292 ; D. 2013, p. 2808, obs. Ph. DELEBECQUE ; J.C.P. (G), 2013, 947, obs. J.-C. BONNEAU.

<sup>256</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 2010, pourvoi n° 09-11.527 (inédit).

<sup>257</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1157, pp. 983 et ss., spéc. p. 984.

<sup>258</sup> Néanmoins, la partie qui entend prouver un acte juridique librement doit au préalable démontrer qu'il était d'usage de ne pas confectionner d'écrit dans le secteur professionnel concerné.

<sup>259</sup> Parmi de très nombreux arrêts plus ou moins récents, v. dans le cadre d'activités particulières, Cass. crim., 7 août 1924, D.H. 1924, p. 557 (l'usage selon lequel il n'est généralement pas exigé d'un fourreur à qui on remet des peaux à travailler un écrit établissant cette remise) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1963, Bull. civ. I, n° 32 (l'usage constant en matière de vente de chevaux, qu'ils soient de ferme ou de course, selon lequel le vendeur n'exige pas de l'acheteur un écrit constatant cette vente) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 avril 1980, Bull. civ. I, n° 113 (l'usage selon lequel les ventes de chevaux se concluent verbalement) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-11.481 (inédit) (l'usage professionnel, dans le monde rural, qui consiste à n'établir ni bons de commande, ni bons de livraison de paille et que les parties avaient toujours respecté dans leurs relations professionnelles) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 février 1995, pourvoi n° 93-15.448 (inédit) (l'usage, en matière agricole, selon lequel la vente de fumier de mouton est conclue verbalement) ; Cass. com., 22 mars 2011, Bull. civ. IV, n° 50 (l'usage, en matière agricole, selon lequel les parties sont admises à conclure verbalement les ventes d'aliments pour le bétail) ; Cass. civ., 17 mars 1938, D.P. 1938, I, p. 115, note P. MIMIN (l'usage selon lequel les employeurs mécaniciens de Saint-Jean-de-Luz ne font pas émarger leurs préposés à l'occasion du paiement de leurs salaires) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juillet 1987, pourvoi n° 85-17.347 (inédit) (les relations commerciales établies dans le passé entre les parties lors desquelles aucune des commandes – portant sur plus de mille tonnes d'aliments pour les animaux d'une valeur supérieure à quarante millions de francs C.F.P. – n'avait donné lieu à la rédaction d'un écrit) ; *adde*, dans le cadre d'activités libérales, C.A. Paris, 5 juillet 1954, D. 1954, p. 705 (l'usage du barreau selon lequel un avocat ne peut exiger un écrit de l'obligation contractée à son égard par un client) ; Cass. req., 27 mars 1907, D.P. 1909, I, p. 188 (l'usage selon lequel les médecins ne peuvent exiger de leurs patients un engagement écrit concernant le paiement de leurs honoraires).

<sup>260</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *ibid.*, n° 1157, pp. 983 et ss., spéc. p. 984 ; Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 572, pp. 510 et ss., spéc. p. 511.

l'écrit est due à des évènements indépendants de leur volonté<sup>261</sup>. Toutefois, si le doute n'est plus réduit en cas de force majeure, car la partie peut prouver l'acte juridique librement, son champ n'en est pas moins aujourd'hui restreint par le nouvel article 1360 du Code civil<sup>262</sup>. En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1348 du Code civil prévoyait jusqu'alors que les règles de l'article 1341 recevaient exception lorsqu'un écrit avait été rédigé et qu'une partie se trouvait dans l'impossibilité de le produire à cause de sa perte par cas fortuit ou force majeure. Autrement dit, une partie pouvait prouver un acte juridique librement dans deux hypothèses : en cas de force majeure ou de cas fortuit. Or, le nouvel article 1360 du Code civil ne fait plus référence au cas fortuit. En supprimant cette hypothèse, le champ de la preuve libre est alors réduit et celui de la preuve par un écrit davantage préservé.

**41. La suppléance à l'écrit.** Finalement, le doute est bien moins réduit qu'il n'y paraît par les deux règles de l'article 1359 du Code civil, puisque l'article 1361 énonce désormais qu'« *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* ».

En réalité, le doute demeure réduit par l'aveu judiciaire et le serment décisoire, parce que le législateur estime qu'ils sont équivalents à un écrit. À dire vrai, comme un écrit, l'aveu judiciaire et le serment décisoire ne sont pas des gages de la vérité parfaite<sup>263</sup>. Cependant, ils procurent eux aussi la sécurité d'une vérité plus fiable, non pas en raison de la matérialité de leur support comme l'écrit, mais des circonstances dans lesquelles ils surviennent. D'ailleurs, aux termes de l'article 1379 du Code civil, le doute est désormais réduit par la copie fiable de la même manière que par un écrit. En effet, avant la réforme du droit de la preuve, l'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil précisait que les règles des articles 1341 et suivants recevaient également exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'avait pas conservé le titre original et présentait une copie qui en était la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Ainsi, lorsqu'une partie à l'acte juridique – ou son dépositaire – n'avait plus l'original du titre, mais qu'une copie en avait été faite, elle était autorisée à la produire en justice<sup>264</sup>. Toutefois,

---

<sup>261</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1156, p. 983.

<sup>262</sup> La partie qui veut prouver l'acte juridique librement doit au préalable établir que l'écrit a été perdu et que cette perte est le résultat d'un cas de force majeure ; elle n'a pas à démontrer que l'écrit existait bien avant la survenance de la force majeure et que l'écrit disparu était régulier en la forme (cette régularité est présumée).

<sup>263</sup> En ce sens, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 85, pp. 129 et ss. ainsi que n° 86, pp. 132 et ss.

<sup>264</sup> En ce sens, v. not. J.-L. MOURALIS, *Rép. civ.*, V° Preuve (1° modes de preuve), 2011 (dernières mises à jour en 2016), n° 605 : « *Cette disposition rend désormais efficace la production d'une copie dont l'original ne peut*

la loi encadrait cette libéralisation : d'une part, elle supposait que la partie à l'acte – ou son dépositaire – n'ait pas conservé le titre original<sup>265</sup> ; d'autre part, elle nécessitait que la copie soit la reproduction fidèle et durable du titre original<sup>266</sup>. D'ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil définissait une reproduction « durable ». Aussi le meilleur exemple de copie, au sens de l'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil, était-il la photocopie<sup>267</sup>, mais encore fallait-il que sa fiabilité ne soit pas contestée<sup>268</sup>. Pour autant, ce texte suscitait des « flottements » en pratique. En effet, la jurisprudence adoptait deux interprétations différentes de l'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil entre lesquelles la doctrine hésitait. Selon une première, la copie constituait un commencement de preuve par écrit : elle rendait la preuve libre et permettait de prouver l'acte juridique par tout mode de preuve<sup>269</sup>. Selon une deuxième, la copie avait la même valeur que l'original : elle pouvait faire preuve de l'acte juridique qu'elle relatait<sup>270</sup>. En revanche, si la copie pouvait permettre de prouver contre un écrit, par dérogation au second principe de l'article 1341 du Code civil, elle pouvait être combattue par tous moyens, car elle ne valait pas véritablement écrit dans cette situation<sup>271</sup>. Or, depuis la réforme du droit de la preuve, la copie « fiable » constitue une preuve écrite parfaite<sup>272</sup> : elle est admissible comme un écrit original et ne peut être combattue que par un autre écrit<sup>273</sup>. Autrement dit, la copie

---

*plus être présenté* » ; J. VIATTE, *La preuve des actes juridiques, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980*, Gaz. Pal. 1980, 2, Doctr., pp. 581 et ss., spéc. p. 582.

<sup>265</sup> Seule la partie à l'acte ayant perdu l'original – ou le dépositaire – pouvait pallier l'absence du titre original par une copie, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avril 2005, Bull. civ. I, n° 197 ; D. 2005, I.R., p. 1251 (tel n'était pas le cas d'un légataire qui n'avait jamais été dépositaire du testament dont il entendait suppléer à la disparition).

<sup>266</sup> Sur la fidélité et la durabilité, v. not. Fr. FERRAND, *op. cit.*, n° 324.

<sup>267</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mai 1996, Bull. civ. I, n° 190 ; R.T.D. civ., 1997, p. 163, obs. P.-Y. GAUTIER (la photocopie d'un bulletin de transfert du bénéfice d'une assurance-décès) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 270 ; C.C.C., 1996, comm. n° 183, note L. LEVENEUR (la photocopie d'un mandat) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 164 ; J.C.P. (G), 2001, II, 10505, note Fr. NIZARD (la reproduction d'une photocopie de mauvaise qualité, mais sans trace de falsification, d'un contrat d'assurance).

<sup>268</sup> En ce sens, v. par ex., C.A. Versailles, 25 septembre 1989, D. 1989, I.R., p. 293 ; C.A. Paris, 15 février 1990, D. 1990, I.R., p. 72 (les photocopies d'une reconnaissance de dette, dont la conformité avec les originaux n'avait jamais été contestée, constituaient une reproduction fidèle et durable). Lorsque les conditions de fidélité et de durabilité d'un document étaient contestées, les juges appréciaient souverainement si ce document satisfaisait à ces conditions, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, *préc.* ; Cass. com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-12.192 (inédit) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 février 2013, pourvoi n° 11-24.453 (inédit) ; D. 2013, p. 1041, note E. GARAUD.

<sup>269</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 février 1995, pourvoi n° 92-17.061 (inédit) (la photocopie d'une reconnaissance de dette) ; D. 1995, p. 340, note S. PIEDELIÈVRE ; J.C.P. (G), 1995, II, 22402, note Y. CHARTIER.

<sup>270</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1996, *préc.*

<sup>271</sup> En ce sens, v. not. D. GUÉVEL, *Contrats et obligations, Preuve testimoniale – Délits, quasi-délits, quasi-contrats – Perte de l'écrit – Impossibilité de produire un écrit – Copies*, J.-Cl. civ., Fasc. 60, 2015 (dernières mises à jour en 2016), n° 52.

<sup>272</sup> La fiabilité de la copie est appréciée par le juge (art. 1379 al. 1<sup>er</sup> du C. civ.) ; cep., elle est encadrée au moyen de deux présomptions (art. 1379 al. 1<sup>er</sup> et 2 du C. civ.).

<sup>273</sup> En tout état de cause, la subsistance de l'original permet seulement d'en exiger la présentation (art. 1379 *in fine*).

fiable ne constitue plus une dérogation à la preuve par écrit, mais un équivalent à l'écrit. Elle réduit alors le doute de la même manière qu'un écrit.

En revanche, le doute cesse d'être réduit par un commencement de preuve par écrit, et ce, alors même que le législateur le considère comme un équivalent à la preuve écrite dès lors qu'il est corroboré par un autre mode de preuve. En effet, le commencement de preuve par écrit ne suffit pas à lui seul pour faire la preuve. Il doit être complété par un autre moyen de preuve selon la formule de l'article 1361 du Code civil. D'ailleurs, cet élément susceptible de compléter le commencement de preuve doit être extrinsèque à l'acte juridique<sup>274</sup>. Ainsi, le commencement de preuve par écrit n'est qu'« un « *adminicule* », un *auxiliaire de preuve* » qui a pour effet d'ouvrir le champ de la preuve par tout moyen<sup>275</sup>. Aussi le doute n'est-il plus réduit. Le placer sur un pied d'égalité avec l'aveu judiciaire et le serment décisive ne semble dès lors pas judicieux. Il aurait été préférable de toujours l'analyser comme une exception à la preuve écrite et non comme un équivalent à la preuve écrite.

De surcroît, le doute est d'autant moins réduit que les juges semblent admettre assez facilement l'existence d'un commencement de preuve par écrit.

Avant la réforme du droit de la preuve par l'ordonnance du 10 février 2016, l'alinéa 2 de l'article 1347 du Code civil définissait le commencement de preuve par écrit comme « [...] *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* ». En définitive, il s'apparentait à un écrit, émanant de celui contre lequel la demande était formée, et rendant vraisemblable le fait allégué. Néanmoins, la jurisprudence a toujours interprété les éléments constitutifs d'un commencement de preuve par écrit de façon très libérale et ouvert, de la sorte, le champ de la preuve libre.

En effet, alors que le mot « *acte* » utilisé par le texte pouvait laisser penser que seuls étaient visés les écrits dressés en vue de préconstituer une preuve, les juges ont préféré une

---

<sup>274</sup> Ainsi, en matière de cautionnement (avant la loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003), le commencement de preuve par écrit que constituait un acte de cautionnement irrégulier – au regard des exigences de l'art. 1326 du C. civ. – ne pouvait pas être complété par d'autres énonciations de ce même acte, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mai 2004, Bull. civ. I, n° 125 ; C.C.C., 2004, comm. n° 105, note L. LEVENEUR ; D. 2004, somm. comm., p. 2708, obs. L. AYNÈS. En effet, la jurisprudence confère un sens précis au terme « extrinsèque » ; si le complément de preuve peut résulter du même *instrumentum*, il faut qu'il soit extrinsèque au *negotium*.

<sup>275</sup> Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 233, pp. 205 et ss., spéc. p. 206.

interprétation extensive et admis qu'un écrit quelconque suffisait<sup>276</sup>. Ainsi, maintes écritures ont permis de constituer un commencement de preuve par écrit : à titre d'exemples, un acte irrégulier, c'est-à-dire un écrit établi en vue de faire preuve, mais auquel il manquait une des conditions particulières imposées par la loi<sup>277</sup> ; une lettre missive ou des registres et papiers domestiques<sup>278</sup> ; ou un écrit de toute nature, même s'il n'était pas signé, à condition que son origine ne soit pas douteuse<sup>279</sup>. D'ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 1347 du Code civil portait lui-même une importante atteinte à la notion d'écrit, parce que le juge pouvait retenir « *comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution* »<sup>280</sup>.

Mieux, si l'écrit devait émaner de celui à qui on l'opposait, les juges ont encore admis qu'il pouvait émaner de ceux qui avaient qualité pour représenter celui à qui on l'opposait, en dépit du sens de la formule de l'article 1347 du Code civil<sup>281</sup>. En effet, une compréhension littérale de ce texte invitait à retenir que si une demande était introduite contre *primus*, qu'il

---

<sup>276</sup> En ce sens, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 668, pp. 647 et ss., spéc. p. 648 ; J.-L. MOURALIS, *op. cit.* (2<sup>e</sup> règles de preuve), n° 332.

<sup>277</sup> Par ex., un acte conçu comme devant être un acte sous seing privé mais dépourvu de cette qualité suite à un vice de forme, v. par ex., Cass. com., 5 novembre 1962, Bull. civ. III, n° 434 (un acte destiné à constater l'existence d'une convention synallagmatique ne satisfaisant pas à la formalité du double original de l'ancien art. 1325 du C. civ.) ; Cass. com., 10 janvier 1995, Bull. civ. IV, n° 13 (un acte destiné à constater l'existence d'un engagement unilatéral ne comportant pas, écrite de la main de celui qui s'engageait, la mention de la somme due en chiffres et en lettres de l'ancien art. 1326 du C. civ.) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1981, Bull. civ. I, n° 388 (un acte d'engagement de caution ne revêtant pas la mention manuscrite de la somme cautionnée requise par l'ancien art. 1326 du C. civ., dès lors que l'acte avait été signé par la caution) ; ou un acte authentique privé d'authenticité suite à un vice de forme ou de fond mais ne pouvant bénéficier de la requalification en acte sous seing privé prévue par l'ancien art. 1318 du C. civ. (celle-ci était réservée à certaines irrégularités uniquement), v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 2003, Bull. civ. I, n° 216.

<sup>278</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juillet 1963, Bull. civ. I, n° 388 (les lettres émanant d'un héritier) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 avril 1983, Bull. civ. I, n° 126 (une lettre en réponse à un compte-rendu d'une agence immobilière) ; Cass. req., 18 janvier 1904, D.P. 1904, I, p. 295 (les énonciations d'un inventaire) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 novembre 1971, Bull. civ. I, n° 287 (les feuilles de route d'un camionneur) ; Cass. crim., 27 mars 1934, D.H. 1934, p. 238 (des notes inscrites sur de simples feuilles volantes).

<sup>279</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 janvier 1971, Bull. civ. I, n° 34 (une carte de visite et une feuille de papier jointe à cette carte non signées).

<sup>280</sup> D'ailleurs, H. MAZEAUD, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347*, Thèse Lyon, 1921, Yvert & Tellier, 1921, pp. 88 et ss., évoquait déjà cet assouplissement.

<sup>281</sup> « *celui contre lequel la demande est formée* » s'entendait de celui à qui l'on opposait l'écrit, v. en ce sens, M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1533, pp. 989 et ss. Malgré le silence de l'art. 1347 du C. civ. sur ce point, des continuateurs de la personne pouvaient par ailleurs être assimilés à la personne elle-même et se voir opposer ses écrits : par ex., des héritiers *ab intestat*, v. Cass. req., 11 juin 1872, D.P. 1872, I, p. 464 ; des légataires universels ou à titre universel, v. Cass. req., 18 octobre 1911, D.P. 1913, I, p. 140 ; ou des créanciers exerçant l'action oblique aux lieu et place des débiteurs négligents, v. Cass. req., 19 mai 1890, D.P. 1891, I, p. 334. Une solution identique était sans doute valable pour la personne morale continuatrice d'une autre, par ex., après une fusion ou une scission.

soit représenté ou non par *secundus*, l'écrit devait procéder de *primus*<sup>282</sup>. Or, en application du mécanisme de la représentation, suivant lequel le représenté est engagé par les actes du représentant, « celui qu'il représente » a vraisemblablement été confondu avec « celui qui le représente » et la lettre du texte très largement étendue<sup>283</sup>. Ainsi, en cas de représentation légale, l'écrit du représentant a été jugé opposable au représenté à titre de commencement de preuve par écrit<sup>284</sup>, tout comme en cas de représentation conventionnelle, sauf à la partie qui invoquait l'écrit du prétendu représentant à prouver le mandat existant entre ce dernier et son adversaire<sup>285</sup>.

Enfin, les juges ont compris très largement celui qui était l'auteur de l'écrit au sens de l'article 1347 du Code civil, parce qu'un écrit pouvait être opposé comme commencement de preuve tant à celui qui en était l'auteur matériel qu'à celui qui en était l'auteur intellectuel. À titre d'exemples, l'auteur matériel de l'écrit pouvait dès lors être celui qui l'avait simplement paraphé<sup>286</sup> ou rédigé, d'une manière manuscrite<sup>287</sup> ou dactylographiée<sup>288</sup>, alors que l'auteur intellectuel de l'écrit pouvait être celui qui avait dicté sa teneur ou sa substance à celui qui l'avait matériellement rédigé<sup>289</sup>.

---

<sup>282</sup> En ce sens, v. not. D. GUÉVEL, *Contrats et obligations, Preuve testimoniale – Commencement de preuve par écrit*, J.-Cl. civ., Fasc. 50, 2013 (dernières mises à jour en 2016), n° 60.

<sup>283</sup> En ce sens, v. D. GUÉVEL, *ibid.*, n° 60. Sur l'idée qu'un écrit du représentant peut être un commencement de preuve à l'encontre du représenté, v. en ce sens, déjà, Cass. req., 16 juin 1890, D.P. 1891, I, p. 97, note M. PLANIOL ; Cass. req., 19 décembre 1904, D.P. 1906, I, p. 349 ; Cass. req., 13 février 1908, D.P. 1908, I, p. 363.

<sup>284</sup> Par ex., pouvaient valoir commencement de preuve, les écrits du tuteur ou de l'administrateur légal contre le mineur ou le majeur incapable, du moins si le représentant avait agi sans excéder ses pouvoirs, v. Cass. civ., 23 novembre 1869, D.P. 1870, I, p. 24 ; les écrits d'un avoué ou avocat (mandataire *ad litem*) contre son client, sauf désaveu formulé par ce dernier, v. Cass. com., 31 octobre 1951, Bull. civ. III, n° 304 (les énonciations dans une note en délibéré) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 octobre 1976, Bull. civ. I, n° 283 (les énonciations dans un mémoire déposé au nom de son client par un avocat à la Cour de cassation durant une procédure antérieure intéressant la même partie) ; les écrits d'un huissier contre celui qui avait requis ses services, v. Cass. req., 16 juin 1890, *préc.* ; ou les écrits des administrateurs contre la société qu'ils représentaient, à condition que ceux-ci aient la qualité de mandataire et qu'ils n'aient pas excédé les pouvoirs que la loi leur octroyait à l'égard des tiers, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 juin 1969, *a contrario*, Bull. civ. III, n° 514 (les déclarations faites, au cours d'une comparution personnelle, par des administrateurs démissionnaires).

<sup>285</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. req., 17 juin 1907, D.P. 1908, I, p. 161, note G. RIPERT ; S. 1909, I, p. 489, note E. NAQUET ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 janvier 1961, Bull. civ. I, n° 46. Sur les difficultés rencontrées dans le cas où il y avait représentation sans mandat exprès, v. not. J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 376 et ss.

<sup>286</sup> Cass. civ., 15 mai 1934, D.P. 1934, I, p. 113, note E. P.

<sup>287</sup> Cass. civ., 20 novembre 1911, D.P. 1914, I, p. 317 ; *adde*, Cass. req., 26 novembre 1912, S. 1913, I, p. 100.

<sup>288</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janvier 1961, Bull. civ. I, n° 41 (bien qu'il ne soit pas signé, un texte dactylographié était recevable à titre de commencement de preuve par écrit si le plaideur auquel on l'opposait reconnaissait qu'il l'avait lui-même dactylographié et qu'il était son œuvre matérielle et intellectuelle).

<sup>289</sup> Cass. req., 6 décembre 1933, D.P. 1935, I, p. 61, note R. DÉSIROY.

Or, depuis la réforme du droit de la preuve intervenue par l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1362 du Code civil définit un commencement de preuve par écrit comme « [...] *tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué* ». Autrement dit, il reprend la définition de l'ancien article 1347 en des termes quasi-identiques et consacre, par là-même, les solutions reconnues jusqu'alors par la jurisprudence. En outre, aux termes des alinéas 2 et 3 du même article, le commencement de preuve par écrit est conçu largement : « *les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution* » peuvent valoir commencement de preuve, mais également « *la mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public* ». Aussi le commencement de preuve par écrit permet-il au champ de la preuve libre d'empiéter encore un peu plus sur celui de la preuve par un écrit.

En définitive, le doute est quantitativement peu réduit par les deux règles de l'article 1359 du Code civil, parce qu'elles souffrent de nombreux tempéraments. Toutefois, lorsque le doute est réduit, il l'est non seulement en imposant une preuve par un écrit, mais aussi en réglementant cet écrit, c'est-à-dire en indiquant ses caractéristiques pour qu'il constitue une preuve écrite.

## **B) Les caractéristiques d'une preuve écrite**

**42.** Le doute n'est pas seulement réduit en exigeant une preuve par un écrit ; il l'est aussi en réglementant cet écrit. En effet, tout écrit ne constitue pas une preuve écrite aux termes de l'article 1359 du Code civil : seul un écrit, sous signature privée ou authentique, constitue en réalité une preuve écrite. D'ailleurs, l'article 1364 précise également que « *La preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée* ». Toutefois, si les écrits ont très longtemps été envisagés sous la seule forme papier, les progrès de la technologie, les besoins de la pratique et les directives communautaires ont incité le législateur à admettre qu'ils pouvaient prendre une forme électronique. La loi du 13 mars 2000 a alors intégré au Code civil les articles 1316 à 1316-4<sup>290</sup>. D'une part, l'article 1316

---

<sup>290</sup> Sur cette loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », v. P.-Y. GAUTIER & X. LINANT DE BELLEFONDS, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, J.C.P. (G), 2000, I, 236, pp. 1113 et ss. ; É. A. CAPRIOLI, *La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne – Dir. 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999*, J.C.P. (G), 2000, I, 224, pp. 787 et ss. ; A. RAYNOUARD,

définissait la preuve écrite, sans aucune référence au papier, et les articles 1316-1 et 1316-3 énonçaient des règles d'équivalence entre un écrit sur support papier et un écrit sur support électronique. D'autre part, l'article 1316-2 réglait un conflit entre plusieurs preuves littérales et l'article 1316-4 définissait la signature, en énumérant ses fonctions ainsi que les exigences matérielles de sa validité lorsqu'elle était électronique. À cet égard, les dispositions actuelles du Code civil ne sont donc guère novatrices, puisque la sous-section relative aux dispositions générales sur la preuve par écrit reprend très largement les articles issus de la loi du 13 mars 2000. En effet, elle ne les retouche que très peu<sup>291</sup>. Aussi le doute est-il réduit en imposant à titre de preuve un écrit papier ou électronique réglementé, c'est-à-dire un écrit authentique (1) ou un écrit sous signature privée (2).

### 1) L'écrit authentique

**43. Les conditions de l'authenticité.** Le doute est réduit en exigeant un écrit authentique pour valoir preuve écrite<sup>292</sup>. En effet, d'après l'alinéa 1<sup>er</sup> de 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* »<sup>293</sup>. Ainsi, un acte est authentique lorsqu'il remplit une série de conditions : l'acte doit être rédigé par un officier public, l'officier public doit être compétent et l'acte doit être établi selon des formes et dans des conditions particulières qui varient en fonction de sa catégorie<sup>294</sup>. En définitive, de très nombreux écrits constituent des actes authentiques. Cependant, lorsque les articles 1359 et 1364 du Code civil font référence à un écrit authentique ou à un écrit en la forme authentique, ceux-ci exigent un acte notarié, c'est-à-dire un écrit dressé par un notaire, qui n'est autre qu'une espèce d'acte

---

*Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique*, Defrénois 2000, art. 37174, pp. 593 et ss. ; M. MEKKI, *Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique »*, R.D.C., juillet 2007, n° 3, pp. 681 et ss.

<sup>291</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1171, pp. 994 et ss., spéc. p. 994.

<sup>292</sup> Le législateur emploie les termes « *écrit authentique* » ou « *écrit en la forme authentique* » dans le chapitre consacré à l'admissibilité des modes de preuve et dans la sous-section consacrée aux dispositions générales sur la preuve par écrit ; sinon, il utilise le terme « *acte authentique* ».

<sup>293</sup> Cette définition de l'acte authentique est analogue à celle de l'ancien al. 1<sup>er</sup> de l'art. 1317 du C. civ. En outre, l'al. 2 de l'art. 1369 du C. civ. prévoit la possibilité de le dresser sur support électronique (elle était déjà prévue à l'ancien al. 2 de l'art. 1317 du C. civ.). Sur l'acte authentique électronique, v. not. M. GRIMALDI & B. REYNIS, *L'acte authentique électronique*, Defrénois 2003, art. 37798, pp. 1023 et ss. ; A. RAYNOUARD, *Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique*, Defrénois 2003, art. 37806, pp. 1117 et ss. ; X. LINANT DE BELLEFONDS, *Notaires et huissiers face à l'acte authentique électronique*, J.C.P. (N), 2003, 1196, pp. 382 et ss. ; D. PONCE, *L'efficacité de l'acte authentique électronique*, J.C.P. (N), 2012, 1251, pp. 44 et ss.

<sup>294</sup> Pour une vue d'ensemble des conditions de l'authenticité d'un acte, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1188 et ss., pp. 1006 et ss.

authentique<sup>295</sup>. Or, en imposant un écrit authentique pour valoir preuve écrite, soit un acte notarié, le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est réduit, car l'authenticité est un gage de confiance. En effet, l'intervention du notaire pour dresser l'écrit en suivant une procédure et en respectant des exigences de forme force la confiance. Cette confiance dans un acte notarié apparaît même renforcée depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, car la technique des « collaborateurs habilités » a été supprimée<sup>296</sup>. À dire vrai, un notaire pouvait habiliter un ou plusieurs de ses clerks à donner lecture des actes et à recueillir les signatures des parties<sup>297</sup>. Autrement dit, les parties pouvaient ne jamais rencontrer le notaire en titre, car il pouvait se contenter de signer l'acte hors leur présence pour lui conférer l'authenticité<sup>298</sup>. En éliminant cette technique, la confiance placée dans le notaire paraît dès lors restaurée et l'authenticité préservée.

D'ailleurs, le doute paraît d'autant réduit en exigeant un écrit authentique pour valoir preuve écrite que la constatation de certaines irrégularités ne le prive pas automatiquement de toute valeur probatoire. En effet, une grande confiance peut encore lui être reconnue par la loi ou le juge. Deux exemples témoignent d'une telle tendance. D'une part, aux termes de l'article 1370 du Code civil, un écrit irrégulier en tant qu'acte authentique peut encore valoir acte sous signature privée<sup>299</sup>. Il doit seulement être signé par les parties<sup>300</sup> et présenter l'une des causes d'irrégularité visées par l'article 1370 : un défaut de forme<sup>301</sup>, l'incompétence de l'officier public ou l'incapacité de l'officier public<sup>302</sup>. D'autre part, depuis quelques années, la Haute Juridiction soutient que le défaut d'annexion des procurations à un acte notarié ne lui

---

<sup>295</sup> D'ailleurs, il est faux de penser que la blockchain pourrait avoir les caractéristiques d'un acte authentique notarié, v. M. FONTAINE, S. JUILLET & D. FROGER, *La blockchain : mythe ou réalité ?*, J.C.P. (N), 2017, 1214, pp. 31 et ss., spéc. n° 23, p. 34.

<sup>296</sup> L'art. 10 de la loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI) a été abrogé par l'art. 53 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

<sup>297</sup> V. art. 10 al. 1<sup>er</sup> de la loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI).

<sup>298</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1193, pp. 1009 et ss., spéc. p. 1009.

<sup>299</sup> L'art. 1370 du C. civ. reprend en substance la règle formulée par l'ancien art. 1318.

<sup>300</sup> Plus précisément, il doit avoir été signé des parties qui s'obligent.

<sup>301</sup> Généralement, la nullité d'un acte authentique pour défaut de forme ne soulève aucune difficulté : quelles que soient les irrégularités formelles, un acte authentique entaché de nullité vaut comme acte sous signature privée, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juillet 1955, Bull. civ. I, n° 294, sous réserve que le vice affectant l'acte soit bien un vice de forme, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 février 2006, Bull. civ. I, n° 85 ; D. 2006, I.R., p. 675 ; J.C.P. (G), 2006, IV, 1589 ; R.T.D. civ., 2006, p. 767, obs. J. MESTRE & B. FAGES (un acte authentique nul perd toute valeur probatoire s'il est affecté d'un vice de fond, tel qu'un faux).

<sup>302</sup> Un acte authentique nul en raison de l'incapacité de l'officier public peut toujours être invoqué à titre d'acte sous signature privée. Toutefois, tel n'est pas le cas d'un acte notarié où le notaire est incapable parce qu'il est personnellement intéressé à l'opération, v. J.-L. MOURALIS, *op. cit.* (1<sup>er</sup> modes de preuve), n° 160.

fait pas perdre son caractère authentique. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 21 du décret du 26 décembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, ceux-ci ont l'obligation d'annexer les procurations à un acte notarié. Or, la question de la sanction de la violation de cette obligation s'est posée devant les juridictions. Ainsi, dans une décision du 22 mars 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que le défaut d'annexion des procurations n'avait pas d'effet sur l'authenticité de l'acte<sup>303</sup>. Puis, dans cinq arrêts du 7 juin 2012, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait considéré que plusieurs actes authentiques devaient être déclassés en actes sous seing privé<sup>304</sup>. Or, dans deux décisions du 21 décembre 2012, la Cour de cassation, réunie en Chambre mixte, a tranché le conflit entre les chambres au profit de la première<sup>305</sup>. En effet, au visa des articles 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans leur rédaction applicable à la cause, ensemble l'article 1318 du Code civil, elle a jugé que « *l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique* ». Par conséquent, l'authenticité des actes notariés a été préservée et la confiance qu'ils contribuent à développer réaffirmée. Le doute demeure alors efficacement réduit par un acte notarié, bien que les procurations n'aient pas été annexées.

En définitive, le doute semble assez bien réduit en exigeant un écrit authentique pour valoir preuve écrite. D'ailleurs, il paraît aussi l'être en exigeant un écrit sous signature privée.

## 2) L'écrit sous signature privée

**44. La définition d'un acte sous signature privée.** Le doute est réduit en exigeant un écrit sous signature privée pour valoir preuve écrite<sup>306</sup>. À dire vrai, l'acte sous signature privée est unanimement défini par la doctrine comme un écrit qui a été rédigé par des particuliers – en général par les parties elles-mêmes – hors la présence d'un officier public compétent et qui a été signé par les parties. Aussi un écrit est-il un acte sous signature privée dès lors qu'il revêt

---

<sup>303</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, Bull. civ. I, n° 66 ; D. 2012, Chron., p. 890, obs. L. AYNÈS.

<sup>304</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 juin 2012, Bull. civ. II, n° 102 (cinq arrêts) ; D. 2012, p. 1789, note M. MEKKI ; D. 2012, Act. Jurispr., p. 1557, note V. AVENA-ROBARDET.

<sup>305</sup> Cass. ch. mixte, 21 décembre 2012, Bull. civ. ch. mixte, n° 3 et 4 ; J.C.P. (N), 2013, 1025, obs. Ph. THÉRY.

<sup>306</sup> Le législateur emploie l'expression « *écrit sous signature privée* » dans le chapitre consacré à l'admissibilité des modes de preuve et dans les sous-sections consacrées aux dispositions générales sur la preuve par écrit, à l'acte authentique et aux autres écrits.

la signature des parties<sup>307</sup>. Cependant, lorsqu'un écrit constate un contrat synallagmatique, il est un acte sous signature privée s'il satisfait à la formalité du « double original »<sup>308</sup>. De plus, lorsqu'un écrit renferme l'engagement d'une partie envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible, il est un acte sous signature privée s'il satisfait à celle de la « mention écrite par le débiteur lui-même »<sup>309</sup>. Autrement dit, le respect de différentes conditions énoncées en amont par le législateur force la confiance ; elles confèrent à un écrit la qualité d'acte sous signature privée pour valoir preuve écrite. Ainsi, le doute est réduit par un acte sous signature privée dès lors qu'il satisfait à une condition générale (a) et, parfois, à des conditions spécifiques supplémentaires (b).

#### **a) La condition essentielle à tous les actes sous signature privée**

**45. La condition fondamentale : la signature des parties.** Le doute est réduit par un acte sous signature privée dès lors qu'il contient la signature des parties. À dire vrai, aucune autre condition que la signature des parties n'est en principe requise de tout écrit pour valoir acte sous signature privée et, dès lors, preuve écrite. Elle constitue la condition essentielle : sans elle, l'écrit n'a aucune valeur probatoire<sup>310</sup>. D'ailleurs, il doit plus précisément être signé par la partie qui s'oblige<sup>311</sup>. Or, en imposant que l'écrit revête la signature des parties pour valoir acte sous signature privée et, donc, preuve écrite, le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est réduit, car la signature constitue a minima un gage de confiance.

**46. L'existence d'une signature.** Toutefois, le doute est réduit par un acte sous signature privée et donc, par une preuve écrite, dès lors que la signature permet de parfaire l'écrit. En effet, aux termes de l'article 1367 du Code civil, la signature a deux fonctions distinctes : elle « *identifie son auteur* » et « *manifeste son consentement* » aux obligations qui découlent de

---

<sup>307</sup> V. art. 1367 du C. civ. (cette condition est par ailleurs rappelée par l'art. 1370).

<sup>308</sup> V. art. 1375 du C. civ. (ancien art. 1325).

<sup>309</sup> V. art. 1376 du C. civ. (ancien art. 1326).

<sup>310</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 février 2006, Bull. civ. I, n° 93 ; R.T.D. civ., 2006, p. 768, obs. J. MESTRE & B. FAGES.

<sup>311</sup> En réalité, l'écrit constatant une promesse unilatérale doit être signé par le débiteur et l'écrit constatant une convention synallagmatique doit en principe être signé de tous les contractants. Cep., lorsque l'écrit constatant une convention synallagmatique a été établi en plusieurs exemplaires, ceux-ci ne doivent pas nécessairement revêtir la signature de toutes les parties : en effet, l'écrit vaut comme acte sous signature privée dès lors qu'il a été signé par la partie à laquelle il est opposé et qu'il est invoqué par la partie à laquelle il a été remis, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avril 1970, Bull. civ. I, n° 141 (ce procédé est connu sous le nom d'échange de signatures).

l'acte juridique<sup>312</sup>. Par suite, lorsque la « signature » ne remplit pas ces fonctions, l'écrit n'est pas un acte sous signature privée et, donc, une preuve écrite : le doute n'est alors pas réduit. Ainsi, à titre d'exemples, les juges ont estimé que la signature ne pouvait pas être constituée d'initiales<sup>313</sup> ou d'une croix<sup>314</sup>. En revanche, ils ont admis que la signature soit constituée du seul prénom du signataire, dès lors qu'elle permettait « *d'établir avec certitude l'identité de l'auteur de ce document et sa volonté d'en approuver les dispositions* »<sup>315</sup>, ou de son surnom, dès lors qu'il correspondait à son nom « d'usage »<sup>316</sup>. En outre, ils ont estimé que les nom et prénom du signataire s'avéraient suffisants, même s'il ne signait habituellement pas de cette manière, dès lors qu'ils permettaient de l'identifier et de manifester son consentement<sup>317</sup>. À cet égard, la jurisprudence se montre donc souple. Or, en reconnaissant aisément l'existence d'une signature, l'écrit est parfait et le doute réduit par un acte sous signature privée.

## **b) Les conditions spécifiques à certains actes sous signature privée**

**47. La condition propre à un écrit qui constate un contrat synallagmatique : la formalité du double original.** D'abord, le doute est parfois réduit par un acte sous signature privée dès lors que celui-ci satisfait en sus à la formalité du « double original ». En effet, pour valoir acte sous signature privée et, donc, preuve écrite, l'écrit qui constate un contrat synallagmatique doit en principe observer les modalités énoncées à l'article 1375 du Code civil<sup>318</sup> : d'une part,

---

<sup>312</sup> La place de la signature paraît alors essentielle : elle doit montrer l'adhésion délibérée de son auteur à l'acte juridique. D'ailleurs, en matière de testament olographe, les juges exigent que la signature soit apposée à la fin de l'écrit, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 février 2004, Bull. civ. I, n° 55 ; D. 2004, somm. comm., p. 2340, obs. M. NICOD ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 2003, Bull. civ. I, n° 14 ; D. 2003, somm. comm., p. 1874, obs. M. NICOD.

<sup>313</sup> Cass. com., 19 mai 1954, Bull. civ. III, n° 187 ; *contra*, C.A. Paris, 22 mai 1975, D. 1976, somm. comm., p. 8.

<sup>314</sup> Cass. req., 8 juillet 1903, D.P. 1903, I, p. 507.

<sup>315</sup> Cass. civ., 24 juin 1952, D. 1952, p. 613.

<sup>316</sup> Cass. req., 20 octobre 1908, D.P. 1910, I, p. 291 (bien que l'arrêt ait trait à un acte authentique, sa solution est applicable à un acte sous signature privée).

<sup>317</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2004, Bull. civ. I, n° 180 ; D. 2004, p. 2953, note M. NICOD ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 avril 1961, Bull. civ. I, n° 206 (la validité d'un testament olographe a été admise en considérant que le nom de jeune fille de l'intéressée et son prénom, à la seconde ligne, après l'indication de la date, constituait sa signature).

<sup>318</sup> La formalité de l'art. 1375 du C. civ. est écartée dans plusieurs hypothèses : lorsque les parties ont décidé de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé aux termes de l'al. 1<sup>er</sup> de ce texte (la jurisprudence reconnaissait déjà que le dépôt de l'écrit entre les mains d'un tiers constituait un cas de dispense, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 décembre 1962, Bull. civ. I, n° 564 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1967, Bull. civ. I, n° 169 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janvier 1973, Bull. civ. I, n° 8 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 avril 1992, Bull. civ. III, n° 131), lorsque l'une des parties a déjà exécuté ses obligations lors de la rédaction de l'écrit (tel est le cas, par ex., lorsque l'acheteur a déjà totalement payé le prix au vendeur, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 février 1964, Bull. civ. I, n° 85 ; *adde*, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 janvier 1993, Bull. civ. I, n° 16) et lorsque la preuve est libre (tel est le cas, par ex., en matière commerciale, à moins qu'un texte spécial ne l'impose – par ex., pour les statuts des sociétés en nom collectif et les statuts des sociétés en commandite simple, v. art. R. 221-1 et R. 222-1 du C. com.).

il doit avoir été établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct<sup>319</sup> et, d'autre part, chaque original doit indiquer le nombre d'originaux rédigés<sup>320</sup>. À défaut, celui-ci ne vaut pas acte sous seing privé<sup>321</sup>, quelle que soit la modalité de l'article 1375 du Code civil inobservée<sup>322</sup>. Or, en imposant que l'écrit respecte la formalité du double original pour valoir acte sous signature privée et, donc, preuve écrite, le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est réduit, puisque la formalité imposée par la loi instaure la confiance. En effet, elle permet d'éviter toute falsification de l'écrit<sup>323</sup>.

D'ailleurs, le doute est d'autant réduit par un acte sous signature privée que l'écrit ne respectant pas les modalités de l'article 1375 du Code civil n'est pas nécessairement privé de toute valeur probatoire<sup>324</sup>. En effet, une large confiance peut encore lui être reconnue par la loi ou le juge. D'une part, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 1375 du Code civil, « *Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut de la pluralité d'originaux ou de la mention de leur nombre* ». Aussi les hypothèses dans lesquelles un écrit peut encore valoir acte sous signature privée sont-elles désormais élargies, parce que l'ancien alinéa 4 de l'article 1325 du Code civil prévoyait simplement que l'exécution volontaire de la convention couvrait le défaut d'indication du nombre des originaux<sup>325</sup>. Cependant, les juges avaient déjà considéré avant la réforme du droit de la preuve que l'exécution volontaire de la convention couvrait le défaut de confection d'une pluralité d'originaux<sup>326</sup>. D'autre part, la production de tous les originaux devrait couvrir le défaut de mention du nombre des originaux. À dire vrai, une telle solution était admise par la jurisprudence avant la réforme du droit de la preuve<sup>327</sup>. Or, elle devrait sans conteste perdurer, alors même que l'article 1375 du Code civil ne l'a pas

---

<sup>319</sup> V. art. 1375 al. 1<sup>er</sup> du C. civ. (d'ailleurs, l'al. 4 prévoit les conditions dans lesquelles l'exigence d'une pluralité d'originaux est satisfaite pour les contrats sous forme électronique).

<sup>320</sup> V. art. 1375 al. 2 du C. civ. En général, cette mention consiste en la formule « fait en double, en triple ou en quadruple exemplaire » ; cep., la formalité est satisfaite lorsque les rédacteurs indiquent seulement sur chaque original que l'acte a été établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, v. par ex., T. civ. Langres, 15 mars 1900, D.P. 1900, II, p. 422.

<sup>321</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 juin 1973, Bull. civ. III, n° 444 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 janvier 1991, Bull. civ. III, n° 35. Toutefois, la nullité de l'écrit en tant que mode de preuve suite à l'inobservation des modalités de l'art. 1375 du C. civ. ne peut être soulevée que par l'une des parties, et non par les tiers, v. par ex., Cass. civ., 22 octobre 1900, D.P. 1901, I, p. 69.

<sup>322</sup> En effet, cette sanction est générale : elle s'applique, en principe, quelle que soit l'exigence de l'art. 1375 du C. civ. qui n'a pas été respectée (la pluralité d'originaux ou/et la mention du nombre des originaux).

<sup>323</sup> En ce sens, v. not. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 459, p. 477.

<sup>324</sup> En ce sens, v. I. PÉTEL-TEYSSIÉ, *Contrats et obligations – Actes sous seing privé synallagmatiques – Formalité du double*, J.-Cl. civ., Fasc. unique, 2013 (actualisé par L. DAUXERRE), n° 56 et ss.

<sup>325</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 octobre 1981, Bull. civ. I, n° 300.

<sup>326</sup> V. par ex., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 343.

<sup>327</sup> En ce sens, v. Cass. req., 27 avril 1936, D.H. 1936, p. 282.

expressément consacrée. En effet, comme J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN l'ont précisé à propos de l'ancien article 1325 du Code civil, le défaut de mention du nombre des originaux peut être couvert par la production de tous les originaux, puisque « *la mention exigée par la loi [celle du nombre des originaux] n'a d'autre but que de prouver qu'il a été dressé le nombre d'exemplaires requis et on a toute certitude de leur rédaction lorsqu'ils sont effectivement représentés* »<sup>328</sup>.

**48. La condition propre à un écrit qui renferme un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer un bien fongible : la formalité dite de la mention écrite par le débiteur lui-même.** Ensuite, le doute est parfois réduit par un acte sous signature privée dès lors qu'il satisfait en sus à la formalité dite de la « mention écrite par le débiteur lui-même ». À dire vrai, pour valoir acte sous signature privée et, ainsi, preuve écrite, l'écrit qui renferme l'engagement d'une partie envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit observer les exigences formulées à l'article 1376 du Code civil : il doit non seulement revêtir la signature de celui qui s'engage<sup>329</sup>, mais encore la mention écrite par lui-même de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres<sup>330</sup>. À défaut, celui-ci ne vaut pas acte sous signature privée<sup>331</sup>. Or, en imposant que l'écrit respecte la formalité de la « mention écrite par le débiteur lui-même » pour valoir acte sous signature privée et, donc, preuve écrite, le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, est réduit, parce que la formalité imposée par la loi instaure à nouveau la confiance. En effet, elle permet de rendre bien plus difficile la fraude du créancier qui détient entre ses mains le seul exemplaire de l'*instrumentum*<sup>332</sup>. Telle est la finalité de la mention imposée par l'article 1376 du Code civil, même si les juges peuvent semble-t-il s'en servir pour protéger la volonté du débiteur en matière de cautionnement. C'est le cas lorsque le cautionnement est

---

<sup>328</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 692, pp. 671 et ss., spéc. p. 672.

<sup>329</sup> V. *supra* n° 46.

<sup>330</sup> La mention ne doit indiquer que le *quantum* de l'obligation en toutes lettres et en chiffres ; cette indication est semble-t-il la seule nécessaire. Par ex., lorsque le cautionnement est soumis au droit commun de la preuve (ce qui est désormais très rare depuis la loi du 1<sup>er</sup> août 2003) et indéfini (c'est-à-dire lorsque la caution ne limite pas son engagement par rapport à l'obligation principale), la mention apposée par la caution n'a pas à se référer aux intérêts pour que ceux-ci soient dus, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 octobre 2002, Bull. civ. I, n° 250 ; R.T.D. civ., 2003, p. 122, obs. P. CROCQ ; J.C.P. (G), 2002, II, 10187, note D. LEGAIS ; D. 2002, p. 3071, note J. DJOUDI ; *adde*, dans le même sens, lorsque le cautionnement est défini, v. Cass. com., 4 février 2003, Bull. civ. IV, n° 13 ; D. 2003, p. 1357, note B. ROMAN.

<sup>331</sup> En ce sens, v. Cass. req., 20 octobre 1896, D.P. 1896, I, p. 528.

<sup>332</sup> En ce sens, v. not. Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 756, pp. 184 et ss., note 52, pp. 205 et ss., spéc. p. 205.

soumis au droit commun de la preuve et non chiffré – c'est-à-dire lorsque la caution garantit le paiement d'une dette ou d'un ensemble de dettes non limités par un plafond chiffré –, car la Cour de cassation impose une « mention » de la caution démontrant qu'elle s'est engagée en connaissance de cause et qu'elle a mesuré la portée de son engagement<sup>333</sup>.

D'ailleurs, le doute est d'autant réduit par un acte sous signature privée que l'écrit ne respectant pas les modalités de l'article 1376 du Code civil n'est pas nécessairement privé de toute valeur probatoire. En effet, une large confiance peut encore lui être reconnue par la loi ou le juge. D'une part, aux termes de l'article 1376 du Code civil *in fine*, un écrit vaut encore acte sous signature privée en cas de discordance entre la somme exprimée en lettres et celle exprimée en chiffres. La lettre prime alors le chiffre. D'autre part, la jurisprudence considère que l'écrit peut encore valoir acte sous signature privée dès lors qu'il comporte la somme ou la quantité en lettres : peu importe que ne figure pas la somme ou la quantité en chiffres<sup>334</sup>.

Toutefois, le doute est effectivement réduit par un acte sous signature privée dès lors que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres satisfait parfois à des exigences particulières. En effet, la loi du 13 mars 2000 n'exige plus que cette mention soit écrite « *de la main* » du débiteur, mais « *par lui-même* ». Aussi peut-elle être dorénavant dactylographiée ou tapuscrite. Cependant, lorsque la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres est tapuscrite, la jurisprudence considère qu'elle doit pouvoir être rattachée au signataire de l'acte. En effet, dans un arrêt du 13 mars 2008, un particulier avait consenti un prêt par virement bancaire<sup>335</sup>. Puis, le prêteur avait assigné l'emprunteur en remboursement. Au soutien de sa demande, il avait alors produit un acte sous seing privé au contenu entièrement dactylographié, par lequel l'emprunteur reconnaissait être débiteur d'une somme mentionnée en lettres et en chiffres. Or, si la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a cru opportun de le débouter de sa demande, au motif que l'acte produit ne constituait qu'un

---

<sup>333</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-19.885 (inédit) – les juges se montrent alors plus ou moins exigeants selon la qualité (profane ou initiée) de la caution ; *adde*, Cass. com., 18 février 1992, Bull. civ. IV, n° 76.

<sup>334</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 1995, Bull. civ. I, n° 467 ; R.T.D. civ., 1996, p. 620, obs. J. MESTRE ; C.C.C., 1996, comm. n° 37, note L. LEVENEUR ; *adde*, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 novembre 2002, Bull. civ. I, n° 278. *Cep., contra*, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mars 2006, Bull. civ. I, n° 167 (la reconnaissance de dette, sans la somme due en chiffres, ne constitue qu'un commencement de preuve par écrit de cette dette) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 2005, Bull. civ. I, n° 228 ; J.C.P. (G), 2005, II, 10169, note S. PIEDELIÈVRE.

<sup>335</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2008, Bull. civ. I, n° 73 ; C.C.C., 2008, comm. n° 174, note L. LEVENEUR ; J.C.P. (G), 2008, II, 10081, note E. PUTMAN ; R.T.D. civ., 2008, p. 302, obs. B. FAGES ; Defrénois 2008, art. 38795-2, p. 1345, note R. LIBCHABER ; *adde*, dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 2015, Bull. civ. I (pourvoi n° 14-23.110) ; D. 2015, p. 2249, obs. Th. DE RAVEL D'ESCLAPON ; J.C.P. (G), 2016, 114, note N. DISSAUX.

commencement de preuve par écrit, puisque seule la signature était de la main du débiteur, la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa de l'article 1326 du Code civil. Il résultait de ce texte, dans sa rédaction issue de la loi du 13 mars 2000, « *que si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres écrite par la partie même qui s'engage n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention* ». Autrement dit, la Haute Juridiction considère que la mention exigée à l'article 1326 du Code civil – actuellement l'article 1376 – n'est plus nécessairement manuscrite, quand bien même elle serait apposée sur un écrit papier. Toutefois, elle indique que cette solution ne vaut qu'à la condition que la mention tapuscrite puisse être rattachée au signataire de l'acte. Par conséquent, l'auteur de la signature et de la mention, en l'espèce tapuscrite, doit bien être la même personne. Mais comment le savoir<sup>336</sup> ?

En définitive, le doute semble une nouvelle fois assez bien réduit en exigeant un écrit sous signature privée pour valoir preuve écrite. D'ailleurs, si le doute est réduit en requérant une preuve écrite et en la réglementant en amont, il l'est encore en encadrant l'appréciation de sa force probante.

## § II : L'appréciation de la force probante

**49.** Le doute peut survenir de la force probante des modes de preuve, c'est-à-dire de leur aptitude à emporter la conviction du juge une fois produits à l'instance<sup>337</sup>. En effet, la « *force de persuasion* » des modes de preuve pour reconnaître ou non l'existence d'un fait peut sans conteste susciter des hésitations de la part du juge, voire même des parties<sup>338</sup>. Cependant, le doute sur la force probante des modes de preuve est tributaire des indications formulées ou non par la loi. En effet, lorsque la loi ne détermine pas *ab initio* la force probante d'un mode de preuve et laisse au juge le soin de définir, d'après son intime conviction, le crédit qui doit lui être octroyé, le doute peut facilement poindre. Tel est le cas, par exemple, pour la preuve par témoins<sup>339</sup>, l'aveu extrajudiciaire<sup>340</sup>, la preuve par présomption judiciaire<sup>341</sup> et le serment

---

<sup>336</sup> De surcroît, qui doit le prouver ?

<sup>337</sup> Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 250, pp. 229 et ss., spéc. p. 229.

<sup>338</sup> Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *ibid.*, n° 250, pp. 229 et ss., spéc. p. 229.

<sup>339</sup> V. art. 1381 du C. civ.

<sup>340</sup> V. art. 1383-1 al. 2 du C. civ.

déféré d'office – ou serment supplétoire<sup>342</sup>. En revanche, lorsque la loi détermine *ab initio* la force probante d'un mode de preuve, le juge n'est pas laissé libre de définir son crédit. Ainsi, le doute est réduit. Tel est le cas, par exemple, pour la preuve par écrit, l'aveu judiciaire<sup>343</sup> et le serment décisif<sup>344</sup>, c'est-à-dire pour les modes de preuve que la loi privilégie à d'autres. En effet, en précisant *ab initio* qu'un mode de preuve fait foi à certaines conditions, le doute est réduit, parce que le juge est tenu de se déclarer convaincu de l'existence d'un fait, quelle que soit sa conviction, dès lors que le mode de preuve les remplit bien. Comme l'exposent J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, « *il faut immédiatement remarquer que si la loi déclare qu'un procédé de preuve « fait foi » sous certaines conditions, le pouvoir du juge se borne à la vérification de l'existence de ces conditions dans l'espèce qui lui est soumise ; quelle que soit sa conviction profonde, il lui est interdit de dénier l'existence d'un fait que la loi répute établie* »<sup>345</sup>. Aussi le doute est-il réduit en précisant *ab initio* la force probante d'un acte authentique (A) et celle d'un acte sous signature privée « ordinaire » ou contresigné par avocat (B).

#### **A) La force probante de l'acte authentique**

**50. La force probante de son contenu.** Tout d'abord, le doute est réduit en précisant que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux pour les énonciations relatives aux faits que l'officier public a lui-même accomplis ou constatés. En effet, selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1371 du Code civil, « *L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté* ». Aussi le juge doit-il tenir pour vraies les énonciations qui relatent ce que l'officier public a fait, ou ce qui a été fait en sa présence, tant que leur fausseté n'est pas démontrée au cours d'une procédure spécifique, « *périlleuse et coûteuse* »<sup>346</sup> : la procédure d'inscription de faux<sup>347</sup>. Tel est le cas, dans un acte notarié, de

---

<sup>341</sup> V. art. 1382 du C. civ.

<sup>342</sup> V. art. 1386 al. 3 du C. civ.

<sup>343</sup> V. art. 1383-2 al. 2 du C. civ.

<sup>344</sup> V. art. 1385-2 et 1385-3 du C. civ.

<sup>345</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 675, pp. 655 et ss., spéc. p. 655.

<sup>346</sup> H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 414, pp. 595 et ss., spéc. p. 595.

<sup>347</sup> Cette procédure d'inscription de faux est minutieusement réglementée par le C.P.C. ; plusieurs hypothèses doivent en réalité être distinguées. D'une part, quand, au cours de la procédure, une partie estime que l'acte qui lui est opposé est entaché de faux – le faux peut être « matériel » ou « intellectuel » ; il est dit « matériel » quand l'acte a été modifié ou fabriqué de toutes pièces et « intellectuel » quand l'officier public a introduit de fausses mentions dans l'acte –, elle peut demander au juge, à titre incident, de se prononcer sur sa régularité : il s'agit d'une inscription de faux incidente (art. 306 à 313 du C.P.C.). D'autre part, quand une partie considère qu'un acte est faux et redoute qu'il lui soit ultérieurement opposé, elle peut demander au juge, à titre principal

la mention qui annonce sa date<sup>348</sup>, de celle qui indique qu'il a été rédigé par tel notaire<sup>349</sup> ou de celle qui relate la remise d'une somme d'argent par l'une des parties devant le notaire<sup>350</sup>. En effet, l'officier public est « *un témoin privilégié, dont l'attestation a aux yeux de la loi une valeur exceptionnelle* »<sup>351</sup>. Or, en prévoyant en amont qu'un acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux pour telle ou telle énonciation, le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, est réduit, car le juge sait qu'il doit la tenir pour vraie en l'absence de toute procédure d'inscription de faux intentée et victorieuse.

D'ailleurs, le doute est grandement réduit, puisque l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux pour cette variété d'énonciations non seulement entre les parties et leurs héritiers ou ayants cause, mais encore à l'égard des tiers. À dire vrai, cette solution n'est pas nouvelle ; elle était retenue avant la réforme du droit de la preuve en dépit de la formulation malheureuse de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1319 du Code civil. En effet, ce texte faisait référence à la force probante de l'acte seulement entre les parties et leurs héritiers ou ayants cause<sup>352</sup>. Aussi l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1371 du Code civil est-il appréciable : il ne laisse plus faussement penser que la force probante spéciale de l'acte authentique vaut seulement entre les parties et leurs héritiers ou ayants cause.

De plus, le doute est réduit en précisant que l'acte authentique fait foi jusqu'à preuve contraire pour les énonciations relatives aux faits qui n'entrent pas dans les compétences de l'officier public et qu'il n'a pas lui-même accomplis ou constatés<sup>353</sup>. À dire vrai, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1371 du Code civil ne vise que ce qui a été fait par l'officier public ou en sa présence.

---

(autrement dit, en prévision d'un litige qui surviendrait éventuellement entre les parties) de se prononcer sur sa régularité : il s'agit d'une inscription de faux principale (art. 314 à 316 du C.P.C.). Sur l'inscription de faux, v. I. TALLON, *Inscription de faux*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 626, refondu par R. MARTIN, 2012 (dernières mises à jour en 2015 et actualisé par V. MIKALEF-TOUDIC).

<sup>348</sup> Sur la force probante de la date de l'acte, v. S. CABRILLAC & Cl. JAQUET, *La preuve de la date de l'acte*, J.C.P. (N), 2013, 1015, pp. 33 et ss. D'ailleurs, la blockchain pourrait au mieux conférer à l'acte date certaine, rien de plus, v. M. MEKKI, *Les mystères de la blockchain*, D. 2017, pp. 2160 et ss., spéc. n° 17, p. 2165.

<sup>349</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juin 1990, Bull. civ. I, n° 149.

<sup>350</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 1964, Bull. civ. I, n° 274 ; D. 1964, p. 627 ; J.C.P. (G), 1964, II, 13758, obs. R. L.

<sup>351</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèses, Tome II*, 9<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1923, n° 90, p. 34.

<sup>352</sup> En réalité, la formule de ce texte était doublement maladroite : d'une part, elle laissait penser que toutes les mentions de l'acte authentique avaient une force probante égale (ce qui était faux), et, d'autre part, elle faisait référence à la force probante de l'acte authentique seulement entre les parties (elle s'imposait aussi aux tiers), v. J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 117 et ss. ; Fr. FERRAND, *op. cit.*, n° 579. Sur la force probante de l'acte notarié, v. M. NICOD, *La force probante de l'acte notarié*, J.C.P. (N), 2013, 1014, pp. 30 et ss.

<sup>353</sup> Sur le principe que les énonciations relatives aux faits qui ne sont pas de la compétence d'un officier public, not. d'un notaire, ne font pas foi jusqu'à inscription de faux, v. not. H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 414, pp. 595 et ss., spéc. p. 596.

Aussi les énonciations par lesquelles il se borne à relater des faits ou des déclarations qui lui ont été rapportées par les parties – ou des tiers – ne disposent-elles pas de la force probante spéciale de l'acte authentique. Pour autant, le juge n'est pas libre de les apprécier : il doit les tenir pour vraies jusqu'à démonstration du contraire<sup>354</sup>. C'est le cas, dans un acte notarié, de la mention par laquelle le notaire rapporte la consistance de biens vendus selon les dires des parties<sup>355</sup> ou de celle par laquelle il relate que le testateur est sain de corps et d'esprit<sup>356</sup>. Or, en prévoyant en amont qu'un acte authentique fait foi jusqu'à preuve contraire pour telle ou telle énonciation, le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, est réduit, parce que le juge sait qu'il doit la tenir pour vraie en l'absence d'une preuve contraire<sup>357</sup>.

**51. La force probante de son origine.** Mais surtout, le doute est réduit automatiquement par un acte authentique, parce que celui-ci fait foi de plein droit<sup>358</sup>. En effet, contrairement à l'acte sous signature privée<sup>359</sup>, l'acte authentique ne doit pas être préalablement reconnu ou vérifié pour bénéficier de toute sa force probante : celle-ci est intrinsèque à l'authenticité<sup>360</sup>. Aussi l'acte authentique fait-il foi de son origine. D'ailleurs, elle ne peut être contestée qu'en recourant à la procédure particulière de l'inscription de faux<sup>361</sup>. Par conséquent, le doute est automatiquement réduit.

En définitive, le doute est efficacement réduit par le législateur en prévoyant *ab initio* la force probante d'un acte authentique<sup>362</sup>. D'ailleurs, il est réduit de la même façon, mais dans une moindre mesure, lorsque l'écrit s'apparente à un acte sous signature privée ordinaire ou contresigné par avocat.

---

<sup>354</sup> Sur le principe que ces énonciations font seulement foi jusqu'à preuve contraire, v. not. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 453, pp. 473 et ss., spéc. p. 473.

<sup>355</sup> V. par ex., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 mars 1993, J.C.P. (N), 1993, II, 149, note Cl. DESTAME.

<sup>356</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1959, Bull. civ. I, n° 265 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-13.885 (inédit) ; D. 2007, pan., p. 1904, note Th. VASSEUR.

<sup>357</sup> En revanche, la preuve contraire doit être produite dans les conditions de l'art. 1359 du C. civ. si le plaideur est partie à l'acte (celui-ci entend prouver contre le contenu à l'acte) et librement s'il est tiers à l'acte, v. *supra* n° 39.

<sup>358</sup> Sur le principe que l'acte authentique fait foi de plein droit, v. not. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 450, p. 471.

<sup>359</sup> V. *infra* n° 52 et ss.

<sup>360</sup> En ce sens, v. not. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *ibid.*, n° 450, p. 471.

<sup>361</sup> V. *supra* n° 50.

<sup>362</sup> L'acte authentique dispenserait même de prouver en constituant une « anti-preuve », v. en ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, *Acte authentique, acte de marché*, J.C.P. (N), 2010, 1290, pp. 29 et ss.

## **B) La force probante de l'acte sous signature privée ordinaire ou contresigné par avocat**

**52.** Le doute est actuellement réduit en précisant la force probante de deux types d'actes sous signature privée. En effet, par une loi du 28 mars 2011, le législateur a créé « l'acte sous seing privé contresigné par avocat » ou « acte d'avocat », c'est-à-dire un écrit répondant (en principe) aux conditions d'un acte sous seing privé et revêtant la signature d'un ou plusieurs avocats<sup>363</sup>. Il avait alors été inséré aux articles 66-3-1 à 66-3-3 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Néanmoins, la réforme du droit de la preuve a été l'occasion pour le législateur de le mettre à son exacte place, c'est-à-dire dans le Code civil auprès de l'acte sous signature privée<sup>364</sup>. En effet, l'acte d'avocat n'est pas « un acte situé à mi-chemin de l'acte sous seing privé et de l'acte authentique », « mais une variété d'acte sous signature privée »<sup>365</sup>. Pour autant, dès sa création, le législateur avait encadré sa force probante. Par conséquent, le doute est réduit en réglementant en amont la force probante d'un acte sous signature privée ordinaire (1) et celle d'un acte sous signature privée contresigné par avocat (2).

### **1) La force probante de l'acte sous signature privée ordinaire**

**53. La force probante de son contenu.** Tout d'abord, le doute est réduit en précisant que l'acte sous signature privée fait foi de son contenu jusqu'à preuve contraire entre les parties. En effet, aux termes de l'article 1372 du Code civil, « *L'acte sous signature privée [...] fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause* »<sup>366</sup>. Autrement dit,

---

<sup>363</sup> Sur l'acte sous seing privé contresigné par avocat, v. J.-Fr. HUMBERT, *L'institution d'un acte d'avocat : une construction baroque et dangereuse*, J.C.P. (N), 2008, 1320, pp. 12 et ss. ; M. MEKKI, *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat*, J.C.P. (G), 2009, 61, pp. 48 et ss. ; M. GRIMALDI, *L'acte « d'avocat »*, Defrénois 2010, art. 39071, pp. 389 et ss. ; C. GRIMALDI, *L'acte sous-seing privé, l'acte authentique et l'acte contresigné par un avocat : quelles utilités ?*, J.C.P. (E), 2010, 1008, pp. 24 et ss. ; H. LETELLIER, *L'acte d'avocat : c'est parti !*, D. 2011, p. 1208 ; D. MAZEAUD, *L'acte sous seing privé contresigné par avocat*, R.D.C., juillet 2011, n° 3, pp. 873 et ss. ; Fr. TERRÉ, *Le contexte et le texte*, R.D.C., avril 2010, n° 2, pp. 762 et ss. ; Ph. THÉRY, *Libres propos sur l'acte d'avocat*, R.D.C., avril 2010, n° 2, pp. 773 et ss. ; Ch. JAMIN, *L'acte d'avocat*, D. 2011, pp. 960 et ss.

<sup>364</sup> V. art. 1374 du C. civ. dans la sous-section consacrée à l'acte sous signature privée. Toutefois, l'art. 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971, qui rappelle le devoir de conseil de l'avocat, n'a pas été codifié ; il ne concerne pas le droit de la preuve.

<sup>365</sup> G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1213, p. 1023. Sur la force probante « atypique » de l'acte de dépôt de la convention de divorce par consentement mutuel au rang des minutes d'un notaire, v. P.-L. NIEL, *Divorce par consentement mutuel conventionnel déposé au rang des minutes d'un notaire : entre l'efficacité de l'instrumentum notarié et la validité du negotium sous seing privé contresigné par l'avocat*, P.A., 5 mai 2017, n° 90, pp. 12 et ss.

<sup>366</sup> En visant expressément les « héritiers » et les « ayants cause », le législateur souhaite inclure tous les ayants cause universels dans la catégorie des parties, mais non ceux à titre particulier, v. en ce sens, O. DESHAYES, Th.

le juge doit tenir le *negotium* (l'acte juridique) que l'acte sous signature privée contient pour vrai jusqu'à preuve contraire entre les parties<sup>367</sup>. D'ailleurs, la règle vaut pour les tiers, parce que le juge doit aussi tenir le *negotium* pour vrai jusqu'à preuve contraire à leur égard<sup>368</sup>. Or, en précisant que l'acte sous signature privée fait foi de son contenu jusqu'à preuve contraire entre les parties et à l'égard des tiers, le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, est réduit, puisque le juge sait qu'il doit le tenir pour vrai en l'absence de toute preuve contraire.

**54. La force probante de sa date.** De plus, le doute est réduit en retenant que l'acte sous signature privée fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire entre les parties<sup>369</sup>. En effet, dès lors que l'acte sous signature privée fait foi entre les parties, c'est-à-dire une fois reconnu ou vérifié, elles sont tenues par la date qu'il mentionne<sup>370</sup>. Aussi le juge doit-il la tenir pour vraie jusqu'à preuve contraire. En retenant en amont que l'acte sous signature privée fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire entre les parties, le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, est donc une fois encore réduit, puisque le juge sait qu'il doit la tenir pour vraie en l'absence d'une preuve contraire.

D'ailleurs, le doute peut aussi être réduit en permettant à l'acte sous signature privée d'acquiescer date certaine à l'égard des tiers. Cette faculté est exposée à l'article 1377 du Code civil ; elle était prévue avant la réforme du droit de la preuve à l'article 1328<sup>371</sup>.

Jusqu'alors, l'acte sous seing privé ne faisait pas foi de sa date à l'égard des tiers. Une telle règle protégeait les tiers : la date leur était inopposable, parce que les parties pouvaient la fixer à leur guise pour les tromper<sup>372</sup>. Ils étaient donc libres de reconnaître la date comme

---

GENICON & Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 869.

<sup>367</sup> Sur l'idée que le contenu de l'acte est l'acte juridique, v. not. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1209, p. 1021 ; H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 418, pp. 605 et ss., spéc. p. 606.

<sup>368</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 552, pp. 494 et ss., spéc. p. 495.

<sup>369</sup> L'acte sous signature privée fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire entre les parties ou leurs héritiers, v. en ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 575, pp. 333 et ss., spéc. p. 333. D'ailleurs, le légataire universel doit être assimilé à l'héritier, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 décembre 2002, Bull. civ. III, n° 270 ; Defrénois 2003, art. 37767-55, p. 849, note R. LIBCHABER (la date d'une promesse de vente était opposable à la Fondation de France, légataire universel du vendeur ; celui-ci n'est pas un tiers qui peut se prévaloir du défaut de date certaine à son égard).

<sup>370</sup> En ce sens, v. not. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1228, p. 1035.

<sup>371</sup> Cep., la définition des tiers dans le cadre de l'art. 1377 du C. civ. est une source de difficultés (elle l'était déjà dans le cadre de l'art. 1328). Pour une définition des tiers, v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 576, pp. 334 et ss. ; G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1227, pp. 1034 et ss.

<sup>372</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 553, pp. 495 et ss.

inexacte, antidatée ou postdatée, si tel était leur intérêt, sans avoir à en rapporter la preuve. Par exemple, l'acheteur d'un immeuble pouvait estimer comme postérieur à son acquisition, soit inopposable à lui, le bail sous seing privé comportant une date antérieure<sup>373</sup>. Cependant, trois procédés pouvaient donner date certaine à l'acte sous seing privé : l'enregistrement, le constat de sa substance dans un acte dressé par un officier public – par exemple, un procès-verbal de scellé ou d'inventaire – ou la mort de celui ou de l'un de ceux qui l'avait souscrit<sup>374</sup>. Ainsi, lorsque l'acte sous seing privé avait « date certaine », le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pouvait advenir de la force de la preuve, était réduit, puisque le juge savait qu'il devait la tenir pour acquise, incontestable.

Néanmoins, depuis la réforme du droit de la preuve, l'article 1377 du Code civil ouvre la voie à deux lectures : soit il reformule la règle de l'ancien article 1328 du Code civil<sup>375</sup>, soit il énonce un nouveau principe<sup>376</sup>. À dire vrai, la formule employée par l'article 1328 du Code civil était « *Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers* », tandis que celle utilisée par le nouveau texte est « *L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers* ». Aussi l'article 1377 du Code civil ne fait-il pas seulement référence à la date de l'acte, mais à la « *date certaine* » de l'acte. Deux situations devraient dès lors être distinguées : soit un acte sous signature privée a acquis date certaine, soit il n'a pas acquis date certaine. Dans la première hypothèse, le doute intellectuel serait alors réduit, parce que le juge saurait qu'il doit tenir la date pour acquise. En revanche, dans la deuxième, le doute intellectuel ne serait pas réduit, mais la date de l'acte sous signature privée ne serait pas pour autant inopposable aux tiers : elle pourrait être invoquée contre eux<sup>377</sup>. D'ailleurs, différentes règles et décisions justifieraient cette deuxième lecture de l'article 1377 du Code civil<sup>378</sup>.

**55. La force probante de son origine.** Cependant, le doute n'est pas réduit d'une manière automatique par un acte sous signature privée, parce qu'il ne fait foi qu'une fois reconnu ou vérifié en justice. En effet, l'acte sous signature privée ordinaire n'a pas été confectionné par un officier public, contrairement à l'acte authentique. Parce qu'il « *ne*

---

<sup>373</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, *ibid.*, n° 553, pp. 495 et ss.

<sup>374</sup> La réforme a maintenu les trois procédés permettant de donner date certaine à l'acte sous signature privée.

<sup>375</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1224, p. 1033 ; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, Coll. Dossier pratique, 2016, n° 1333, p. 352.

<sup>376</sup> En ce sens, v. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 880 et ss.

<sup>377</sup> Sur l'idée que la date de l'acte sous signature privée pourrait être invoquée contre les tiers, v. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 880.

<sup>378</sup> En ce sens, v. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 880 et ss.

*présente en lui-même aucune garantie de sa provenance* », il ne fait donc pas foi de son origine<sup>379</sup>. Aussi la partie à laquelle un tel acte est opposé peut désavouer son écriture ou sa signature<sup>380</sup>. De même, ses héritiers ou ayants cause peuvent désavouer son écriture ou sa signature ou déclarer ne pas les connaître<sup>381</sup>. Le juge doit alors procéder à une vérification d'écriture, qui est régie par le Code de procédure civile<sup>382</sup>. Ainsi, la force probante de l'acte sous signature privée est subordonnée à la survenance de deux événements : la reconnaissance de la partie à laquelle on l'oppose ou la vérification d'écriture. En effet, d'après l'article 1372 du Code civil, ce n'est qu'une fois « *reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard* » qu'il a force probante<sup>383</sup>. Le doute n'est alors pas réduit automatiquement.

## 2) La force probante de l'acte sous signature privée contresigné par avocat

**56. La force probante de son contenu et de sa date.** Le doute est réduit en considérant que l'acte d'avocat fait foi de son contenu et de sa date de la même manière que l'acte sous signature privée « ordinaire ». En effet, l'acte d'avocat n'est pas un acte authentique ; il n'est qu'une « *variété* » d'acte sous signature privée<sup>384</sup>. Ainsi, sa force probante pour son contenu et sa date est similaire à celle de l'acte sous signature privée ordinaire. Le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, est donc encore réduit, car le juge sait ce qu'il doit tenir pour vrai ou incontestable<sup>385</sup>.

---

<sup>379</sup> M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1480, pp. 918 et ss., spéc. p. 918.

<sup>380</sup> V. art. 1373 du C. civ. Ainsi, lorsqu'une partie verse un écrit et que son adversaire dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaître celle qui est attribuée à son auteur, elle peut demander au juge, à titre incident, de procéder à une vérification d'écriture : c'est un incident de vérification (v. art. 287 à 295 du C.P.C.). D'ailleurs, lorsqu'une partie détient un écrit et craint qu'il soit ultérieurement dénié par celui à qui elle entend l'opposer, elle peut également demander au juge, à titre principal, de procéder à une vérification d'écriture (v. art. 296 à 298 du C.P.C.).

<sup>381</sup> V. art. 1373 du C. civ.

<sup>382</sup> V. art. 287 et ss. du C.P.C. (à moins que le juge ne puisse statuer sans en tenir compte).

<sup>383</sup> Cep., dénier la sincérité de l'acte sous signature privée est aussi possible en alléguant une falsification. Ainsi, lorsqu'une partie conteste l'écrit qui lui est opposé et considère qu'il a été fabriqué frauduleusement ou altéré, elle peut demander au juge, à titre incident, de statuer sur sa fausseté : c'est un incident de faux (v. art. 299 du C.P.C.). D'ailleurs, lorsqu'une personne pense qu'un écrit est contrefait ou modifié et craint qu'il lui soit opposé ultérieurement, elle peut aussi demander au juge, à titre principal, de se prononcer sur sa fausseté (v. art. 300 à 302 du C.P.C.). Sur les contestations de l'acte sous signature privée, v. S. DURFORT, *Vérification d'écritures*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 624, 2012 (dernières mises à jour en 2015 et actualisé par V. MIKALEF-TOUDIC) ; D. CHOLET, *Rép. pr. civ.*, V° Vérification d'écriture, 2016.

<sup>384</sup> G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1213, p. 1023.

<sup>385</sup> V. *supra* n° 53 et 54.

**57. La force probante de son origine.** D'ailleurs, le doute est réduit d'une manière quasi-automatique par un acte d'avocat, car il fait foi tant qu'il n'est pas jugé « faux ». En effet, aux termes de l'article 1374 du Code civil, l'acte d'avocat « *fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause* » et « *La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable* »<sup>386</sup>. Autrement dit, l'écriture et la signature de l'acte ne peuvent pas être contestées par un simple désaveu, comme pour l'acte sous signature privée « ordinaire » ; le législateur impose de recourir à la procédure de faux en écriture privée prévue à l'article 299 du Code de procédure civile<sup>387</sup>. Tel est l'effet du contresing des avocats de chaque partie ou de l'avocat de toutes les parties<sup>388</sup>. D'ailleurs, la dénonciation d'un faux semble constituer un cas d'école, puisque l'identité des parties, leurs signatures et leurs écritures sont censées avoir été vérifiées par l'avocat, tenu à un devoir de conseil. Ainsi, le doute est quasi-automatiquement réduit.

En définitive, le doute est bien réduit par le législateur en prévoyant *ab initio* la force probante d'un acte sous signature privée ordinaire ou contresigné par avocat. Pour autant, il est réduit dans une moindre mesure, car, contrairement à un acte authentique, ces écrits ne font pas foi automatiquement.

---

<sup>386</sup> V. art. 1374 al. 1<sup>er</sup> et 2 du C. civ.

<sup>387</sup> Néanmoins, si la contestation d'un acte sous signature privée ordinaire nécessite un simple désaveu et celle d'un acte d'avocat une procédure en faux, toutes deux aboutissent à une vérification d'écriture ! En effet, l'art. 299 du C.P.C. renvoie expressément aux art. 287 à 295, v. *supra* n° 55.

<sup>388</sup> En ce sens, v. not. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 872 et ss.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

### **58. Une réduction du doute probatoire grâce aux règles relatives à l'objet de la preuve.**

Les « modérateurs substantiels », c'est-à-dire les mécanismes qui réduisent le doute dans les règles matérielles de preuve, sont multiples. Tout d'abord, ils se trouvent dans les règles sur l'objet de la preuve, c'est-à-dire dans les règles qui déterminent précisément ce qui doit être prouvé au cours d'un procès. En effet, certaines de ces règles délimitent l'objet de la preuve, non seulement en excluant la preuve du droit, mais encore en encadrant la preuve des faits : les premières réduisent alors le doute juridique, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve du droit, alors que les secondes réduisent le doute factuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits. Puis, d'autres règles modifient l'objet de la preuve en instituant des présomptions légales simples, mixtes ou irréfragables. Celles-ci réduisent alors le doute factuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, d'une façon plus ou moins définitive. En effet, l'efficacité d'une présomption légale pour réduire le doute factuel varie selon sa nature.

**59. Une réduction du doute probatoire grâce aux règles relatives aux modes de preuve et à leur force probante.** Enfin, les modérateurs substantiels se trouvent dans les règles sur les modes de preuve et leur force probante, c'est-à-dire dans les règles qui déterminent non seulement les moyens à la disposition des parties pour démontrer ce qu'elles allèguent, mais encore leur aptitude à convaincre le juge au procès. En effet, les premières peuvent imposer aux parties une preuve écrite et la définir. Celles-ci réduisent alors le doute matériel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve. Toutefois, cette preuve souffre de très nombreux tempéraments et exceptions. En outre, les deuxièmes peuvent imposer au juge de se déclarer convaincu de l'existence d'un fait, quelle que soit sa profonde conviction, dès lors que le mode de preuve, notamment un écrit, remplit les conditions formulées par la loi. Celles-ci réduisent alors le doute intellectuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve. Aussi le doute est-il réduit autant que faire se peut à tous les stades du processus probatoire par de très nombreux modérateurs substantiels. D'ailleurs, il l'est aussi accessoirement par des modérateurs processuels.

## **CHAPITRE II : LES MODÉRATEURS PROCESSUELS**

**60.** Les modérateurs processuels sont les mécanismes probatoires permettant de réduire le doute dans les règles de procédure. Actuellement, ils sont très hétérogènes. Tout d'abord, les modérateurs sont présents au sein des règles procédurales de preuve, d'origine légale ou jurisprudentielle. Ceux-ci correspondent à la production de pièces, qu'elle soit spontanée ou forcée, ainsi qu'aux mesures d'instruction, qu'elles soient ordinaires ou *in futurum*. En effet, ces mécanismes réduisent le doute, car ils permettent aux parties et, quelquefois au juge, de lutter contre le manque de preuves, voire d'y remédier. Ensuite, ils sont présents au sein des règles relatives à la convention de procédure participative, parce que celle-ci peut désormais servir à mettre le litige en l'état d'être jugé. Ceux-ci correspondent à l'expertise amiable et à l'acte de procédure d'avocats. En effet, ces mécanismes peuvent eux aussi réduire le doute, en évitant le manque de preuves ou en y remédiant. Toutefois, dans le cadre spécifique de la convention de procédure participative, la recherche des preuves ne relève plus du juge. Elle est confiée aux parties, aidées de leurs avocats. Autrement dit, l'administration de la preuve n'est plus judiciaire. Elle devient extra-judiciaire. Cette démarche s'inscrit alors dans un vaste mouvement de déjudiciarisation et atteste un peu plus de la privatisation de la Justice. Ainsi, les modérateurs processuels doivent être détectés dans les règles relatives à l'administration de la preuve, tant judiciaire (Section I), qu'extra-judiciaire (Section II).

### **SECTION I : LES RÈGLES RELATIVES À L'ADMINISTRATION JUDICIAIRE DE LA PREUVE**

**61.** Le doute peut naître de l'insuffisance de preuves. Pour réduire le doute, le législateur adopte alors deux solutions. D'une part, il laisse aux parties le soin d'apporter tous éléments de preuve justifiant leurs allégations. D'autre part, il reconnaît aux parties et, parfois au juge, la faculté de recueillir des éléments de preuve au cours du procès et avant tout procès. Ainsi, le doute est réduit non seulement par les règles relatives à la production de pièces (§ I), mais aussi par celles relatives aux mesures d'instruction (§ II).

#### **§ I : Les règles sur la production de pièces**

**62.** Le doute est réduit au moyen de la production de pièces. À dire vrai, la production de pièces a deux facettes : d'une part, elle consiste pour les parties à apporter tous éléments de

preuve justifiant leurs allégations ; d'autre part, elle consiste pour les parties et, parfois pour le juge, à recueillir des éléments de preuve autres que ceux déjà versés aux débats. En effet, dans sa seconde acception, la production permet à une partie, avec l'aide du juge, d'accéder à des preuves en possession de son adversaire ou d'un tiers. En outre, elle permet au juge de solliciter des preuves d'une partie. Aussi la production de pièces réduit-elle le doute de deux façons bien différentes. Tout dépend des modalités de sa mise en œuvre. Par conséquent, le doute est réduit par la production de pièces, qu'elle soit spontanée (A) ou forcée (B).

### **A) La production spontanée de pièces**

**63.** Le doute est réduit au moyen de la production spontanée de pièces. En effet, dès lors que les parties produisent spontanément leurs pièces au procès, elles versent naturellement aux débats celles qui permettent la preuve des éléments de leur litige, voire la favorisent. Le doute est dès lors réduit. Néanmoins, les preuves produites par les parties au procès sont en vérité très encadrées : elles le sont, sur le terrain substantiel, par les règles sur l'admissibilité des modes de preuve et, sur le terrain processuel, par le principe de la licéité de la preuve<sup>389</sup>. Aussi le doute est-il en principe bien réduit par la production spontanée de pièces (1), mais il l'est de façon limitée (2).

#### **1) Le principe de la réduction du doute**

**64. Le principe de la production spontanée des pièces.** Le doute est réduit en admettant que les parties produisent spontanément leurs pièces, c'est-à-dire les « *éléments de preuve préexistants à l'intervention judiciaire* »<sup>390</sup>.

À dire vrai, dans sa première acception, la « production » est l'opération qui consiste pour une partie à verser tout élément aux débats pour démontrer les faits qu'elle allègue. En effet, selon C. CHAINAIS, Fr. FERRAND et S. GUINCHARD, « *Produire une pièce, c'est la verser aux débats afin d'étayer les moyens avancés en faveur de sa thèse* »<sup>391</sup>. En admettant que les parties produisent spontanément leurs pièces, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est dès lors réduit, parce qu'elles versent assurément

---

<sup>389</sup> Sur les règles relatives à l'admissibilité des modes de preuve, v. *supra* n° 38 et ss.

<sup>390</sup> L. CADIET & E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2017, n° 553, pp. 497 et ss., spéc. p. 497.

<sup>391</sup> C. CHAINAIS, Fr. FERRAND & S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, 33<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2016, n° 615, p. 467.

aux débats celles qui permettent la preuve des éléments de leur litige, voire la favorisent. En définitive, la spontanéité de la production réduit le doute.

**65. Une réduction importante du doute par la production spontanée de pièces de toute nature.** D'ailleurs, le doute paraît grandement réduit par la production spontanée de pièces, parce que celles-ci peuvent être de toute nature. En effet, les pièces peuvent consister en un écrit (papier ou électronique), un objet, une photographie, un enregistrement (de paroles ou d'images) ou un film.

En somme, le doute est bien réduit par la production spontanée de pièces. Toutefois, il l'est de manière limitée, car la production spontanée de pièces n'est pas totalement libre.

## **2) Les limites de la réduction du doute**

**66.** En vérité, le doute n'est pas réduit autant qu'il n'y paraît par la production spontanée de pièces, parce que la preuve doit être licite. À dire vrai, le principe de la licéité de la preuve n'est cité expressément dans aucun texte. Il est un concept doctrinal rattaché à 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 principe de la licéité de la preuve peut alors se définir comme « *la conformité d'une preuve au droit* »<sup>392</sup> et implique, par là même, que la preuve ne peut pas être produite en violation d'une règle exprimée dans un texte (de nature légale ou réglementaire) ou en violation d'un principe général du droit de la preuve<sup>393</sup>. Ainsi, le doute est réduit de manière très limitée par la production spontanée de pièces, parce que le principe de la licéité de la preuve exclut des éléments de preuve non seulement en amont du processus probatoire (a), mais également en aval du processus probatoire (b).

### **a) L'exclusion de preuves en amont du processus probatoire**

**67. L'interdiction de certaines preuves.** Le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces, car le législateur peut interdire aux parties de produire certains modes de preuve en justice<sup>394</sup>. C'est le cas des témoignages des descendants sur les griefs invoqués

---

<sup>392</sup> É. VERGÈS, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avril 2012, Lexbase Hebdo édition privée, 22 novembre 2012, n° 506.

<sup>393</sup> En ce sens, v. É. VERGÈS, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avril 2012, *préc.* (ce principe encadre aussi la recherche de la preuve).

<sup>394</sup> Le législateur peut également interdire au juge de recourir à certains procédés pour rechercher une preuve : par ex., au nom du respect dû à la dignité des morts, il est interdit de procéder à une expertise génétique *post-*

par les époux au soutien de leur demande en divorce ou en séparation de corps<sup>395</sup>. En vérité, la prohibition de certains modes de preuve se comprend aisément. Ils portent atteinte à des valeurs jugées supérieures à celle de la vérité judiciaire. À titre d'exemple, dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation de corps, le témoignage des enfants pourrait diviser la famille et tout bonnement ruiner la « piété filiale ». Néanmoins, en interdisant la production en justice de certains modes de preuve au nom de différentes valeurs, le doute n'est pas réduit, parce que ceux-ci sont autant d'éléments qui ne peuvent pas être examinés par le juge pour forger sa conviction.

Si le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces en prohibant des preuves en amont du processus probatoire, il l'est encore en en mettant à l'écart en aval du processus probatoire.

#### **b) L'exclusion de preuves en aval du processus probatoire**

**68. L'élimination de certaines preuves.** Le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces, car le juge peut parfois écarter des preuves des débats. En effet, il peut exclure des preuves, une fois qu'elles ont été produites par les parties, parce qu'elles ne sont pas conformes aux règles de droit<sup>396</sup>. Tel est non seulement le cas des preuves qui s'avèrent dotées d'un régime juridique propre et qui manquent aux règles définies, mais également de celles qui heurtent des normes de droit objectif pourvues ou non d'un support textuel. Aussi le doute est-il fragilement réduit par la production spontanée de pièces, puisque le juge peut exclure des preuves qui ne respectent pas une règle technique ( $\alpha$ ) ou un principe général du droit de la preuve ( $\beta$ )<sup>397</sup>.

#### **$\alpha$ ) Le non-respect d'une règle technique**

**69. Le régime juridique des « preuves nommées ».** Le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces, car le juge peut écarter une preuve des débats dès lors que

---

*mortem* en droit civil (ce que le Conseil constitutionnel a confirmé par une décision du 30 septembre 2011, v. C.C., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011).

<sup>395</sup> V. art. 205 *in fine* du C.P.C. et 259 *in fine* du C. civ.

<sup>396</sup> Les preuves recherchées en ne se conformant pas aux règles de droit peuvent elles aussi être exclues.

<sup>397</sup> Parfois, les preuves doivent non seulement respecter une règle technique, mais aussi un principe général du droit de la preuve.

celle-ci ne respecte pas une règle technique. Tel est le cas lorsque la preuve produite est une « preuve nommée ».

En effet, les « preuves nommées » sont les preuves dont le régime juridique est défini par une loi ou un règlement<sup>398</sup>. C'est le cas, parmi d'autres, des témoignages, parce que dans l'hypothèse où une partie les recueille par écrit, ils doivent suivre la forme d'une attestation, qui est définie par l'article 199 du Code de procédure civile et réglementée aux articles 200 à 203 de ce Code. D'ailleurs, la réglementation instaurée pour les preuves nommées se justifie assez aisément. Pour les témoignages, par exemple, elle tend certainement à estomper leurs faiblesses. À dire vrai, les témoins peuvent volontairement produire de faux témoignages, de leur propre initiative ou sous l'effet d'une éventuelle pression exercée par la partie qui leur a demandé de témoigner ou son entourage. En outre, ils peuvent, en toute bonne foi, réaliser des dépositions inexactes ou erronées. Cependant, lorsque ces preuves nommées manquent aux règles définies, elles peuvent être déclarées illicites par le juge et écartées des débats. Le doute n'est alors pas réduit, parce qu'elles ne peuvent pas être examinées par le juge en vue de forger sa conviction.

Si le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces en éliminant les preuves qui ne respectent pas des règles techniques, il l'est également en refoulant celles qui ne respectent pas un principe général du droit de la preuve.

### **β) Le non-respect d'un principe général du droit de la preuve**

**70. Une confrontation de la preuve produite par une partie à des principes généraux du droit de la preuve issus du droit substantiel.** En premier lieu, le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces, parce que le juge peut écarter une preuve des débats dès lors qu'elle heurte le respect de la vie privée ou des secrets juridiquement protégés.

À dire vrai, le droit à la preuve renferme deux volets : le droit de produire ses preuves et le droit d'obtenir des preuves<sup>399</sup>. Or, le droit à la preuve, dans sa première acception, peut

---

<sup>398</sup> En ce sens, v. not. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 357, pp. 355 et ss., spéc. p. 355. Celles-ci sont très nombreuses : peuvent être cités, entre autres, le serment supplétoire, la preuve testimoniale ou le rapport d'expertise.

<sup>399</sup> En ce sens, v. not. G. GOUBEAUX, *Le droit à la preuve*, in La preuve en droit par Ch. PERELMAN & P. FORIERS, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277 et ss. Sur le deuxième volet du droit à la preuve, c'est-à-dire le droit d'obtenir des preuves, v. *infra* n° 73 et ss., 85 ainsi que 89.

entrer en conflit avec le droit au respect de la vie privée ou un secret juridiquement protégé. Tel est le cas, par exemple, du secret médical, du secret des affaires, du secret professionnel, du secret bancaire, du secret des correspondances, du secret-défense, du secret des sources journalistiques ou du secret de l'instruction. Dans une telle situation, le juge est alors invité à régler un conflit de droits : celui existant entre, d'une part, le droit à la preuve, c'est-à-dire le droit subjectif fondamental de nature processuelle à prouver l'existence d'un droit subjectif, et, d'autre part, le droit fondamental substantiel d'autrui<sup>400</sup>.

Ainsi, la Cour de cassation semble estimer qu'une partie peut produire une preuve en justice dès lors que cette production est indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. C'est l'enseignement à tirer de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 avril 2012, dans lequel un véritable droit à la preuve est consacré pour la première fois<sup>401</sup>. Dans cette affaire, un conflit était né au sujet de l'existence d'une donation immobilière rapportable à la succession entre plusieurs héritiers. Pour en rapporter la preuve en justice, l'un d'entre eux avait alors produit une lettre écrite par le défunt. Toutefois, la Cour d'appel l'a écartée des débats, en soulevant une atteinte à la vie privée et au secret des correspondances, puisque l'héritier avait produit cette lettre sans les autorisations de ses deux sœurs et du rédacteur. Or, la Haute Juridiction a censuré sa décision, au visa des articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile, ainsi que des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Autrement dit, une atteinte à des droits fondamentaux n'est pas exclue, mais elle doit apparaître nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Le doute est donc fragilement réduit par la production spontanée de pièces, car le juge peut au cas par cas déclarer une preuve illicite et l'écartier des débats.

D'ailleurs, le point d'équilibre n'est pas aisé à trouver. Un examen de la jurisprudence très récente en témoigne. Ainsi, dans un arrêt du 31 octobre 2012, l'assureur avait fait suivre

---

<sup>400</sup> Les droits fondamentaux peuvent être définis comme des droits de toute nature, pourvu qu'ils soient perçus comme « importants », v. É. PICARD, V<sup>is</sup> Droits fondamentaux, in D. ALLAND & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Coll. Quadrige-Dicos poche, 2003, pp. 544 et ss., spéc. p. 545. D'ailleurs, le juge n'a pas à régler un conflit de droits lorsque les droits fondamentaux substantiels d'autrui ne sont pas en cause.

<sup>401</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avril 2012, Bull. civ. I, n° 85 ; D. 2012, p. 1596, note G. LARDEUX ; D. 2012, pan., p. 2827, note J.-D. BRETZNER ; R.T.D. civ., 2012, p. 506, obs. J. HAUSER.

et filmer la victime d'un accident de la route par un enquêteur privé, assisté d'un huissier de justice, pour contester la réalité de l'aggravation de son préjudice<sup>402</sup>. En outre, dans un arrêt du 22 septembre 2016, il avait fait suivre la jeune victime d'un accident de la circulation et sa mère par des enquêteurs privés pour vérifier son degré de mobilité et d'autonomie<sup>403</sup>. Or, la Haute Juridiction a adopté des solutions contraires pour des faits similaires ! En effet, dans le premier arrêt, elle a estimé que le procédé était proportionné au but poursuivi, en signalant que « *les atteintes portées à la vie privée de M. X...* » avaient eu lieu « *sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre* » et qu'elles étaient « *relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé* ». Toutefois, dans le second, elle a admis que le procédé était disproportionné au but poursuivi, en énonçant que les opérations de surveillance avaient concerné l'intérieur du domicile, que les enquêteurs avaient procédé à la description physique et à une tentative d'identification des personnes s'y rendant et que les déplacements de la mère avaient été minutieusement rapportés. Par conséquent, la ligne à ne pas franchir est extrêmement mouvante.

Pour autant, la Haute Juridiction semble admettre qu'une partie ne peut pas produire une preuve en justice dès lors que certains droits fondamentaux substantiels sont en jeu. En effet, les droits fondamentaux substantiels d'autrui ne sont a priori pas tous d'égale valeur ; certains ont manifestement une valeur supérieure à d'autres et constituent, selon M. MEKKI, « *des obstacles infranchissables quand bien même le justiciable brandirait ce jeune « droit à la preuve* » »<sup>404</sup>. Tel est vraisemblablement l'enseignement à retenir de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 4 juin 2014<sup>405</sup>. En l'espèce, un couple avait agi en nullité de ventes immobilières à réméré, qu'il avait consenties à l'acquéreur par actes authentiques, pour un prix payé, essentiellement, par voie de compensation conventionnelle avec des dettes préexistantes. Comme preuves du dol ou des pactes commissaires prohibés qu'auraient recelés ces ventes, il avait alors versé aux débats plusieurs lettres que le notaire

---

<sup>402</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 octobre 2012, Bull. civ. I, n° 224 ; D. 2013, p. 227, note N. DUPONT ; C.C.E., 2012, comm. n° 137, note A. LEPAGE ; R.T.D. civ., 2013, p. 86, obs. J. HAUSER ainsi que p. 117, obs. B. FAGES ; D. 2013, pan., p. 458, note E. DREYER ainsi que p. 2084, note I. DARRET-COURGEON.

<sup>403</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-24.015 (à paraître au Bulletin) ; R.T.D. civ., 2016, p. 821, obs. J. HAUSER ; J.C.P. (G), 2016, 1136, note G. LARDEUX ; C.C.E., 2016, comm. n° 102, note A. LEPAGE ; D. 2017, p. 490, note B. BEIGNIER & S. BEN HADJ YAHIA.

<sup>404</sup> M. MEKKI, *La fondamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dangers d'un « droit à la vérité », art. préc.*, spéc. n° 15, p. 64.

<sup>405</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2014, Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2014, pan., p. 2480, note J.-D. BRETZNER ; R.T.D. civ., 2014, p. 658, obs. H. BARBIER.

instrumentaire avait adressées à l'acheteur et à son mandataire, ultérieurement aux ventes. Néanmoins, la Cour d'appel les avait écartées des débats au motif qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel. Au soutien de son pourvoi, le couple avait dès lors fait valoir que la Cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : il soulignait, d'une part, que la nécessité de respecter le secret professionnel devait être conciliée avec le droit à la preuve, et affirmait, d'autre part, que la Cour d'appel devait rechercher si la production des lettres n'était pas indispensable à l'exercice de leur droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. Toutefois, la Haute Juridiction a rejeté le pourvoi : « *le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret* ». Ainsi, la Cour d'appel avait pu écarter les lettres des débats, au motif qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel, en remarquant que le notaire avait entretenu des relations avec l'acquéreur et son intermédiaire à l'occasion de la préparation des actes de vente à réméré litigieux. Autrement dit, la Cour de cassation a jugé l'intangibilité du secret professionnel du notaire absolue, même au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Les seules exceptions au secret professionnel du notaire sont celles que la loi prévoit. Il n'y a pas lieu de mettre en balance les intérêts en présence et d'exercer un contrôle de proportionnalité dès lors que le secret professionnel du notaire est en jeu. En somme, selon H. BARBIER, il est « *au-dessus de la mêlée probatoire* »<sup>406</sup> ! Le doute est donc réduit d'autant fragilement par la production spontanée de pièces que le juge peut parfois déclarer automatiquement une preuve illicite et l'écarter des débats.

**71. Une confrontation de la preuve produite par une partie à des principes généraux du droit de la preuve issus du droit processuel.** Puis, en deuxième lieu, le doute est fragilement réduit par la production spontanée de pièces, parce que le juge peut écarter une preuve des débats dès lors qu'elle est déloyale. Tel est semble-t-il le cas lorsque les parties n'ont pas fait preuve de probité et d'honneur au moment de sa collecte<sup>407</sup>.

À dire vrai, le principe de la loyauté probatoire a été façonné par la jurisprudence ; sa reconnaissance explicite est survenue en matière pénale et civile après une lente maturation

---

<sup>406</sup> H. BARBIER, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2014, *préc.*, p. 658.

<sup>407</sup> En ce sens, v. L. RAISON REBUFAT, *Le principe de loyauté en droit de la preuve*, Gaz. Pal. 26-27 juillet 2002, pp. 1195 et ss.

en droit pénal<sup>408</sup>, en droit de la famille (à l'occasion du divorce)<sup>409</sup> et en droit du travail<sup>410</sup>. En effet, dans un arrêt en date du 27 février 1996, la chambre criminelle de la Cour de cassation a expressément reconnu le principe de la loyauté des preuves<sup>411</sup>. De même, dans un arrêt en date du 7 janvier 2011, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a solennellement consacré le principe de loyauté dans l'administration de la preuve<sup>412</sup>.

Ainsi, le principe de la loyauté probatoire peut empêcher la production de preuves en justice par une partie. Les exemples foisonnent en jurisprudence. Dans un arrêt du 7 octobre 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la cassette produite par des héritiers pour démontrer un prêt était irrecevable : elle contenait l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé par le *solvens*, à l'insu de son interlocutrice, l'*accipiens*<sup>413</sup>. En outre, dans un arrêt du 18 mars 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que le constat établi par un huissier de justice à la demande d'un employeur pour prouver la malhonnêteté d'une salariée était irrecevable : il avait dépêché des tiers pour procéder à des achats en espèces et avait observé les caisses et le registre des ventes, après la fermeture du magasin et hors la présence de la salariée<sup>414</sup>. Autrement dit, de telles preuves sont déclarées irrecevables, parce que le comportement de l'une des parties au cours de leur recherche est considéré comme moralement critiquable. Elles ne permettent alors pas de réduire le doute, car elles ne peuvent pas être prises en considération par le juge afin de former sa conviction. D'ailleurs, ces arrêts révèlent la typologie des preuves déloyales. En effet, É. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC recensent deux formes de preuves déloyales : « *D'une part, sont déloyales les preuves recueillies à l'insu de la personne contre laquelle elles sont produites. D'autre part, sont déloyales les preuves qui sont obtenues au moyen d'un stratagème* »<sup>415</sup>.

---

<sup>408</sup> En ce sens, v. Cass. ch. réunies, 31 janvier 1888, S. 1889, I, p. 241 (arrêt Wilson) ; Cass. crim., 12 juin 1952, Bull. crim., n° 153 ; J.C.P. (G), 1952, II, 7241, obs. J. BROUCHOT ; S. 1954, I, p. 69, note A. LÉGAL (arrêt Imbert).

<sup>409</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 octobre 1973, Bull. civ. II, n° 237.

<sup>410</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 20 novembre 1991, Bull. civ. V, n° 519 ; Cass. soc., 16 janvier 1991, Bull. civ. V, n° 15 ; Cass. soc., 22 mai 1995, Bull. civ. V, n° 164.

<sup>411</sup> Cass. crim., 27 février 1996, Bull. crim., n° 93 (arrêt Schuller).

<sup>412</sup> Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, Bull. ass. plén., n° 1 ; D. 2011, p. 157, obs. E. CHEVRIER ; D. 2011, p. 562, note Fr. FOURMENT ; D. 2011, p. 618, obs. V. VIGNEAU.

<sup>413</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 octobre 2004, Bull. civ. II, n° 447 ; J.C.P. (G), 2005, II, 10025, note N. LÉGER ; D. 2005, p. 122, note Ph. BONFILS ; *adde*, dans le même sens, Cass. soc., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-45.814 (inédit).

<sup>414</sup> Cass. soc., 18 mars 2008, Bull. civ. V, n° 65 ; J.C.P. (S), 2008, 1396, note B. BOSSU ; Procédures 2008, comm. n° 137, note R. PERROT ; D. 2008, pan., p. 2824, note Th. VASSEUR ; *adde*, pour un autre arrêt où la preuve a été obtenue au moyen d'un stratagème, Cass. soc., 4 juillet 2012, Bull. civ. V, n° 208 ; Procédures 2012, comm. n° 286, note A. BUGADA ; D. 2012, pan., p. 2828, note J.-D. BRETZNER.

<sup>415</sup> É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 373, pp. 376 et ss., spéc. p. 376.

Pour autant, dans certaines décisions, le principe de la loyauté probatoire n'empêche pas la production de preuves en justice par une partie. À dire vrai, des principes procéduraux viennent parfois « valider » des éléments de preuve obtenus a priori de façon déloyale<sup>416</sup>. Le doute est alors réduit, car ceux-ci peuvent être étudiés par le juge pour former sa conviction. Ces quelques décisions révèlent alors le choix d'une politique jurisprudentielle : la recherche de la vérité peut quelquefois nécessiter de ne pas s'arrêter à l'éthique comportementale des parties au moment de la collecte des preuves.

Ainsi, le principe du contradictoire peut expliquer la recevabilité de preuves obtenues a priori de manière déloyale tant en matière pénale que civile. En effet, dans le procès pénal, les preuves recueillies par des personnes privées de manière déloyale sont jugées recevables dès lors qu'elles sont soumises à un débat contradictoire<sup>417</sup>. D'ailleurs, dans un arrêt en date du 31 janvier 2007, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que l'utilisation d'un procédé de preuve déloyal n'était pas contraire au procès équitable de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne dès lors qu'il avait pu être débattu contradictoirement<sup>418</sup>. De même, les preuves recueillies par des personnes publiques à l'aide d'une simple provocation sont jugées recevables dès lors qu'une discussion contradictoire est garantie et qu'elles sont corroborées par d'autres éléments de preuve<sup>419</sup>. En outre, dans le procès civil, une expertise amiable constitue un élément du « *dossier probatoire* » à la double condition de faire l'objet d'un débat contradictoire et d'être corroborée par d'autres éléments de preuve<sup>420</sup>. Telle est la solution reconnue depuis un arrêt du 28 septembre 2012 rendu par une chambre mixte de

---

<sup>416</sup> En ce sens, v. not. M. MEKLI, *Preuve et vérité en France, art. préc.*, n° 44 et ss., pp. 843 et ss.

<sup>417</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. crim., 6 avril 1993, pourvoi n° 93-80.184 (inédit) ; J.C.P. (G), 1993, II, 22144, note M.-L. RASSAT ; Cass. crim., 6 avril 1994, Bull. crim., n° 136 ; R.S.C., 1994, p. 776, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; Cass. crim., 30 mars 1999, Bull. crim., n° 59 ; D. 2000, p. 391, note Th. GARÉ.

<sup>418</sup> Cass. crim., 31 janvier 2007, Bull. crim., n° 27 ; R.S.C., 2007, p. 331, obs. R. FINIELZ ; D. 2007, Chron., p. 1821, obs. S. MÉNOTTI ; *adde*, dans le même esprit, Cass. crim., 31 janvier 2012, Bull. crim., n° 27 ; D. 2012, p. 914, note Fr. FOURMENT ; D. 2012, pan., p. 2123, note J. PRADEL ; R.S.C., 2012, p. 401, obs. X. SALVAT ; Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. crim., n° 64 ; D. 2012, p. 818.

<sup>419</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. crim., 13 octobre 2004, Bull. crim., n° 243 ; D. 2005, pan., p. 1526, note M. SEGONDS ; R.S.C., 2005, p. 66, obs. É. FORTIS. En revanche, les preuves recueillies au moyen d'une provocation à l'infraction sont jugées irrecevables, v. en ce sens, par ex., Cass. crim., 7 février 2007, Bull. crim., n° 37 ; D. 2007, p. 2012, note J.-R. DEMARCHI ; R.S.C., 2007, p. 331, obs. R. FINIELZ ainsi que p. 560, obs. J. FRANCILLON ; Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., n° 132 ; D. 2006, I.R., p. 1772 ; R.S.C., 2006, p. 848, obs. R. FINIELZ ainsi que p. 879, obs. J.-Fr. RENUCCI.

<sup>420</sup> Cette expression de « *dossier probatoire* » est empruntée à É. VERGÈS, v. not. É. VERGÈS, *Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé*, in Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, pp. 853 et ss., spéc. pp. 885 et ss.

la Cour de cassation<sup>421</sup>. Comme le soulignent S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, « *l'expertise amiable bénéficie d'un régime qui ressemble fort à la jurisprudence de la chambre criminelle au regard de la déloyauté, tolérée dès que l'échange contradictoire suit* »<sup>422</sup>. En déclarant de telles preuves recevables, au nom du principe du contradictoire, le doute est dès lors réduit, parce que celles-ci peuvent être examinées par le juge pour forger sa conviction. Cependant, d'un point de vue théorique, cet engouement pour le contradictoire apparaît contestable. En effet, en plaçant le curseur de la loyauté non pas au stade de l'obtention des preuves, mais à celui de leur discussion, deux critiques peuvent être formulées<sup>423</sup> : d'une part, une différence de traitement entre les parties publiques et les parties privées est injustement mise en place dans le cadre du procès pénal ; d'autre part, la discussion des preuves suppose qu'elles aient été obtenues loyalement<sup>424</sup>.

En outre, les droits de la défense peuvent eux aussi justifier la recevabilité de preuves obtenues a priori de manière déloyale. Le droit du travail en offre une excellente illustration. En effet, dans le cadre d'un litige prud'homal, un salarié peut parfois être tenté d'utiliser des documents appartenant à son employeur. À première vue, il se rend alors coupable d'une ou plusieurs infractions<sup>425</sup>. Or, dans un arrêt remarqué du 30 juin 2004, la chambre sociale de la Cour de cassation a très clairement énoncé qu'un salarié pouvait produire en justice, lorsque cela était strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense, des documents dont il avait eu connaissance pendant ses fonctions<sup>426</sup>. D'ailleurs, peu avant, dans deux arrêts du 11 mai 2004, la chambre criminelle avait admis que le salarié ne pouvait pas être poursuivi pour vol de documents dès lors que ceux-ci étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense et destinés au litige l'opposant à son employeur<sup>427</sup>. En reconnaissant de telles preuves recevables, au nom des droits de la défense, le doute est dès lors réduit, car celles-ci

---

<sup>421</sup> Cass. ch. mixte, 28 septembre 2012, Bull. civ. ch. mixte, n° 2 ; D. 2013, pan., p. 2805, note J.-D. BRETZNER.

<sup>422</sup> S. AMRANI-MEKKI & Y. STRICKLER, *Procédure civile*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2014, n° 306, pp. 528 et ss., spéc. p. 530.

<sup>423</sup> Sur cette idée que le curseur de la loyauté se déplace, v. M. MEKKI, *art. préc.*, n° 48 et 49, pp. 846 et ss.

<sup>424</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, n° 49, pp. 846 et ss., spéc. p. 848.

<sup>425</sup> En ce sens, v. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 362, pp. 361 et ss., spéc. p. 361.

<sup>426</sup> Cass. soc., 30 juin 2004, Bull. civ. V, n° 187 ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. soc., 2 décembre 1998, Bull. civ. V, n° 535 ; D. 1999, jur., p. 431, note H. K. GABA ; D. 2000, somm. comm., p. 87, obs. S. FROSSARD.

<sup>427</sup> Cass. crim., 11 mai 2004 (deux arrêts), Bull. crim., n° 113 et 117 ; D. 2004, p. 2326, note H. K. GABA ; R.S.C., 2004, p. 635, obs. É. FORTIS ainsi que p. 866, obs. G. VERMELLE ; R.T.D. com., 2004, p. 823, obs. B. BOULOC ; J.C.P. (G), 2004, II, 10124, note C. GIRAULT (en admettant que l'appréhension des documents de l'employeur puisse être rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense du salarié, la chambre criminelle revient sur sa position et s'aligne sur celle de la chambre sociale, déjà favorable au salarié).

peuvent être prises en considération par le juge pour forger sa conviction. D'ailleurs, le choix des juges de déclarer ces preuves recevables apparaît comme salubre. En effet, en retenant que les droits de la défense peuvent faire office de fait justificatif d'une infraction, ils offrent aux salariés la possibilité de prouver plus facilement les faits au soutien de leur demande<sup>428</sup>.

De même, le principe de l'égalité des armes peut assurément expliquer la recevabilité de preuves obtenues a priori de manière déloyale<sup>429</sup>. Un arrêt du 15 mai 2007 de la chambre commerciale de la Cour de cassation en témoigne<sup>430</sup>. En l'espèce, une société anonyme était régie par les membres d'une famille : un père et son fils étaient respectivement président du conseil d'administration et directeur général. Néanmoins, après son redressement judiciaire, le père a réglé le passif par anticipation, alors qu'il était placé sous curatelle. Aussi le fils a-t-il demandé la nullité de cette opération, une fois nommé président, en alléguant que son père n'était pas à même de s'engager et en produisant, principalement, des pièces sur son état de santé à l'époque des faits. Cependant, la Cour d'appel a considéré qu'il n'était pas autorisé à produire ces pièces et que la violation délibérée des droits à l'intimité de la vie privée de son père méritait d'être sanctionnée par la condamnation à des dommages-intérêts. Or, la Haute Juridiction a censuré sa décision, au visa des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Tout d'abord, elle a jugé que le fait d'interdire à une partie de prouver un élément de fait essentiel pour le succès de sa prétention constituait une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit à un procès équitable ; puis, elle a indiqué que toute atteinte à la vie privée n'était pas interdite et qu'une telle atteinte pouvait être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle restait proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence. Aussi la Haute Juridiction a-t-elle reconnu que la production des pièces sur la santé du dirigeant pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires. En jugeant de telles preuves recevables, notamment au nom du principe de l'égalité des armes, le doute est dès lors réduit, parce que celles-ci peuvent être étudiées par le juge pour former

---

<sup>428</sup> Sur cette idée que les droits de la défense peuvent faire office de fait justificatif de l'infraction, v. É. VERGÈS, *art. préc.*, p. 890.

<sup>429</sup> La Cour E.D.H. juge que « l'égalité des armes » implique « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire », v. Cour E.D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c/Pays-Bas*, série A, n° 274, § 33 ; *adde*, Cour E.D.H., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/Grèce*, série A, n° 301-B, § 46.

<sup>430</sup> Cass. com., 15 mai 2007, Bull. civ. IV, n° 130 ; D. 2007, pan., p. 2775, note A. LEPAGE ; R.T.D. civ., 2007, p. 637, obs. R. PERROT ainsi que p. 753, obs. J. HAUSER.

sa conviction. Pour autant, cette décision de la Cour de cassation est ambivalente. D'un côté, elle est intéressante, car elle corrige le déséquilibre conjoncturel existant entre les parties au procès sur le terrain probatoire. En vérité, le fils n'avait pas accès aux preuves nécessaires au succès de sa demande. D'ailleurs, il ne pouvait pas apporter la preuve des faits qu'il alléguait autrement. Mais d'un autre côté, elle est contestable, car elle fait fi des outils procéduraux à la disposition des parties pour réunir des preuves, comme l'avait indiqué la Cour d'appel. Les droits fondamentaux substantiels d'autrui sont alors d'office ou presque sacrifiés.

Enfin, le droit à la preuve peut vraisemblablement justifier à lui seul la recevabilité de preuves déloyales. À dire vrai, une preuve déloyale n'est pas systématiquement recevable au nom du droit à la preuve. Toutefois, elle peut parfois le devenir. En effet, comme le droit à la preuve doit être mis en balance avec l'atteinte portée aux intérêts qui lui sont antinomiques, au moyen d'un contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge, la déloyauté peut être atténuée ou excusée<sup>431</sup>. Ainsi, une preuve déloyale peut être jugée recevable dès lors qu'elle s'avère indispensable. Tel est le cas lorsque la partie ne peut pas apporter la preuve des faits qu'elle allègue d'une autre manière. En jugeant une telle preuve recevable, au nom du droit à la preuve, le doute est alors réduit, parce que celle-ci peut être prise en compte par le juge pour former sa conviction. Pour autant, en pratique, le caractère indispensable de la preuve, propre à gommer la déloyauté, devrait être encadré. En effet, la Haute juridiction ne semble pas vérifier son existence, ni reprocher aux juges du fond de ne pas l'avoir fait<sup>432</sup>. De la sorte, la déloyauté peut donc être stimulée. Or, elle doit rester subsidiaire<sup>433</sup>.

De manière globale, le doute est donc fragilement réduit par la production spontanée de pièces, car le juge peut manifestement déclarer une preuve illicite et l'écarter des débats, au cas par cas, au regard du principe de la loyauté probatoire.

Si le doute est réduit grâce à la production spontanée de pièces, quoique de manière limitée, il l'est aussi grâce à la production forcée de pièces.

---

<sup>431</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ?*, D. 2016, pp. 2355 et ss., spéc. n° 23, p. 2362.

<sup>432</sup> En ce sens, v. G. LARDEUX, *Le droit à la preuve : tentative de systématisation*, R.T.D. civ., 2017, pp. 1 et ss., spéc. p. 6.

<sup>433</sup> Sur l'idée que la déloyauté n'est admise qu'à titre subsidiaire, v. not. N. FRICERO, *La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile*, Procédures 2015, dossier 14, pp. 32 et ss., spéc. n° 9, p. 33.

## **B) La production forcée de pièces**

**72.** Le doute est réduit au moyen de la production forcée de pièces. En effet, à l'occasion du procès, une partie peut solliciter l'aide du juge pour obtenir des pièces de nature à établir un fait. De plus, dans certaines circonstances, le juge peut collecter des pièces de son propre chef pour s'éclairer sur un fait. Aussi le doute est-il réduit par la production forcée de pièces, quelle soit ordonnée par le juge à la demande d'une partie (1) ou d'office (2).

### **1) La production forcée de pièces ordonnée à la demande d'une partie**

**73.** En matière civile, une partie peut solliciter du juge la production d'une pièce détenue par son adversaire ou un tiers. Cette technique procédurale a été instaurée par le législateur en vue de la manifestation de la vérité. Par définition, elle tend donc à réduire le doute. Pour autant, la mise en œuvre du droit d'obtenir une preuve par la production forcée est délicate. D'une part, le juge bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (il n'a pas à motiver sa décision), même si la Cour de cassation lui a progressivement donné quelques indications pour guider sa décision. D'autre part, l'adversaire ou les tiers peuvent s'y opposer en faisant valoir une atteinte à une valeur protégée, comme le droit au respect de la vie privée, le droit au secret médical, le droit au secret bancaire, le droit au secret de l'instruction ou le droit au secret des correspondances<sup>434</sup>. Ainsi, le doute est bien réduit grâce à la production forcée de pièces à la demande d'une partie (a), mais il l'est de manière limitée (b).

#### **a) Le principe de la réduction du doute**

**74. Une consécration légale de la production forcée de pièces<sup>435</sup>.** Le doute est réduit par le juge, à la demande d'une partie, en enjoignant à l'adversaire ou à un tiers de produire une pièce. Tel est le cas lorsqu'une partie a connaissance d'une pièce qui permettrait d'établir un fait nécessaire au succès de ses prétentions, mais qu'elle ne la possède pas, parce qu'elle est entre les mains de la partie adverse ou d'un tiers<sup>436</sup>.

---

<sup>434</sup> V. *infra* n° 79.

<sup>435</sup> Pour éviter toute confusion, le législateur utilise en réalité un vocabulaire différent selon que les pièces sont détenues par une partie ou un tiers : en effet, il parle de production des pièces lorsqu'elles sont entre les mains d'une partie et d'obtention des pièces lorsqu'elles sont entre les mains d'un tiers.

<sup>436</sup> En ce sens, v. not. G. COUCHEZ & X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>ème</sup> éd., Sirey, Coll. Sirey Université – Droit privé, 2014, n° 322, p. 349.

Pendant très longtemps, le juge n'a pas pu, à la demande d'une partie, enjoindre à la partie adverse ou à un tiers de produire des pièces utiles en leur possession. Il ne pouvait pas les contraindre à divulguer leurs preuves : l'action *ad exhibendum* était, en principe, rejetée. En effet, ce mécanisme figurait bien aux articles 14 à 17 du Code de commerce, pour obtenir la communication des livres de commerce d'un commerçant, mais il semblait s'expliquer par la particularité de la preuve commerciale, si bien qu'en dehors d'une telle hypothèse, toute divulgation des preuves était écartée<sup>437</sup>. À dire vrai, cette action *ad exhibendum* se heurtait à deux principes décisifs. D'une part, à l'égard de la partie adverse, elle se heurtait au principe suivant lequel « *Nul n'est tenu de prouver contre lui-même* » (« *Nemo tenetur edere contra se* »). En effet, en dehors des hypothèses envisagées par les textes, une partie de la doctrine refusait de reconnaître l'action *ad exhibendum* en considérant que l'adversaire de la partie à laquelle incombait la charge de la preuve pouvait rester passif et qu'il n'avait pas à offrir des preuves contre lui-même. Accorder à une partie le concours de son adversaire pour apporter la preuve qui lui incombait revenait en somme à intervertir la charge de la preuve<sup>438</sup>. D'autre part, à l'égard d'un tiers, elle se heurtait au principe selon lequel un étranger au procès peut souhaiter tenir des faits secrets<sup>439</sup>. Or, les idées sur la production forcée des pièces détenues par une partie ou un tiers ont évolué. Après avoir hésité, la jurisprudence a paru reconnaître la production forcée des pièces<sup>440</sup> et le législateur a pris quelques initiatives comparables<sup>441</sup>. D'ailleurs, un important courant doctrinal défendait avec force l'action *ad exhibendum*<sup>442</sup>.

---

<sup>437</sup> En ce sens, v. G. GOUBEUX, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit* par Ch. PERELMAN & P. FORIERS, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277 et ss., spéc. p. 284.

<sup>438</sup> Rejetant l'action *ad exhibendum*, v. not. H. SOLUS, *Rôle du juge dans l'Administration de la preuve*, Trav. Capitant, Tome V, Dalloz, 1950, pp. 128 et ss. ; Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome VI*, Paris, Imprimerie générale, 1876, n° 209 et ss., pp. 200 et ss. ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1411 et ss., pp. 833 et ss.

<sup>439</sup> B. STARCK, H. ROLAND & L. BOYER, *Introduction au droit*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec, 2000, n° 1529, pp. 568 et ss., spéc. p. 569.

<sup>440</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 décembre 1969, Bull. civ. II, n° 366 (pièces détenues par une partie) ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 décembre 1971, Gaz. Pal. 1972, I, p. 285, concl. R. PAUCOT (pièces détenues par un tiers).

<sup>441</sup> En ce sens, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 651, pp. 622 et ss., spéc. p. 624.

<sup>442</sup> Admettant l'action *ad exhibendum*, v. E. DEMONTÈS, *L'action « ad exhibendum » en droit moderne, Essai sur le droit à la preuve*, Thèse Paris, 1922, Beaugency, 1922 ; H. DECUGIS, *L'évolution des modes de preuve judiciaire en droit comparé*, Bull. soc. lég. comp. janvier-mars 1939, pp. 77 et ss. ; R. LEGEAIS, *th. préc.*, pp. 197 et ss. ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile (Organisation judiciaire – Compétence – Procédure)*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1949, n° 479, p. 384 (avec quelques nuances) ; Ch. & R. BEUDANT & P. LERBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français, Tome IX*, 2<sup>ème</sup> éd. par G. LAGARDE & R. PERROT, Rousseau, 1953, n° 1175, pp. 247 et ss. ; E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés, Remarques sur l'adage « nemo tenetur edere contra se »*, Thèse dactyl. Paris, 1967.

Aussi le « droit à la preuve » a-t-il anéanti les obstacles s'opposant à la production de pièces de nature à favoriser la cause de l'une des parties. En effet, la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 a incorporé au Code civil un article 10 énonçant que « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » et le Code de procédure civile a consacré le pouvoir du juge, à la demande d'une partie, d'enjoindre à son adversaire ou à un tiers de produire des pièces<sup>443</sup>. D'ailleurs, le Conseil d'État a érigé l'article 10 du Code civil en principe général du droit<sup>444</sup> et la Cour de cassation lui a conféré la valeur d'un principe<sup>445</sup>.

**75. La réduction du doute au moyen de la production forcée de pièces.** Ainsi, lorsque le juge ordonne, à la demande d'une partie, la production de pièces en possession d'une partie adverse ou d'un tiers, il réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'il lui permet de les prouver plus facilement. En effet, les faits qui déclenchent l'application de la règle de droit dont une partie sollicite le bénéfice peuvent être difficiles à prouver. Parfois, elle peut même ne pas être en mesure de les démontrer. En soutenant ses efforts probatoires lors du procès, c'est-à-dire en l'aidant à obtenir des pièces de nature à prouver les faits qu'elle allègue, le juge réduit alors le doute factuel.

**76. Une réduction efficace du doute grâce à la production forcée de pièces.** D'ailleurs, le doute semble réduit assez efficacement par la production forcée de pièces, parce que le juge peut inciter l'adversaire ou le tiers à s'exécuter et les sanctionner.

En effet, lorsque le juge enjoint à une partie ou à un tiers de produire des pièces dont une partie a besoin (à sa demande), il peut assortir sa décision d'une astreinte (elle constitue lors de son prononcé une menace de sanction), puis la liquider lorsque les pièces requises ne sont pas produites, à titre de sanction<sup>446</sup>. En outre, il peut les condamner à des dommages et intérêts, en fonction du préjudice causé, et leur infliger une amende civile<sup>447</sup>. En revanche, le juge ne peut pas sanctionner une partie sur le terrain probatoire, à moins de considérer que la production forcée de pièces fait partie des mesures d'instruction<sup>448</sup>. Toutefois, l'alinéa 1<sup>er</sup>

---

<sup>443</sup> V. art. 11 al. 2 et 138 à 142 du C.P.C.

<sup>444</sup> C.E., 3 janvier 1975, J.C.P. (G), 1976, II, 18229, obs. G. COUCHEZ ; R.T.D. civ., 1976, p. 397, obs. R. PERROT.

<sup>445</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 248 ; Gaz. Pal. 1988, I, p. 322, note M. RENARD ; R.T.D. civ., 1988, p. 393, obs. R. PERROT.

<sup>446</sup> V. art. 11 al. 2 et 139 al. 2 du C.P.C.

<sup>447</sup> V. art. 10 al. 2 du C.P.C.

<sup>448</sup> N'excluant pas l'idée que la production forcée de pièces fait partie des mesures d'instruction, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 260, pp. 861 et ss., spéc. p. 864 ; *contra*, H. SOLUS & R. PERROT,

de l'article 11 du Code de procédure civile, qui prévoit une sanction de nature probatoire, ne vaut formellement que pour les mesures d'instruction.

**77. Une réduction importante du doute grâce à la production forcée de pièces.** Surtout, le doute semble réduit très largement par la production forcée de pièces, parce que la Haute Juridiction l'interprète de manière libérale. En effet, elle a admis que la production forcée de pièces à la demande d'une partie s'appliquait devant toutes les juridictions, même devant le juge des référés, et à toute hauteur de la procédure<sup>449</sup>. En outre, elle a considéré que le tiers pouvait être aussi bien une personne privée qu'une personne publique<sup>450</sup>.

La production forcée de pièces, mise en œuvre par le juge à la demande d'une partie, réduit donc bien le doute sur la preuve des faits. Toutefois, elle semble le réduire moins qu'il n'y paraît en raison de la fragilité de ses mécanismes.

#### **b) Les limites de la réduction du doute**

**78. L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation au juge.** Tout d'abord, le doute est très fragilement réduit par la production forcée de pièces, parce que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

En effet, lorsqu'une partie sollicite du juge la production de pièces entre les mains de la partie adverse ou d'un tiers, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation<sup>451</sup>. Autrement dit, il est libre de faire droit ou non à sa demande ; il peut ordonner la production des pièces détenues par son adversaire ou des tiers, mais il n'y est pas obligé<sup>452</sup>. Pour autant,

---

*Droit judiciaire privé, Procédure de première instance, Tome III, Sirey, 1991, n° 643, pp. 552 et ss., spéc. pp. 554 et ss. ; C. CHAINAIS, Fr. FERRAND & S. GUINCHARD, op. cit., n° 617, pp. 468 et ss., spéc. p. 469. Pour autant, J.-J. DAIGRE envisage la sanction d'une partie sur le plan probatoire sans incorporer la production forcée de pièces aux mesures d'instruction, v. J.-J. DAIGRE, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Préf. Cl. LOMBOIS, Thèse Poitiers, P.U.F., Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1979, pp. 247 et ss.*

<sup>449</sup> Sur l'application de la production forcée de pièces devant toutes les juridictions, même devant le juge des référés, v. C.A. Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 17 janvier 1979, Gaz. Pal. 1979, p. 226, note A. CASTON (cep., il doit être saisi d'une telle demande avant tout procès, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 juillet 1992, J.C.P. (G), 1992, IV, 2707).

<sup>450</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1987, *préc.* (l'administration des P et T).

<sup>451</sup> Cette demande est faite sans forme, v. art. 139 al. 1<sup>er</sup> du C.P.C. (pièces entre les mains d'un tiers) et 142 (pièces entre les mains d'une partie).

<sup>452</sup> En ce sens, v. not. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 novembre 1979, D. 1980, p. 365, note J. LEMÉE ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 mars 1984, Bull. civ. II, n° 59 ; Cass. com., 16 février 1999, pourvoi n° 97-16.701 (inédit) ; Cass. soc., 3 mars 1999, pourvoi n° 96-45.799 (inédit). Sur le pouvoir discrétionnaire du juge, v. not. J.-J. DAIGRE, *La doctrine et la réforme de la procédure civile, À propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces*, J.C.P. (G), 1981, I, 3020.

la Cour de cassation guide les juges du fond en leur offrant quelques indications : d'une part, les pièces réclamées doivent être suffisamment déterminées<sup>453</sup> et leur existence doit être au moins vraisemblable<sup>454</sup> ; d'autre part, elles doivent être utiles pour la solution du litige<sup>455</sup>. En revanche, le juge ne peut pas ordonner la production forcée d'un écrit auquel le demandeur a été partie (quelle que soit la nature de cet écrit)<sup>456</sup>. En effet, celui qui a été partie à un acte doit se ménager la preuve nécessaire. Aussi le juge n'a-t-il pas à lui fournir son aide<sup>457</sup> ; cette règle sanctionnerait sa négligence<sup>458</sup>. À titre d'exemple, dans un arrêt du 20 décembre 1977, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que les parties à un acte notarié ne pouvaient pas profiter de l'article 138 du Code de procédure civile, puisqu'elles pouvaient en prendre connaissance en l'étude du notaire<sup>459</sup>. Cependant, dans un arrêt du 15 décembre 1971, la troisième chambre civile de cette même juridiction a considéré que les juges avaient valablement ordonné à un tiers de produire le seul exemplaire d'un acte sous seing privé que les parties lui avaient confié et qu'il ne voulait pas donner à l'une d'entre elles<sup>460</sup>. En somme, l'interprétation *a contrario* de l'article 138 du Code de procédure civile est exclue lorsqu'elle apparaît trop sévère<sup>461</sup>. D'ailleurs, globalement, le juge fait droit à la demande de production de pièces d'une partie lorsqu'elle n'a pas d'autres moyens pour en avoir connaissance<sup>462</sup>. En effet, l'article 138 du Code de procédure civile doit manifestement être rapproché de l'alinéa 2 de l'article 146, qui interdit tout bonnement au juge de pallier la carence d'une partie dans

---

<sup>453</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 mars 1979, Bull. civ. II, n° 88.

<sup>454</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 novembre 1993, Bull. civ. II, n° 330 ; D. 1994, I.R., p. 6.

<sup>455</sup> En ce sens, v. C.A. Aix-en-Provence, 21 novembre 1995 (ord.), J.C.P. (G), 1996, II, 22597, note J.-J. DAIGRE. À dire vrai, les pièces devraient même être indispensables à l'exercice des droits de la défense, v. Cass. com., 30 mars 2010, Bull. civ. IV, n° 69.

<sup>456</sup> V. art. 138 du C.P.C. (*a contrario*).

<sup>457</sup> En ce sens, v. not. X. MARCHAND & C. VIEIRA, *Production forcée de pièces*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 623, 2012, n° 15 ; C. BRAHIC LAMBREY, *Rép. pr. civ.*, V° Production forcée des pièces, 2012 (actualisation en 2016), n° 17.

<sup>458</sup> En ce sens, v. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. SAINT-PAU, L.G.D.J., 2010, n° 471, pp. 408 et ss., spéc. p. 408 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 652, pp. 624 et ss., spéc. p. 625.

<sup>459</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 décembre 1977, Bull. civ. I, n° 486 ; J.C.P. (G), 1979, II, 19036, obs. M. DAGOT.

<sup>460</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 décembre 1971, *préc.*

<sup>461</sup> Sur la rigueur parfois excessive de cette disposition et ses tempéraments, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 652, pp. 624 et ss., spéc. pp. 625-626 ; C. MARRAUD, *Le droit à la preuve, La production forcée des preuves en justice (Décrets n° 71-740 du 9 septembre 1971, n° 72-684 du 20 juillet 1972 et n° 72-788 du 28 août 1972)*, J.C.P. (G), 1973, I, 2572, n° 35 et ss. ; J. DEVÈZE, *th. préc.*, n° 190, pp. 255 et ss., spéc. pp. 256 et ss.

<sup>462</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 décembre 1977, *préc.* ; *adde*, C.A. Bourges, 1<sup>ère</sup> ch., 9 novembre 1981 (ord.), Gaz. Pal. 1982, I, p. 214.

l'administration de la preuve<sup>463</sup>. La production forcée de pièces élaborée par le droit français est alors bien différente de la *discovery* anglaise ou américaine<sup>464</sup>.

**79. L'atteinte à des valeurs protégées.** Ensuite, le doute est très fragilement réduit par la production forcée de pièces, parce que l'adversaire ou les tiers peuvent toujours s'y opposer en invoquant une atteinte à une valeur protégée, comme par exemple, le droit au respect de la vie privée ou le droit au secret bancaire.

En effet, lorsque le juge enjoint à un tiers, à la demande d'une partie, de produire des pièces au cours du procès, celui-ci peut s'y opposer en invoquant un empêchement légitime. Cette réserve est expressément prévue aux articles 11 alinéa 2 et 141 du Code de procédure civile. Néanmoins, elle n'est en rien absolue. En réalité, le juge apprécie la force de l'obstacle opposé par le tiers à la mise en œuvre du droit à la preuve. Ainsi, l'empêchement légitime du tiers n'est pas systématique. Plusieurs arrêts relatifs au secret professionnel en attestent. En effet, dans un arrêt du 21 juillet 1987, la Cour de cassation a refusé au ministre des P et T la possibilité d'opposer le secret professionnel au juge qui lui demandait, pour les besoins de la manifestation de la vérité et la protection des droits d'une partie, la communication du nom et de l'adresse du titulaire d'un abonnement téléphonique inscrit sur la « liste rouge »<sup>465</sup>. De plus, dans un arrêt du 31 mai 1988, elle a refusé à une Caisse primaire d'assurance maladie le droit d'opposer le secret professionnel pour ne pas révéler le nombre de clients ayant été visités par un médecin dans un périmètre où il s'était engagé à l'égard d'un confrère à ne pas se rétablir (au vrai, les informations exigées – une statistique sommaire – ne dévoilaient pas l'identité ou la maladie des patients et ne reflétaient pas la position de fortune du médecin soignant puisqu'ils ne correspondaient qu'à une partie de sa zone d'activité et étaient limités à une période de dix mois)<sup>466</sup>. En revanche, dans un arrêt du 29 mars 1989, elle a jugé qu'un archevêque pouvait refuser de produire des pièces relatives à une instance en annulation de

---

<sup>463</sup> En ce sens, très tôt, v. J. DEVÈZE, *th. préc.*, n° 190, pp. 255 et ss. D'ailleurs, quelques décisions (anciennes) ont même subordonné le recours à la production forcée à l'absence d'autres moyens de preuve, v. par ex., C.A. Paris, 4 mars 1975, R.T.D. civ., 1975, p. 780, obs. R. PERROT (la production forcée de pièces et documents ne doit être utilisée que dans les hypothèses où la preuve du fait litigieux ne peut pas être administrée autrement que par les pièces dont la production est demandée).

<sup>464</sup> Sur la *discovery* anglaise ou américaine, v. not. A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 249, pp. 214 et ss.

<sup>465</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1987, *préc.* ; *adde*, dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janvier 1990, Bull. civ. I, n° 31 (le ministre des P et T ne pouvait pas opposer le secret professionnel au juge qui lui demandait, pour la protection des droits d'une partie, la communication de renseignements de nature à désigner le bénéficiaire du solde créditeur d'un compte courant postal dont le titulaire était décédé).

<sup>466</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mai 1988, Bull. civ. I, n° 168.

mariage devant la juridiction ecclésiastique au cours d'une procédure de divorce pour faute (en l'espèce, le secret professionnel était, en quelque sorte, renforcé par la protection due à l'intimité de la vie privée)<sup>467</sup>.

Toutefois, le juge peut respecter le secret professionnel sans pour autant se priver de toute information émanant de la personne qui y est tenue. En effet, l'alinéa 2 de l'article 139 du Code de procédure civile lui permet d'ordonner la production d'un acte ou d'une pièce en extrait, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe. Par la production d'un seul extrait, un document peut alors être transmis au juge tout en préservant des informations couvertes par le secret professionnel<sup>468</sup>.

De même, lorsque le juge enjoint à une partie, à la demande d'une autre, de produire des pièces au cours du procès, celle-ci peut s'y opposer en avançant un motif légitime. À dire vrai, l'alinéa 2 de l'article 11 du Code de procédure civile ne contient aucune réserve lorsque le juge ordonne à la demande d'une partie la production de pièces à son adversaire, pas plus que l'article 142 du Code de procédure civile, parce qu'il renvoie aux dispositions des articles 138 et 139 du même Code. Ainsi, dans un arrêt du 19 juin 1990, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé qu'aucun empêchement légitime ne pouvait être invoqué par une partie pour se soustraire à la demande de production de pièces<sup>469</sup>. Toutefois, la doctrine s'accorde aujourd'hui à dire que le pouvoir du juge est atténué en se rapportant à l'article 10 du Code civil, selon lequel « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* », sauf à invoquer un motif légitime<sup>470</sup>. D'ailleurs, dans un arrêt du 27 janvier 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré qu'une partie pouvait invoquer un empêchement légitime pour s'opposer à la production de pièces<sup>471</sup>. En l'espèce, un Conseil de prud'hommes avait ordonné à une partie de produire un rapport confectionné par la commission bancaire, puis la Cour d'appel avait estimé l'appel interjeté à

---

<sup>467</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 mars 1989, Bull. civ. II, n° 88 ; J.C.P. (G), 1990, II, 21586, obs. F. BOUSCAU ; D. 1990, p. 45, note M. ROBINE ; Gaz. Pal. 1990, I, p. 3, note O. ÉCHAPPÉ.

<sup>468</sup> En ce sens, v. X. MARCHAND & C. VIEIRA, *op. cit.*, n° 39 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 156, p. 632. Sur la faculté reconnue au juge d'ordonner la production d'un acte ou d'une pièce en extrait et son utilisation avec prudence, v. C. MARRAUD, *art. préc.*, n° 34.

<sup>469</sup> Cass. com., 19 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 179.

<sup>470</sup> En ce sens, v. X. MARCHAND & C. VIEIRA, *op. cit.*, n° 45 ; C. BRAHIC LAMBREY, *op. cit.*, n° 47. En revanche, la doctrine souligne que le motif légitime invoqué par un adversaire doit être apprécié beaucoup plus sévèrement que l'empêchement légitime d'un tiers.

<sup>471</sup> Cass. soc., 27 janvier 1999, pourvoi n° 96-44.460 (inédit) ; Procédures 1999, comm. n° 124, note J.-M. SPORTOUCH (au visa des articles 10, 142 et 545 du N.C.P.C., le pouvoir du juge d'ordonner la production des éléments de preuve détenus par les parties est limité par l'existence d'un empêchement légitime).

l'encontre du jugement irrecevable : « *l'atteinte prétendument portée au secret bancaire ne [pouvait] faire obstacle au pouvoir reconnu au juge d'ordonner communication de tous documents détenus par une partie* ». Néanmoins, la Cour de cassation l'a censurée, au visa des articles 10, 142 et 545 du Code de procédure civile. En effet, une fois posé en chapeau que « *le pouvoir du juge civil d'ordonner la production des éléments de preuve détenus par les parties [était] limité par l'existence d'un empêchement légitime* », elle a affirmé que « *la production ordonnée se heurtait à un empêchement légitime tenant au secret bancaire* ».

En définitive, le doute est bien réduit par le juge en ordonnant – à la demande d'une partie – la production de pièces entre les mains d'un adversaire ou d'un tiers. En effet, cette technique procédurale permet à une partie d'obtenir des pièces de nature à prouver les faits qu'elle allègue. Toutefois, il est réduit d'une manière limitée, parce que la production forcée de pièces constitue en pratique une technique procédurale très fragile. Tout d'abord, le juge peut l'ordonner ou non. En l'occurrence, il détient un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. D'ailleurs, la Haute Juridiction n'a pas souhaité modifier la nature de son pouvoir après avoir reconnu le « droit à la preuve »<sup>472</sup>. Ensuite, la partie adverse ou les tiers peuvent s'y opposer en invoquant une atteinte à une valeur protégée, tels que la vie privée ou le secret bancaire. Comme le fait observer A. BERGEAUD, « *aussi impérieux soit-il, le besoin de vérité n'a jamais été envisagé comme une valeur intransigeante et phagocytaire. Le respect d'autres valeurs, tout aussi impérieuses, justifie que la recherche de la vérité s'incline et, avec elle, la mise en œuvre d'un droit dont l'objet serait une information protégée* »<sup>473</sup>.

Si le doute peut être réduit par le juge en ordonnant – à la demande d'une partie – la production de pièces détenues par une partie ou un tiers, il peut également l'être par le juge en enjoignant d'office à une partie de produire des pièces.

## **2) La production forcée de pièces ordonnée d'office par le juge**

### **80. Le pouvoir conféré au juge d'enjoindre d'office à une partie la production de pièces.**

Le doute peut parfois être réduit par le juge en enjoignant d'office à une partie la production de pièces au cours d'un procès.

---

<sup>472</sup> En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 février 2014, pourvoi n° 12-15.333 (inédit).

<sup>473</sup> A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 523, pp. 453 et ss., spéc. p. 453.

À dire vrai, aux termes des articles 11, 138 et 142 du Code de procédure civile, le juge ne peut pas ordonner d'office la production de pièces détenues par une partie ou un tiers<sup>474</sup>. En effet, ces textes semblent réserver l'initiative de la production forcée de pièces aux seules parties. D'ailleurs, cette solution est soutenue tant par une partie de la doctrine<sup>475</sup> que par la jurisprudence<sup>476</sup>.

Toutefois, cette interdiction faite au juge d'ordonner d'office la production de pièces à une partie connaît plusieurs tempéraments : elle cède non seulement lorsque la procédure est orale, mais encore lorsque l'affaire doit être instruite avant d'être jugée<sup>477</sup>.

En effet, depuis le décret n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 (relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale) et une circulaire du 24 janvier 2011, le juge peut enjoindre d'office à une partie de produire des pièces quand la procédure est orale. À dire vrai, le premier a intégré au Code de procédure civile, dans un paragraphe 2 consacré aux « *dispositions propres à la procédure orale* », un article 446-3, dont le premier alinéa précise que « *Le juge peut inviter, à tout moment, les parties à fournir les explications de fait et de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer [...]* ». Puis, la deuxième a indiqué que ce texte avait un caractère général et qu'il s'appliquait à l'ensemble des juridictions qui connaissent une procédure orale. Aussi le pouvoir du juge d'enjoindre d'office à une partie de produire des pièces est-il très étendu : il s'exerce devant le tribunal d'instance (la procédure est orale selon l'article 846 du Code de procédure civile), le tribunal de grande instance statuant en référé, les juridictions de sécurité sociale, le juge aux affaires familiales, le tribunal de commerce, le tribunal paritaire des baux ruraux, le juge de l'exécution et la cour d'appel lorsque la représentation n'est pas obligatoire.

---

<sup>474</sup> « à la requête de l'autre partie » « à la requête de l'une des parties » (art. 11 al. 2 du C.P.C.) ; « elle [une partie] peut demander au juge » (art. 138 du C.P.C.) ; « Les demandes de production » (art. 142 du C.P.C.).

<sup>475</sup> En ce sens, v. not. H. SOLUS & R. PERROT, *op. cit.*, n° 656, pp. 565 et ss., spéc. p. 566 ; cep., *contra*, E. BLANC, *Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Étude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971)*, J.C.P. (G), 1973, I, 2559 (le juge peut ordonner d'office la production de pièces détenues par une partie).

<sup>476</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 octobre 1975, Bull. civ. I, n° 281 ; Cass. com., 19 décembre 1977, Bull. civ. IV, n° 307 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 2004, Bull. civ. I, n° 72 (il ne peut être reproché aux juges du fond ou à une Cour d'appel de ne pas avoir ordonné la production d'une pièce qui ne leur a pas été demandée).

<sup>477</sup> L'interdiction faite au juge d'ordonner d'office la production de pièces à un tiers cède dans le cas particulier de l'art. L. 143 du L.P.F., v. not. en ce sens, C. CHAINAIS, Fr. FERRAND & S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 619, p. 470 ; *adde*, J.-P. LACROIX-ANDRIVET, in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, dir. S. GUINCHARD, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2016, n° 341.51, pp. 1172 et ss.

De plus, aux termes d'autres textes plus spécifiques, le pouvoir d'enjoindre d'office à une partie de produire des pièces est octroyé au juge quand l'affaire doit être instruite avant d'être jugée. En effet, il est reconnu au juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance<sup>478</sup> ainsi qu'à ses équivalents devant d'autres juridictions<sup>479</sup>.

**81. Une réduction du doute au moyen de la production de pièces ordonnée d'office par le juge.** Ainsi, lorsque le juge enjoint d'office à une partie la production de pièces, il réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'il prend connaissance, de son propre chef, d'éléments qui peuvent permettre de les établir. En effet, il « prend les faits » que cette partie ne lui donne pas. Il s'éclaire lui-même sur les faits. En enjoignant d'office à une partie de produire des pièces, c'est-à-dire en demandant qu'elle lui remette des éléments de preuve, le juge réduit alors le doute factuel.

**82. La réduction assez efficace du doute au moyen de la production de pièces ordonnée d'office par le juge.** D'ailleurs, le doute est réduit assez efficacement en enjoignant d'office à une partie de produire des pièces, parce que le juge peut la sanctionner.

En effet, lorsque le juge enjoint d'office à une partie de produire des pièces, il peut la sanctionner sur le plan probatoire en tirant toute conséquence de son abstention ou de son refus<sup>480</sup>. En revanche, le juge ne peut jamais la sanctionner sur un plan financier. La sanction probatoire est l'unique sanction envisageable à l'encontre d'une partie lorsque la production de pièces est ordonnée d'office par le juge.

En définitive, le doute est bien réduit par le juge en enjoignant d'office à une partie la production de pièces, parce qu'il peut prendre connaissance, de son propre chef, d'éléments probatoires de nature à établir sa demande. D'ailleurs, il est réduit assez efficacement, parce que le juge peut la sanctionner lorsqu'elle s'abstient de produire les pièces qu'il a réclamées, ou s'y oppose. Cependant, le doute est très exceptionnellement réduit, car le juge détient ce pouvoir dans des hypothèses particulières : lorsque la procédure est orale et lorsque l'affaire doit être instruite avant d'être jugée.

---

<sup>478</sup> V. art. 770 du C.P.C.

<sup>479</sup> Par ex., devant le Cons. prud'h., le bureau de conciliation et d'orientation (art. R. 1454-1 al. 4 du C. trav.) ou le conseiller rapporteur (art. R. 1454-4 al. 3 du C. trav.).

<sup>480</sup> V. par ex., les art. 446-3, 862 et 940 du C.P.C. ainsi que l'art. R. 1454-2 al. 2 du C. trav.

Si le doute est réduit grâce à la production forcée de pièces, il l'est encore grâce à des mesures d'instruction.

## § II : Les règles sur les mesures d'instruction

**83.** Le doute est réduit au moyen des mesures d'instruction. À dire vrai, la loi ne propose aucune définition des mesures d'instruction ; au mieux, elle en livre la nomenclature<sup>481</sup>. Pour autant, à l'instar de la production forcée de pièces, les mesures d'instruction constituent une technique procédurale qui contribue à la manifestation de la vérité<sup>482</sup>. En effet, L. CADIET et E. JEULAND définissent les mesures d'instruction comme des « *instruments procéduraux qui permettent la mise en œuvre de certains modes de preuve* »<sup>483</sup>. Par définition, elles tendent donc à réduire le doute. Toutefois, des obstacles intrinsèques ou non à l'institution judiciaire tempèrent la recherche de la vérité à l'aide de mesures d'instruction. Ainsi, le doute est bien réduit grâce à des mesures d'instruction (A), mais il l'est de manière limitée (B).

### A) Le principe de la réduction du doute par les mesures d'instruction

**84.** Le doute est réduit au moyen de deux sortes de mesures d'instruction. Certaines sont ordonnées par le juge, à la demande des parties ou d'office, au cours d'un procès, tandis que d'autres le sont par le juge, à la demande de tout intéressé, avant tout procès. Les premières sont dites des mesures d'instruction « ordinaires » et les secondes des mesures d'instruction *in futurum*<sup>484</sup>. Aussi le doute est-il réduit par des mesures d'instruction tant « ordinaires » (1) qu'*in futurum* (2).

#### 1) La réduction du doute par les mesures d'instruction ordinaires

**85. Le pouvoir du juge d'ordonner une mesure d'instruction ordinaire à la demande des parties pendant un procès.** Tout d'abord, le doute peut être réduit par le juge en ordonnant une mesure d'instruction ordinaire, à la demande d'une partie, pendant un procès.

En effet, aux termes des dispositions de l'article 143 du Code de procédure civile, une partie peut obtenir le prononcé d'une mesure d'instruction au cours d'un procès. Autrement

---

<sup>481</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, p. 865.

<sup>482</sup> V. *supra* n° 72 et ss.

<sup>483</sup> L. CADIET & E. JEULAND, *op. cit.*, n° 570, p. 508.

<sup>484</sup> Sur le choix de cette terminologie, v. I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, Préf. G. WIEDERKEHR, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, n° 12, pp. 8 et ss.

dit, elle peut solliciter l'aide du juge pour recueillir des éléments probatoires aptes à servir sa cause.

Ainsi, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction ordinaire à la demande d'une partie pendant un procès, il réduit le doute factuel, c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'il lui permet d'accomplir sa tâche probatoire. En effet, le juge l'aide à obtenir des éléments de preuve de nature à fonder sa demande et à le convaincre ; il l'aide à lui donner le fait. En s'associant à la recherche des éléments de preuve, le juge réduit alors le doute factuel.

**86. Le pouvoir – général – conféré au juge d'ordonner d'office une mesure d'instruction ordinaire pendant un procès**<sup>485</sup>. En outre, le doute peut être réduit par le juge en ordonnant d'office une mesure d'instruction ordinaire pendant un procès.

Très longtemps, la procédure civile a été analysée comme une procédure à caractère accusatoire sur le terrain probatoire, dominée par le principe de la « neutralité du juge ». Le juge ne devait donc prendre aucune initiative dans la recherche des preuves ; il ne devait pas collecter spontanément les preuves<sup>486</sup>. Il était conçu comme un arbitre impartial et passif du combat judiciaire des plaideurs. D'ailleurs, « *Priver le juge d'initiatives en matière de preuves paraissait préserver son impartialité en prévenant toute tentative d'arbitraire de sa part* »<sup>487</sup>. Pour autant, le juge n'était pas systématiquement passif. Exceptionnellement, il disposait du pouvoir d'ordonner d'office une mesure d'instruction en vue de collecter des preuves. À dire vrai, le juge pouvait ordonner d'office la comparution personnelle des parties, la production des livres de commerce, le serment supplétoire, une expertise, une enquête et une descente sur les lieux<sup>488</sup>. Mais les idées sur le rôle du juge et le procès ont peu à peu évolué.

---

<sup>485</sup> Sur le pouvoir du juge d'ordonner d'office toute mesure d'instruction, v. G. TARZIA, *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves*, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, pp. 469 et ss.

<sup>486</sup> En ce sens, très tôt, v. G. ANDRÉ, *Du principe de la neutralité du juge dans l'Instruction des Affaires Civiles*, Thèse Paris, 1910, Jouve & C<sup>ie</sup>, 1910, p. 9 ainsi que p. 11.

<sup>487</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 630, pp. 604 et ss. En réalité, la neutralité du juge a deux sens, un sens moral et un sens technique, v. V° Neutralité, in G. CORNU (dir.), *dict. préc.*, pp. 683 et ss., spéc. p. 684. Or, ces deux sens ont été confondus pour soutenir que la neutralité du juge conduisait à ne lui laisser aucune initiative dans la recherche des preuves, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 630, pp. 604 et ss., spéc. p. 604.

<sup>488</sup> En ce sens, v. not. G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, Tome I*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1972, n° 212, pp. 371 et ss. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 653, pp. 626 et ss.

Aujourd'hui, la procédure civile est analysée par tous comme une procédure mixte ou accusatoire à tendance inquisitoire<sup>489</sup>. Le juge demeure un arbitre impartial, mais il est actif. En effet, aux termes du Code de procédure civile, le pouvoir du juge d'ordonner d'office une mesure d'instruction est érigé en principe général ; il n'est plus exceptionnel. Les articles 10 et 143 du Code de procédure civile sont sans ambivalence : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* » ; « *Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* ».

Ainsi, lorsque le juge ordonne d'office une mesure d'instruction ordinaire pendant un procès, il réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'il collecte, de son propre chef, des éléments qui peuvent permettre de les établir. En effet, le juge « prend les faits » que ne lui donneraient pas les parties ; il n'est plus seulement celui qui les reçoit. En prenant spontanément part à la recherche des éléments de preuve, le juge réduit alors le doute factuel.

**87. La réduction efficace du doute grâce à une mesure d'instruction ordinaire ordonnée à la demande des parties ou d'office pendant un procès.** D'ailleurs, le doute semble réduit assez efficacement par une mesure d'instruction ordinaire, parce que le juge peut prononcer des sanctions à l'égard des parties, voire des tiers.

En effet, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction pendant le procès, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 11 du Code de procédure civile prévoit des sanctions probatoires à l'encontre des parties (« *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* »), tout comme des textes plus spécifiques, dès lors qu'elles ne coopèrent pas<sup>490</sup>. Par exemple, dans un arrêt en date du 1<sup>er</sup> juillet 2003, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis que le refus d'une partie de prêter son concours à une expertise génétique pouvait constituer une présomption grave de paternité<sup>491</sup>. En outre, dans un arrêt en date du 17 juin 2010, la deuxième chambre civile a estimé que la demande d'une partie tendant à mettre en œuvre la garantie fixée par son contrat d'assurance pouvait être rejetée au motif qu'elle avait fait barrage à une mesure

---

<sup>489</sup> Sur cette qualification actuelle de la procédure civile, v. C. AMBROISE-CASTÉROT, V<sup>is</sup> Procédure accusatoire / Procédure inquisitoire, in L. CADIET (dir.), *dict. préc.*, pp. 1058 et ss., spéc. pp. 1061 et ss.

<sup>490</sup> Par ex., l'art. 198 du C.P.C.

<sup>491</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 2003, pourvoi n° 01-11.419 (inédit) ; R.J.P.F., décembre 2003, p. 22.

d’instruction (en l’espèce, une expertise) destinée à évaluer, si besoin, les préjudices qu’elle avait subis<sup>492</sup>. De plus, des textes spécifiques prévoient parfois des sanctions à l’encontre des tiers, mais seulement pécuniaires, dès lors qu’eux aussi ne collaborent pas<sup>493</sup>.

**88. La réduction forte du doute grâce à une mesure d’instruction ordinaire ordonnée à la demande des parties ou d’office pendant un procès.** Surtout, le doute est réduit de façon assez vigoureuse par une mesure d’instruction ordinaire, parce que le juge peut l’ordonner à tout moment au cours d’un procès.

En effet, aux termes des dispositions de l’article 144 du Code de procédure civile, une mesure d’instruction peut être ordonnée « *en tout état de cause* ». Autrement dit, elle peut être prescrite à tout moment, de l’acte introductif d’instance à la clôture des débats, devant une juridiction tant du premier que du second degré<sup>494</sup>. D’ailleurs, en dépit de l’introduction de l’instance, le juge des référés peut ordonner une mesure d’instruction<sup>495</sup>. Toutefois, il doit vérifier qu’aucun juge de la mise en état n’a été désigné, puisque celui-ci est seul compétent pour en prescrire une<sup>496</sup>.

En définitive, le doute semble bien réduit grâce aux mesures d’instruction ordinaires. D’ailleurs, il paraît aussi l’être grâce aux mesures d’instruction *in futurum*.

## **2) La réduction du doute par les mesures d’instruction *in futurum***

**89. Le pouvoir du juge d’ordonner une mesure d’instruction *in futurum* à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, avant tout procès.** Le doute peut être réduit par le juge en ordonnant une mesure d’instruction *in futurum*, à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, avant tout procès<sup>497</sup>.

---

<sup>492</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-68.096 (inédit).

<sup>493</sup> Par ex., l’art. 207 du C.P.C.

<sup>494</sup> En ce sens, v. not. G. COMBES, *Incidents de procédure – Mesures d’instruction – Dispositions générales*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 634, 2012 (dernières mises à jour en 2016 et actualisé par S. MÉNÉTREY), n° 26. Évidemment, une mesure d’instruction est exclue devant la C. cass., car la procédure du pourvoi ne remet pas en jeu les éléments de fait du procès.

<sup>495</sup> Sur la possibilité pour le juge des référés d’ordonner une mesure d’instruction, v. not. J. NORMAND, *Le juge du provisoire et les règles de preuve*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Etude de droit comparé, dir. J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 175 et ss., spéc. p. 175 ; H. SOLUS & R. PERROT, *op. cit.*, n° 728, p. 618.

<sup>496</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 mars 1998, Bull. civ. II, n° 96 (jurisprudence constante).

<sup>497</sup> Sur les mesures d’instruction *in futurum*, v. M. JEANTIN, *Les mesures d’instruction « in futurum »*, D. 1980, Chron., pp. 205 et ss. ; G. CHABOT, *Remarques sur la finalité probatoire de l’article 145 du nouveau code de*

À dire vrai, la tradition juridique française était défavorable aux mesures d'instruction *in futurum*. En effet, en raison des abus auxquels elles avaient mené dans l'Ancien droit, leur interdiction avait été formulée par une ordonnance de 1667, puis maintenue par le Code de procédure civile de 1806<sup>498</sup>. D'ailleurs, l'argument principal expliquant leur proscription était simple : « *les mesures d'instruction sont destinées à éclairer les juges sur le bien-fondé d'une demande principale dont elles supposent l'existence préalable* »<sup>499</sup>. Néanmoins, poussée par un courant doctrinal important sur l'intérêt pratique des mesures d'instruction *in futurum*<sup>500</sup>, la jurisprudence tournait parfois cette interdiction en recourant à la procédure de référé<sup>501</sup>. De la sorte, le Président du Tribunal de Grande Instance pouvait alors ordonner une mesure d'instruction avant tout procès, mais il exigeait que l'urgence soit établie, que la mesure soit provisoire et qu'elle ne fasse pas préjudice au principal<sup>502</sup>. Une telle pratique tendait dès lors à éviter le risque d'un dépérissement des preuves.

Aussi, pour tenir compte de cette évolution, le législateur a-t-il modifié la situation en retouchant la règle selon laquelle une demande de mesure d'instruction ne pouvait être que l'accessoire d'une demande principale<sup>503</sup>. En effet, le décret n° 73-122 du 27 décembre 1973 a purement abandonné la proscription des mesures d'instruction *in futurum* en intégrant un nouvel article 145 au Code de procédure civile : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

---

*procédure civile*, D. 2000, Chron., pp. 256 et ss. ; Ph. THÉRY, *L'article 145 du nouveau Code de procédure civile*, Rev. jurid. Centre Ouest, 1988, pp. 210 et ss. ; A.-M. BATUT, *Les mesures d'instruction « in futurum »*, Rapp. Cour cassat. 1999, Doc. franç., 2000, pp. 99 et ss. ; J.-Cl. PEYRE, *Le référé probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile*, J.C.P. (G), 1984, I, 3158 ; Fr. DE BÉRARD, *Les mesures d'instruction in futurum : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC*, Gaz. Pal. 7-8 décembre 2012, pp. 3249 et ss.

<sup>498</sup> En ce sens, v. not. A.-M. BATUT, *art. préc.*, p. 99. Sur ces abus, v. E. GLASSON & A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Tome II, 3<sup>ème</sup> éd. par R. MOREL, Paris, Sirey, 1926, note 3, pp. 761 et ss.

<sup>499</sup> A.-M. BATUT, *art. préc.*, p. 99.

<sup>500</sup> En ce sens, v. E. GLASSON & A. TISSIER, *op. cit.*, n° 649, pp. 761 et ss., spéc. p. 762 ; G. CORNU & J. FOYER, *Procédure civile*, P.U.F., Coll. Thémis, 1958, p. 307 ; H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé, Introduction, Notions fondamentales (action en justice ; formes et délais ; acte juridictionnel), Organisation judiciaire, Tome I*, Sirey, 1961, n° 237, pp. 214 et ss., spéc. p. 215.

<sup>501</sup> En ce sens, v. not. Ph. THÉRY, *art. préc.*, p. 211.

<sup>502</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. req., 7 novembre 1894, D.P. 1895, I, p. 8 (cet arrêt marque d'ailleurs l'admission de cette solution).

<sup>503</sup> En ce sens, v. A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 81, p. 74.

Ainsi, aux termes d'une lecture classique de l'article 145 du Code de procédure civile, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction *in futurum* à la demande de tout intéressé, il réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'il lui permet de se ménager des preuves dans la perspective d'un procès à venir. En effet, les mesures d'instruction *in futurum* permettent de pallier le risque de dépérissement d'une preuve. À cet égard, elles sont alors dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure. Toutefois, les mesures d'instruction *in futurum* permettent encore de constituer une preuve, parce que l'article 145 du Code de procédure civile prévoit la possibilité « [...] *d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige* ». Ainsi, de manière générale, elles tendent à la préconstitution des preuves, qu'elles soient ou non menacées de disparition. D'ailleurs, un examen de la pratique française paraît démontrer que la crainte du dépérissement de la preuve n'est qu'un motif de saisine du juge parmi d'autres<sup>504</sup>. En aidant tout intéressé à se ménager des éléments de preuve dans la perspective d'un procès à venir, le juge réduit alors le doute factuel.

De surcroît, aux termes d'une lecture bien plus moderne de l'article 145 du Code de procédure civile, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction *in futurum* à la demande de tout intéressé, il peut lui permettre d'apprécier le doute et ses conséquences à l'occasion d'un éventuel procès. En effet, au-delà de la simple préconstitution des preuves, la doctrine estime que les mesures d'instruction *in futurum* ont d'autres fonctions<sup>505</sup>. Tout d'abord, elles peuvent servir à éviter un procès<sup>506</sup>. En outre, dans l'hypothèse où les parties ne seraient pas parvenues à un règlement amiable de leur litige, elles peuvent servir à préparer le procès<sup>507</sup>. Enfin, elles peuvent servir à apprécier l'opportunité de faire un procès. À dire vrai, Ph. THÉRY estime qu'« À l'idée classique – amasser des preuves en vue du procès – vint s'en ajouter une autre – rechercher s'il était opportun d'en faire un »<sup>508</sup>. De plus, J. HÉRON et Th. LE BARS font remarquer que « La mesure d'instruction peut aussi fournir au demandeur des informations plus complètes sur la situation et, par voie de conséquence, lui permettre de mieux apprécier

---

<sup>504</sup> En ce sens, v. I. DESPRÉS, *th. préc.*, n° 42, pp. 35 et ss., spéc. p. 35.

<sup>505</sup> Cep., *contra*, G. CHABOT, *art. préc.*, spéc. n° 21, p. 260.

<sup>506</sup> En ce sens, v. not. I. DESPRÉS, *th. préc.*, n° 12, pp. 8 et ss., spéc. p. 9 ainsi que n° 42, pp. 35 et ss., spéc. p. 35.

<sup>507</sup> En ce sens, v. I. DESPRÉS, *th. préc.*, n° 42, pp. 35 et ss., spéc. p. 35.

<sup>508</sup> Ph. THÉRY, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits n° 23 – La preuve, P.U.F., 1996, pp. 41 et ss., spéc. p. 45.

*l'opportunité d'entamer ou de ne pas entamer une procédure devant le juge du principal* »<sup>509</sup>. De même, J. NORMAND indique que la mesure d'instruction *in futurum* permet « *d'identifier ses véritables adversaires, d'apprécier l'opportunité d'un procès* »<sup>510</sup>. Or, dans cette dernière perspective, les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile peuvent servir à jauger le doute dans tous ses aspects, c'est-à-dire le doute factuel, le doute matériel et le doute intellectuel, ainsi que la survenance d'un doute irréductible. Autrement dit, elles peuvent être un moyen d'envisager un doute subsistant dans l'esprit du juge et ses conséquences à l'issue d'un éventuel procès, c'est-à-dire l'attribution judiciaire (favorable ou défavorable) du risque de la preuve<sup>511</sup>.

En définitive, le doute semble bien réduit grâce aux mesures d'instruction *in futurum*. Néanmoins, il est beaucoup moins réduit qu'il n'y paraît par les mesures d'instruction, quelle que soit leur nature, en raison de mécanismes fragiles.

## **B) Les limites de la réduction du doute par les mesures d'instruction**

**90.** Le doute paraît assez fragilement réduit par une mesure d'instruction, ordinaire ou *in futurum*, parce qu'elle est étroitement réglemantée. En effet, une mesure d'instruction peut se heurter à de très nombreux obstacles : d'aucuns sont intrinsèques à l'institution judiciaire (1), d'autres sont extrinsèques à l'institution judiciaire (2).

### **1) Les limites intrinsèques à l'institution judiciaire**

**91.** Le doute paraît assez fragilement réduit par une mesure d'instruction, ordinaire ou *in futurum*, parce qu'elle se heurte à plusieurs obstacles propres à l'institution judiciaire : ceux-ci sont d'ordre juridique (a) ou économique (b).

#### **a) Les limites d'ordre juridique**

**92. L'appréciation souveraine des conditions fixées par la loi.** Tout d'abord, le doute est assez fragilement réduit par une mesure d'instruction, ordinaire ou *in futurum*, parce qu'elle doit répondre à des conditions légales appréciées souverainement par le juge pour être mise en œuvre.

---

<sup>509</sup> J. HÉRON & Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>ème</sup> éd. par Th. LE BARS, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2015, n° 422, p. 344.

<sup>510</sup> J. NORMAND, in R.T.D. civ., 1983, p. 189.

<sup>511</sup> V. *infra* n° 107 et ss.

En effet, pour ordonner une mesure d’instruction ordinaire, d’office ou à la demande des parties, pendant un procès, le juge doit souverainement apprécier<sup>512</sup> que celle-ci satisfait pleinement aux conditions prévues par le législateur<sup>513</sup>. Ainsi, elle ne doit être ordonnée que si « *le juge ne dispose pas d’éléments suffisants pour statuer* »<sup>514</sup>. À titre d’exemples, la Cour de cassation a dès lors jugé qu’une mesure d’instruction n’avait pas à être ordonnée lorsque le juge s’estimait d’ores et déjà suffisamment informé<sup>515</sup> ou considérait que les faits articulés étaient dès à présent contredits par des éléments de la cause<sup>516</sup>. En outre, elle « *ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l’allègue ne dispose pas d’éléments suffisants pour le prouver* »<sup>517</sup>. Mais cette insuffisance de preuves ne doit pas être le résultat d’une négligence, parce qu’une mesure d’instruction « *ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l’administration de la preuve* »<sup>518</sup>. D’ailleurs, la notion de carence est difficile à définir. Elle doit semble-t-il être interprétée comme une sanction frappant la partie qui a été négligente, et partant fautive, dans l’administration de la preuve<sup>519</sup>. À titre d’illustrations, les juges ont constaté une carence probatoire à laquelle il ne pouvait être suppléé en ordonnant une mesure d’instruction lorsqu’une partie ne produisait aucun élément de nature à prouver ses allégations et n’avait pas demandé à son adversaire tout justificatif de situation en temps utile<sup>520</sup>, lorsqu’une partie pouvait faire la preuve par d’autres moyens<sup>521</sup> ou lorsqu’une partie

<sup>512</sup> Sur le pouvoir souverain des juges du fond d’ordonner ou non une mesure d’instruction, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avril 1979, Bull. civ. I, n° 120 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 janvier 1980, Bull. civ. II, n° 17 ; Cass. com., 3 juillet 1984, Bull. civ. IV, n° 211 ; Cass. soc., 19 février 1986, Bull. civ. V, n° 17. Cep., quelques arrêts peuvent évoquer un pouvoir discrétionnaire des juges du fond (v. par ex., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 février 2006, Bull. civ. III, n° 25 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 février 2009, pourvoi n° 07-21.134 (inédit) ; Procédures 2009, comm. n° 105, note R. PERROT) ou une simple faculté (v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 juin 1976, Bull. civ. II, n° 216 ; Cass. com., 14 décembre 2004, Bull. civ. IV, n° 224).

<sup>513</sup> En ce sens, v. J.-P. LACROIX-ANDRIVET, in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen, op. cit.*, n° 342.11, pp. 1183 et ss., spéc. p. 1184.

<sup>514</sup> V. art. 144 du C.P.C. D’ailleurs, la C. cass. rappelle très souvent que le juge ne peut pas refuser de statuer en se fondant sur l’insuffisance des preuves fournies par les parties (art. 4 du C. civ.), v. en ce sens, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 janvier 1993, Bull. civ. II, n° 28 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2006, Bull. civ. II, n° 174.

<sup>515</sup> V. par ex., Cass. com., 8 décembre 1981, Bull. civ. IV, n° 428 ; Cass. soc., 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 107.

<sup>516</sup> V. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mars 1966, Bull. civ. II, n° 387.

<sup>517</sup> V. art. 146 al. 1<sup>er</sup> du C.P.C. Pour autant, lorsqu’une partie ne dispose pas d’éléments de preuve suffisants, le juge n’est pas tenu d’ordonner une mesure d’instruction, v. en ce sens, Cass. soc., 18 décembre 1978, Bull. civ. V, n° 876 ; J.C.P. (G), 1979, IV, 73 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 1982, Bull. civ. I, n° 316 ; J.C.P. (G), 1983, IV, 26.

<sup>518</sup> V. art. 146 al. 2 du C.P.C.

<sup>519</sup> Sur la notion de carence et son interprétation comme une sanction frappant une partie qui a été négligente, et partant fautive, dans l’administration de la preuve, v. not. H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance, Tome III, op. cit.*, n° 736, pp. 622 et ss., spéc. p. 623 ; adde, assez récemment, A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 469, p. 407.

<sup>520</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, Bull. civ. I, n° 191.

<sup>521</sup> V. par ex., Cass. soc., 8 novembre 1989, J.C.P. (G), 1990, II, 21445, obs. H. BLAISE.

ne rapportait pas le moindre élément de preuve<sup>522</sup>. Au contraire, les juges ont remarqué une carence probatoire à laquelle il pouvait être suppléé en ordonnant une mesure d’instruction lorsque les éléments dont une partie bénéficiait dans l’exercice de ses fonctions s’avéraient insuffisants pour justifier les moyens qu’elle soutenait<sup>523</sup> ou lorsque l’étendue d’un préjudice ne pouvait être établie que par des recherches de pièces auxquelles une partie ne pouvait se livrer elle-même<sup>524</sup>. Aussi les conditions à respecter pour ordonner une mesure d’instruction ordinaire pendant un procès révèlent-elles que celle-ci est supplétive et subsidiaire. En effet, elle ne peut être prononcée que pour réduire le doute sur un fait qui n’est pas provoqué par la passivité des parties en amont du procès.

De même, pour ordonner une mesure d’instruction *in futurum*, à la demande de tout intéressé, avant tout procès, le juge doit souverainement apprécier que celle-ci satisfait bien aux conditions prévues par le législateur. Pour autant, les conditions à respecter ne sont que celles exprimées par l’article 145 du Code de procédure civile. En effet, dans trois arrêts du 7 mai 1982, une chambre mixte de la Cour de cassation a consacré l’autonomie de l’article 145 du Code de procédure civile<sup>525</sup>. Une mesure d’instruction *in futurum* n’a donc pas à satisfaire aux conditions d’une mesure d’instruction ordinaire<sup>526</sup> et à celles du référé ou de la requête ordinaire<sup>527</sup>. Ainsi, la mesure d’instruction *in futurum* doit être demandée avant la saisine de la juridiction compétente au fond. Selon la jurisprudence, cette condition est alors appréciée

---

<sup>522</sup> V. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 février 1977, Bull. civ. II, n° 32. Pour d’autres ex. de décisions constatant une carence probatoire à laquelle il ne peut être suppléé par le juge en prescrivant une mesure d’instruction, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 février 1981, Bull. civ. I, n° 43 (l’allégation de la partie ne s’appuyait sur aucun élément précis permettant de lui faire crédit) ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juillet 1985, Bull. civ. I, n° 216 (les allégations de la partie ne reposaient sur aucun fondement sérieux) ; Cass. soc., 24 mai 1989, Bull. civ. V, n° 389 (la mesure demandée par la partie – une expertise – était destinée à obtenir des informations qu’elle aurait dû elle-même fournir) ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mai 1995, Bull. civ. I, n° 200 (la partie ne fournissait aucun document au soutien de son allégation) ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 mars 2004, Bull. civ. I, n° 70 (l’allégation de la partie – l’état d’insanité de sa parente – pouvait être établie autrement que par la mesure d’expertise réclamée).

<sup>523</sup> V. par ex., C.A. Douai, 2<sup>ème</sup> ch., sect. 1, 2 octobre 2003, D. 2003, p. 2571, obs. A. LIENHARD.

<sup>524</sup> V. par ex., Cass. ch. mixte, 6 juillet 1984, J.C.P. (G), 1985, II, 20338, concl. P.-A. SADON.

<sup>525</sup> Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, Bull. civ. ch. mixte, n° 2 (trois arrêts) ; D. 1982, p. 541, concl. J. CABANNES ; Gaz. Pal. 1982, p. 571, note J. VIATTE ; R.T.D. com., 1982, p. 542, obs. A. BÉNABENT & J.-Cl. DUBARRY ; R.T.D. civ., 1982, p. 786, obs. R. PERROT ainsi que 1983, p. 185, obs. J. NORMAND.

<sup>526</sup> Elle déroge not. aux exigences de l’art. 146 du C.P.C., v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 octobre 1994, Bull. civ. II, n° 206 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 mars 2006, Bull. civ. II, n° 70 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juillet 2008, Bull. civ. II, n° 179 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2011, Bull. civ. II, n° 65.

<sup>527</sup> Elle n’est not. pas soumise à la condition de l’urgence, v. entre autres, pour le référé, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 février 1983, Bull. civ. I, n° 56 ; *adde*, pour la requête, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 janvier 2009, Bull. civ. II, n° 15 – cette décision revient sur la position qui avait été curieusement adoptée dans une décision antérieure, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 mai 2008, Bull. civ. II, n° 104 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.674 (inédit) ; Procédures 2011, comm. n° 9, obs. R. PERROT.

à la date de la saisine du juge du provisoire<sup>528</sup>, mais elle ne vaut que si le litige au fond est le même que celui initié sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile dans son objet et sa cause<sup>529</sup> ainsi que dans ses parties<sup>530</sup>. D'ailleurs, la juridiction compétente au fond peut être tant étatique<sup>531</sup> qu'arbitrale<sup>532</sup>. De plus, elle doit reposer sur un motif légitime. Or, d'après la jurisprudence, un motif est « légitime » dès lors qu'il répond à plusieurs exigences. Tout d'abord, la demande doit faire état d'un éventuel litige. À cet égard, les premiers arrêts rendus laissaient entrevoir une certaine fermeté dans l'appréciation du lien avec un ultérieur procès au fond. Par exemple, dans un arrêt en date du 26 décembre 1986, la Cour d'appel de Paris avait repoussé une mission d'investigation confiée à un consultant en soulignant que le cadre et les limites d'une éventuelle saisine des juges du fond n'étaient pas établis, ni même déterminables<sup>533</sup>. Cependant, les juges semblent moins sévères depuis quelques années. Par exemple, dans un arrêt du 28 janvier 1992, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que l'article 145 du Code de procédure civile n'exigeait pas du demandeur d'indiquer dès la demande s'il engagerait un procès et d'énoncer précisément son fondement juridique et sa nature<sup>534</sup>. En outre, dans un arrêt du 8 avril 2010, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a retenu que l'existence d'un litige potentiel ne constituait pas une condition de recevabilité de la demande, mais de son succès<sup>535</sup>. Enfin, dans un arrêt du 27 février 2014, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'article 145 n'imposait pas que la personne supportant la mesure soit le défendeur potentiel au futur procès<sup>536</sup>. Ensuite, l'action en vue de laquelle la mesure d'instruction *in futurum* est sollicitée doit être possible. Par exemple, dans un arrêt du 29 septembre 2011, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a souligné que le demandeur ne justifiait pas d'un motif légitime lorsque la mesure réclamée visait à soutenir, dans le cadre d'un litige ultérieur, des prétentions manifestement vouées à l'échec<sup>537</sup>. En outre, dans un arrêt du 29 avril 1985, la première chambre civile de la

---

<sup>528</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2006, Bull. civ. II, n° 173 ; Procédures 2006, comm. n° 205, note R. PERROT ; *adde*, dans le même sens, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 mars 2007, pourvoi n° 06-12.402 (inédit) ; D. 2008, pan., p. 2827, note J.-D. BRETZNER ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juin 2014, Bull. civ. II, n° 128.

<sup>529</sup> En ce sens, v. Cass. com., 16 avril 1991, Bull. civ. IV, n° 144 ; R.T.D. civ., 1991, p. 800, obs. R. PERROT.

<sup>530</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 1992, Bull. civ. II, n° 189.

<sup>531</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 juin 1995, Bull. civ. II, n° 195.

<sup>532</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 octobre 1995, pourvoi n° 92-20.265 (inédit) ; J.C.P. (G), 1996, I, 3938, n° 17, obs. L. CADIET.

<sup>533</sup> C.A. Paris, 26 décembre 1986, D. 1987, p. 344, note M. JEANTIN.

<sup>534</sup> Cass. com., 28 janvier 1992, pourvoi n° 90-16.748 (inédit) ; Rev. soc. 1992, p. 508, note Y. GUYON.

<sup>535</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2010, Bull. civ. III, n° 79.

<sup>536</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 février 2014, Bull. civ. II, n° 56 ; Procédures 2014, comm. n° 136, note R. PERROT.

<sup>537</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 10-24.684 (inédit).

Cour de cassation a retenu que le demandeur était irrecevable à demander une mesure dont l'objet était de remettre en cause une décision pénale – cette mesure se heurtait à l'autorité absolue de la chose jugée au pénal<sup>538</sup>. Finalement, les faits dont le plaideur entend établir ou conserver la preuve doivent être de nature à influencer la solution de l'éventuel litige. À titre d'exemples, dans un arrêt du 17 mars 1987, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté la demande d'expertise tendant à examiner la marchandise livrée en exécution d'un contrat de vente, parce que les défauts de cette marchandise n'autorisaient pas l'acheteur à refuser le paiement de la créance qu'il discutait<sup>539</sup>. À l'inverse, dans un arrêt du 5 novembre 1985, elle a accueilli la demande d'expertise tendant à examiner les relations commerciales, juridiques ou financières que pouvaient avoir une société, sa gérante et l'un des associés, au motif que les allégations du demandeur présentaient un certain intérêt et que le rapport de l'expert l'ayant assisté dévoilait des anomalies dans la gestion sociale<sup>540</sup>. Aussi les conditions à respecter pour ordonner une mesure d'instruction *in futurum* avant tout procès montrent-elles que celle-ci doit s'avérer utile au regard d'un litige ultérieur raisonnablement prévisible. D'ailleurs, l'utilité d'une mesure d'instruction *in futurum* est mise en exergue par É. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC : « *Le motif légitime est une manière de contrôler l'utilité de la mesure sollicitée* »<sup>541</sup>. Ainsi, tout intéressé n'a pas un droit acquis à obtenir une mesure d'instruction *in futurum* avant tout procès. Il doit en particulier justifier d'un motif légitime. Le doute n'est dès lors pas réduit automatiquement. Par conséquent, la mesure d'instruction *in futurum* est une technique procédurale assez friable pour réduire le doute.

**93. La limitation des mesures d'instruction ordonnées par le juge.** En outre, le doute est assez fragilement réduit par une mesure d'instruction, ordinaire ou *in futurum*, parce qu'elle doit être légalement admissible<sup>542</sup>.

En effet, le juge ne peut pas réduire le doute en ordonnant des mesures d'instruction issues de son imaginaire ou de celui des parties. Il doit uniquement prononcer celles qui sont précisément énumérées et organisées par le législateur. Ainsi, le juge dispose de six mesures d'instruction ordinaires. Il peut accomplir des vérifications personnelles<sup>543</sup>, faire comparaître

---

<sup>538</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1985, Bull. civ. I, n° 131.

<sup>539</sup> Cass. com., 17 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 73.

<sup>540</sup> Cass. com., 5 novembre 1985, Bull. civ. IV, n° 260.

<sup>541</sup> É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 308, pp. 309 et ss., spéc. p. 310.

<sup>542</sup> V. art. 10, 143 et 145 du C.P.C.

<sup>543</sup> V. art. 179 à 183 du C.P.C.

personnellement les parties ou l'une d'elles<sup>544</sup>, recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance<sup>545</sup>, commettre une personne en vue de procéder à des constatations matérielles<sup>546</sup>, charger une personne de lui fournir une consultation<sup>547</sup> ou prescrire une expertise<sup>548</sup>. De plus, le juge peut ordonner trois mesures d'instruction *in futurum*<sup>549</sup>. Il peut prescrire des constatations, une expertise ou une consultation. Pour autant, depuis quelques années, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation admet que la production de pièces détenues par des tiers peut être ordonnée dans le cadre d'une mesure d'instruction *in futurum*. En effet, dans un arrêt du 26 mai 2011, elle a adopté une conception extensive des mesures d'instruction légalement admissibles, au sens de l'article 145 du Code de procédure civile, en admettant qu'elles ne se limitent pas à celles cataloguées par les articles 232 à 284-1<sup>550</sup>. Aussi les mesures d'instruction à la disposition du juge pour réduire le doute sont-elles celles peu nombreuses égrenées par la loi. Parfois, elles peuvent donc ne pas suffire pour réduire le doute.

De plus, le juge ne peut pas réduire le doute en ordonnant des mesures d'instruction au mépris des règles du droit civil. Il doit toujours respecter les règles substantielles relatives à la preuve. En effet, les dispositions du Code de procédure civile qui organisent les mesures d'instruction ne sont que des textes de droit judiciaire privé subordonnés aux règles du Code civil<sup>551</sup>. À titre d'illustration, le juge ne peut dès lors pas prescrire une mesure d'instruction *in futurum* pour établir un contrat en violation de l'article 1359 du Code civil. Aussi les mesures d'instruction à la disposition du juge sont-elles exclusivement celles autorisées au regard des règles exprimées dans le Code civil. Parfois, là encore, elles peuvent donc ne pas suffire pour réduire le doute.

**94. Le respect indispensable du principe du contradictoire.** D'ailleurs, le doute est réduit par une mesure d'instruction dès lors qu'elle se déroule contradictoirement.

---

<sup>544</sup> V. art. 184 à 198 du C.P.C.

<sup>545</sup> V. art. 199 à 231 du C.P.C.

<sup>546</sup> V. art. 249 à 255 du C.P.C.

<sup>547</sup> V. art. 256 à 262 du C.P.C.

<sup>548</sup> V. art. 263 à 284-1 du C.P.C.

<sup>549</sup> En ce sens, v. G. COMBES, *op. cit.*, n° 14.

<sup>550</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 mai 2011, Bull. civ. II, n° 118 ; D. 2011, pan., p. 2896, note J.-D. BRETZNER ; Procédures 2011, comm. n° 256, note R. PERROT ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 décembre 2005, pourvoi n° 03-20.081 (inédit).

<sup>551</sup> En ce sens, v. J. HÉRON & Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 423, pp. 345 et ss., spéc. p. 346.

En vérité, la Cour européenne des droits de l'homme définit le contradictoire, au sens strict, comme un principe qui « *implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter* »<sup>552</sup>. Ainsi, la liaison entre le contradictoire et la preuve est présente au sein de très nombreuses dispositions. Tel est le cas de l'article 15 du Code de procédure civile : « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Néanmoins, ce principe vaut bien au-delà des parties. Il s'adresse également au juge. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 16 du Code de procédure civile en atteste sans équivoque : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Ainsi, les mesures d'instruction que le juge met en œuvre, comme celles qu'il exécute lui-même, doivent se dérouler de manière contradictoire. En effet, selon G. COUCHEZ et X. LAGARDE, dès lors que « *la constitution de la preuve se fait à l'initiative du juge et sous son contrôle* », « *il est normal que l'administration judiciaire de la preuve soit soumise en toutes ces phases au principe de la contradiction* »<sup>553</sup>. Le juge, comme tout auxiliaire, ne saurait intervenir en méconnaissant le principe du contradictoire alors que les parties doivent toujours le respecter. « *Le contradictoire s'impose [...] à tout participant à la procédure* »<sup>554</sup>. D'ailleurs, le principe du contradictoire est rappelé par de très nombreuses dispositions spécifiques<sup>555</sup>. Aussi la mesure d'instruction réalisée de façon non contradictoire est-elle entachée de nullité<sup>556</sup>. Elle ne permet alors pas de recueillir un élément de preuve de nature à fonder la décision du juge et, donc, à réduire le doute.

Cependant, le doute ne cesse pas toujours d'être réduit par une mesure d'instruction dès lors qu'elle ne s'est pas déroulée contradictoirement. Deux exemples peuvent être cités.

D'une part, la loi permet de réduire le doute par une mesure d'instruction *in futurum* qui ne s'est pas déroulée contradictoirement. En effet, aux termes mêmes de l'article 145 du Code de procédure civile, les mesures d'instruction *in futurum* « *peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête [...]* ». Tel est le cas de la commission d'un huissier de

---

<sup>552</sup> Cour E.D.H., 26 juin 1993, Ruiz-Mateos c/Espagne, série A, n° 262.

<sup>553</sup> G. COUCHEZ & X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 243, pp. 270 et ss., spéc. p. 271.

<sup>554</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 183, pp. 650 et ss., spéc. p. 652.

<sup>555</sup> V. par ex., les art. 192, 208, 209 et 283 du C.P.C.

<sup>556</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2000, Bull. civ. I, n° 77.

justice afin de constater un adultère. Ainsi, le doute peut être réduit au moyen d'un élément de preuve obtenu par une mesure d'instruction *in futurum* non contradictoire. Le principe de la contradiction est alors différé : il sera ultérieurement appliqué devant le juge. D'ailleurs, le texte ne laisse pas de véritable option au demandeur entre la voie procédurale de la requête et celle du référé. En effet, C. CHAINAIS, Fr. FERRAND et S. GUINCHARD jugent que la mesure d'instruction *in futurum* emprunte la voie procédurale de la requête lorsqu'il y a « *nécessité de surprendre le destinataire de la mesure, d'agir à son insu, sous peine de faire perdre à la demande toute efficacité* »<sup>557</sup>. Autrement dit, une mesure d'instruction *in futurum* ordonnée sur requête est subordonnée à des circonstances commandant l'absence de contradiction<sup>558</sup>. Elle est alors subsidiaire par rapport à celle ordonnée en référé<sup>559</sup>.

D'autre part, le juge peut permettre de réduire le doute par une mesure d'instruction « ordinaire » qui ne s'est pas déroulée contradictoirement. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation, statuant en chambre mixte, du 28 septembre 2012, un artisan avait souscrit un contrat d'assurance auprès d'une société, comportant, d'une part, une garantie A « maintien des revenus », d'autre part, une garantie C « rente invalidité totale ou partielle »<sup>560</sup>. Or, à la suite d'un accident, il a dû saisir le juge pour demander l'exécution du contrat par la société. La Cour d'appel, après avoir ordonné avant dire droit une expertise judiciaire pour établir ses taux d'incapacité et d'invalidité, a alors condamné la société à lui verser une somme au titre de la garantie C. Aussi la société s'est-elle pourvue en cassation, en avançant l'inopposabilité du rapport d'expertise, puisque l'expert ne l'avait pas convoquée aux opérations d'expertise. Toutefois, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société. En effet, elle a retenu « *que les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des*

---

<sup>557</sup> C. CHAINAIS, Fr. FERRAND & S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 1919, p. 1324 ; *contra*, M. JEANTIN, *art. préc.*, n° 23, p. 209, qui soutient que le demandeur a le choix entre la procédure sur requête et celle en référé pour obtenir du juge une mesure d'instruction *in futurum*.

<sup>558</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 février 1979, Bull. civ. I, n° 47 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juin 1985, Bull. civ. II, n° 111 ; R.T.D. civ., 1986, p. 404, obs. J. NORMAND ; Cass. com., 19 décembre 2000, pourvoi n° 97-19.909 (inédit).

<sup>559</sup> En ce sens, v. C. CHAINAIS, Fr. FERRAND & S. GUINCHARD, *ibid.*, n° 1919, p. 1324 ; L. CADIET & E. JEULAND, *op. cit.*, n° 507, pp. 438 et ss., spéc. p. 439.

<sup>560</sup> Cass. ch. mixte, 28 septembre 2012, Bull. civ. ch. mixte, n° 1 ; J.C.P. (G), 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI ; D. 2013, pan., p. 275, note N. FRICERO ; Procédures 2012, comm. n° 321, note R. PERROT ; R.T.D. civ., 2012, p. 771, obs. R. PERROT.

*actes de procédure* ». Ainsi, ayant constaté que la société n'avait pas réclamé l'annulation du rapport d'expertise, dont le contenu clair et précis avait été débattu à l'audience de manière contradictoire, la Cour d'appel avait pu tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation de l'artisan. En définitive, le rapport d'expertise, qui procède d'une expertise judiciaire réalisée de façon non contradictoire, constitue un élément probatoire dès lors qu'il a pu être discuté contradictoirement devant le juge. À cette occasion, il aurait alors la valeur d'un indice. En effet, lorsque le rapport n'est pas annulé, S. AMRANI-MEKKI considère que le juge devrait le prendre en compte à titre d'indice<sup>561</sup>. Autrement dit, le doute peut être réduit au moyen d'une preuve recueillie par une mesure d'instruction ordinaire non contradictoire, à la condition que le contradictoire soit ultérieurement assuré devant le juge.

**95. L'impossibilité de solliciter une autre mesure d'instruction.** Enfin, le doute est assez fragilement réduit par une mesure d'instruction *in futurum*, parce que le juge ne peut pas en ordonner une autre.

En effet, selon la Cour de cassation, la partie qui a obtenu une mesure d'instruction *in futurum* ne peut pas en solliciter une nouvelle au motif que la première aurait été accomplie d'une manière irrégulière ou insatisfaisante<sup>562</sup>. Elle prétend que le juge a épuisé sa saisine en ordonnant cette première mesure d'instruction *in futurum*. Selon J. HÉRON et Th. LE BARS, la finalité de cette jurisprudence est alors évidente – « éviter d'inciter les plaideurs à multiplier les demandes fondées sur l'article 145 du Code de procédure civile, alors même qu'il n'existe encore aucun litige déclaré » –, quoique sévère pour les justiciables – « elle revient à dire aux justiciables que s'ils ont le droit de demander le bénéfice de mesures d'instruction destinées à conserver ou obtenir des éléments de preuve en vue d'un éventuel procès, ils n'ont droit « qu'à un essai ». Et tant pis pour eux si la justice a mal fait son travail et si les preuves dont on craint la disparition n'ont pas été sauvegardées »<sup>563</sup>. D'ailleurs, quoi qu'en dise la Cour de cassation, une telle jurisprudence ne s'explique peut-être pas par l'idée que le juge épuise sa saisine en ordonnant la mesure d'instruction *in futurum* initiale, mais par celle que le juge du fond apprécie la valeur des mesures d'instruction accomplies<sup>564</sup>. Pour autant, quelle que soit

---

<sup>561</sup> S. AMRANI-MEKKI, note sous Cass. ch. mixte, 28 septembre 2012, *préc.*, p. 2040.

<sup>562</sup> En ce sens, v. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 juin 1994, Bull. civ. II, n° 162 ; R.T.D. civ., 1995, p. 429, obs. J. NORMAND ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 1998, Bull. civ. II, n° 224.

<sup>563</sup> J. HÉRON & Th. LE BARS, *ibid.*, n° 423, pp. 345 et ss., spéc. p. 346.

<sup>564</sup> En ce sens, v. J. NORMAND, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 juin 1994, *préc.*, pp. 431 et ss.

la véritable explication de cette solution, la mesure d’instruction *in futurum* apparaît une fois encore comme une technique procédurale assez friable pour réduire le doute. En effet, dans l’hypothèse où elle a été mal réalisée, deux situations sont concevables pour celui qui l’avait demandée : il n’aura aucune preuve ou une preuve de moindre qualité lors du futur procès.

Ainsi, le doute semble assez fragilement réduit par les mesures d’instruction, car elles se heurtent à de très nombreux obstacles d’ordre juridique. D’ailleurs, ces obstacles peuvent aussi être d’ordre économique.

### **b) Les limites d’ordre économique**

**96. Le coût pour le service public de la Justice.** Le doute est assez fragilement réduit par une mesure d’instruction ordinaire, parce que le juge doit veiller au budget de la Justice.

À dire vrai, l’idée de coût est enchâssée dans le Code de procédure civile. D’une part, aux termes de l’article 147, le juge doit maîtriser le coût probatoire du procès, en s’attachant à ce que la mesure d’instruction qu’il ordonne soit la moins dispendieuse possible<sup>565</sup>. D’autre part, aux termes de l’article 263, il doit préférer une consultation ou des constatations à une expertise – beaucoup plus onéreuse – chaque fois que les circonstances le permettent. Ainsi, à titre d’illustrations, dans un arrêt du 11 janvier 1978, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis que le juge pouvait ordonner la production d’une attestation au lieu de l’enquête qui était sollicitée pour compléter un commencement de preuve<sup>566</sup>. En outre, dans un arrêt du 25 mars 1982, la Cour d’appel de Lyon a reconnu que le juge pouvait ordonner la mesure d’instruction *in futurum* qui lui paraissait la plus adéquate<sup>567</sup>. Pour autant, cette idée de coût ne prive pas nécessairement le juge de toute latitude dans la recherche des preuves. En effet, aux termes des articles 148 et 149 du Code de procédure civile, il peut « *conjuguer plusieurs mesures d’instruction* », « *décider de joindre toute autre mesure nécessaire à celles qui ont déjà été ordonnées* » « *à tout moment et même en cours d’exécution* » et « *accroître ou restreindre l’étendue des mesures prescrites* » « *à tout moment* ». Cependant, au cours du procès, lorsque le juge a ordonné plusieurs mesures d’instruction et qu’il n’est pas parvenu à établir la véracité d’un fait, il doit probablement mettre fin aux investigations. Le doute n’est

---

<sup>565</sup> Sur la valeur et la portée de l’art. 147 du C.P.C., v. J.-Ph. GHASSIA, *Le juge civil à la recherche de la mesure d’instruction idoine*, Préf. Y. STRICKLER, Thèse dactyl. Strasbourg, 2009.

<sup>566</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 janvier 1978, Bull. civ. III, n° 30 ; R.T.D. civ., 1978, p. 925, obs. R. PERROT.

<sup>567</sup> C.A. Lyon, 1<sup>re</sup> ch. B, 25 mars 1982, Gaz. Pal. 1984, I, somm., p. 50.

alors pas réduit à cause de préoccupations d'ordre économique. D'ailleurs, pour L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, l'économie procédurale est dès à présent une des règles de base des procédures juridictionnelles<sup>568</sup>. Elle l'est même « *au point que l'ensemble des règles du procès civil peut être présenté, de nos jours, comme le résultat d'un arbitrage permanent entre un principe d'efficacité économique et un principe d'équité procédurale* »<sup>569</sup>.

Ainsi, le doute semble assez fragilement réduit par les mesures d'instruction, car elles se heurtent à un obstacle d'ordre économique croissant. D'ailleurs, les mesures d'instruction ne souffrent pas que de limites intrinsèques à l'institution judiciaire. Des limites extrinsèques à l'institution judiciaire peuvent parfois exister.

## 2) Les limites extrinsèques à l'institution judiciaire

**97. Le respect des intérêts légitimes de la partie adverse.** Le doute est assez fragilement réduit par une mesure d'instruction *in futurum*, parce que le juge doit prendre en compte les intérêts légitimes de la partie adverse.

En effet, comme le précisent G. COUCHEZ et X. LAGARDE, le motif légitime de l'article 145 du Code de procédure civile semble devoir être combiné avec les intérêts légitimes de la partie adverse<sup>570</sup>. Autrement dit, une valeur protégée, comme un secret, peut constituer un obstacle à une mesure d'instruction *in futurum*. Néanmoins, elle n'est pas un talisman, car le juge apprécie la force de cet obstacle à la mise en œuvre du droit à la preuve. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 7 janvier 1999 en atteste<sup>571</sup>. En l'espèce, un concessionnaire Ford reprochait à une société de vendre des véhicules de la marque Ford en les présentant comme des « occasions neuves ». D'après lui, l'utilisation de cette formule provoquait une confusion avec les véhicules Ford neufs qu'il vendait. Aussi avait-il demandé, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la désignation d'un huissier de justice pour réaliser des constatations dans les locaux de la société et demander la remise de

---

<sup>568</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 255, pp. 849 et ss., spéc. p. 852. Sur ce souci d'économie de la justice et d'économie procédurale, v. G. CANIVET, *Économie de la justice et procès équitable*, J.C.P. (G), 2001, I, 361, pp. 2085 et ss. ; L. CADIET, *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité*, in *L'américanisation du droit*, A.P.D., Tome 45, Dalloz, 2001, pp. 89 et ss., spéc. pp. 103 et ss. ainsi que *Efficiency versus equity ?*, in *Mélanges J. VAN COMPERNOLLE*, Bruylant, 2004, pp. 25 et ss.

<sup>569</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 255, pp. 849 et ss., spéc. p. 852.

<sup>570</sup> En ce sens, v. not. G. COUCHEZ & X. LAGARDE, *op. cit.*, note 1, p. 361.

<sup>571</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 4 ; D. 1999, I.R., p. 34 ; Procédures 1999, comm. n° 60, note R. PERROT ; Bull. Joly 1999, p. 666, note F.-X. LUCAS.

documents commerciaux ; il entendait recueillir des éléments d'information sur l'origine des véhicules, leur statut juridique et chiffrer son éventuel préjudice. Par ordonnance, le premier juge a alors accueilli la demande du concessionnaire Ford. Puis, la Cour d'appel, statuant en référé, a rejeté celle de la société en rétractation de l'ordonnance. Elle s'est dès lors pourvue en cassation, en soutenant, d'une part, que les mesures d'instruction *in futurum* ne peuvent être ordonnées par le juge que s'il existe un motif légitime et, d'autre part, que le secret des affaires interdit au juge d'ordonner des mesures d'instruction qui mettraient le demandeur à même de prendre connaissance des structures commerciales, des fournisseurs et des clients d'un concurrent. Or, la Cour de cassation a rejeté son pourvoi. En effet, elle a retenu que « *le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ». Ainsi, ayant relevé que la société proposait à la vente des véhicules Ford, à titre « d'occasions neuves » et à un prix moindre que celui pratiqué par les concessionnaires Ford, la Cour d'appel avait pu énoncer que le concessionnaire Ford était fondé, au vu de cette ambiguïté et de la confusion nourrie par le dépôt de la marque à l'INPI, à réclamer, pour la protection légitime de ses intérêts, ces mesures d'instruction *in futurum*. En définitive, affirmer que le secret des affaires ne constitue pas « *en lui-même* » un obstacle à une mesure d'instruction *in futurum*, c'est dire qu'il ne suffit pas à justifier son rejet ; mais, c'est aussi admettre qu'il peut, pris autrement qu'en lui-même, être opposé au demandeur ! Par conséquent, « *Tout est affaire de mesure et de proportionnalité entre les droits légitimes des parties* »<sup>572</sup>. Toutefois, l'arrêt du 7 janvier 1999 n'énonce pas une nouvelle solution, bien qu'il soit le premier arrêt de principe en la matière ; il ne fait que confirmer ce qui a toujours été jugé par la Haute Juridiction. Un arrêt du 5 janvier 1988 de la chambre commerciale de la Cour de cassation le souligne<sup>573</sup>. En l'espèce, au début de l'année 1985, deux anciens salariés de la société Allum avaient créé leur propre société, la société Marine. Aussi la société Allum a-t-elle sollicité, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la désignation d'un expert-comptable pour déterminer « *tous faits susceptibles de caractériser des actes de concurrence déloyale* ». La Cour d'appel ayant rejeté sa demande, elle s'est alors pourvue en

---

<sup>572</sup> Ch. LEFORT, *Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours – Série Droit privé, 2014, n° 499, pp. 349 et ss., spéc. p. 350.

<sup>573</sup> Cass. com., 5 janvier 1988, Bull. civ. IV, n° 7 ; D. 1989, jur., p. 354, note G. VIRASSAMY ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 mars 1984, Bull. civ. II, n° 49.

cassation. D'une part, elle affirmait que la Cour d'appel avait subordonné le bien-fondé de la demande d'expertise à la preuve des faits que cette mesure avait précisément pour objet de démontrer. D'autre part, elle prétendait qu'elle s'était bornée à affirmer que la recherche de faits constitutifs de concurrence déloyale, qui exigeait d'analyser des documents comptables de la société Marine, aboutirait à la divulgation de renseignements confidentiels et porterait atteinte au secret de l'entreprise, sans exprimer quels secrets, hors les actes de concurrence déloyale invoqués, pourraient être mis à jour. Or, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. En effet, comme la Cour d'appel avait constaté la baisse du chiffre d'affaires de la société Allum avant l'activité de la société Marine, rejeté l'allégation selon laquelle la société Marine aurait pratiqué des marges commerciales réduites et estimé que l'expertise demandée permettrait à la société Allum de connaître, malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente, elle avait pu constater l'absence d'intérêt légitime de la société Allum et rejeter sa demande. Aussi le souci de ne pas porter atteinte au secret des affaires n'est-il mentionné par la chambre commerciale de la Cour de cassation que pour fortifier l'idée que la demande d'expertise de la société Allum n'était pas légitime. C'est exactement le sens du principe qui est émis dans l'arrêt du 7 janvier 1999<sup>574</sup>. D'ailleurs, depuis cet arrêt, la Cour de cassation l'a appliqué de la même manière au droit au respect de la vie privée<sup>575</sup> et au droit au respect du domicile<sup>576</sup>. En définitive, la mesure d'instruction *in futurum* apparaît à nouveau comme une technique procédurale assez friable pour réduire le doute. Elle ne doit pas porter atteinte de manière disproportionnée à un intérêt antagonique pour être prescrite. Le doute est dès lors réduit au cas par cas.

De manière globale, le doute est donc bien réduit dans le cadre d'une administration judiciaire de la preuve. En effet, nonobstant leurs fragilités, les mécanismes identifiés au sein des règles procédurales de preuve contribuent à réduire le doute. Toutefois, aujourd'hui, les règles propres à l'administration judiciaire de la preuve ne sont plus les seules à comprendre

---

<sup>574</sup> V. encore, très récemment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-27.845 (publié au bulletin) ; R.G.D.A., 2017, p. 529, note R. SCHULZ ; R.T.D. civ., 2017, p. 661, obs. H. BARBIER (cet arrêt révèle qu'une mesure n'est « nécessaire » que si aucune autre, moins attentatoire à un secret, ne permet pas d'aboutir à un résultat analogue ; par ailleurs, il montre qu'un secret peut en protéger un autre). Sur la loi relative au secret des affaires, v. not. J.-C. RODA, *Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ?*, D. 2018, pp. 1318 et ss.

<sup>575</sup> Cass. soc., 23 mai 2007, Bull. civ. V, n° 84 ; R.T.D. civ., 2007, p. 637, obs. R. PERROT ; J.C.P. (G), 2007, I, 200, spéc. n° 20, obs. S. AMRANI-MEKKI ; Dr. soc. 2007, p. 951, obs. J.-E. RAY ; Procédures 2007, comm. n° 159, note R. PERROT ; Dr. et proc., 2007, p. 277, obs. Ch. HUGON.

<sup>576</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-15.199 (inédit) ; Dr. et proc., 2010, p. 218.

de tels mécanismes. Celles-ci qui aménagent une administration extra-judiciaire de la preuve en contiennent également.

## **SECTION II : LES RÈGLES RELATIVES À L'ADMINISTRATION EXTRA-JUDICIAIRE**

### **DE LA PREUVE**

**98.** Lorsque les parties concluent une convention de procédure participative, le doute qui peut naître de l'insuffisance de preuves est potentiellement réduit. En effet, depuis la loi dite « de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle », la convention de procédure participative a deux finalités explicites : elle tend à résoudre un différend à l'amiable entre les parties, mais aussi à mettre le litige en l'état d'être jugé<sup>577</sup>. Ainsi, la convention de procédure participative peut conduire à une phase juridictionnelle au cours de laquelle le juge devra nécessairement statuer à l'issue d'un examen des éléments de preuve. En effet, le juge peut trancher le litige dans deux situations précises : lorsque les parties ne sont pas parvenues à un accord total au cours de la phase conventionnelle et lorsque leur intention n'était pas de régler un différend à l'amiable, mais d'accomplir la mise en état de leur litige. Or, en réglementant la convention de procédure participative, le législateur a inséré des règles de preuve qui peuvent réduire le doute dans l'hypothèse où le juge devrait trancher le litige. D'une part, il accorde aux parties la possibilité de désigner un technicien. D'autre part, il leur reconnaît celle de procéder à des mesures équivalentes aux mesures d'instruction, aidées de leurs avocats. Ainsi, dans le cadre de la convention de procédure participative, le doute est réduit non seulement par les règles relatives à l'expertise amiable (§ I), mais également par celles relatives à l'acte de procédure d'avocats (§ II).

#### **§ I : Les règles sur l'expertise amiable**

**99. La réduction du doute.** Lorsque les parties recourent à une convention de procédure participative<sup>578</sup>, elles peuvent réduire le doute à l'aide d'une expertise amiable<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> V. art. 2062 al. 1<sup>er</sup> du C. civ. De manière corollaire, la convention de procédure participative peut dorénavant être mise en œuvre avant ou après la saisine du juge.

<sup>578</sup> Sur le domaine de la convention de procédure participative, v. not. N. FRICERO, *Procédure civile, Le droit au procès, Le droit du procès, Le droit au renouvellement du procès*, 13<sup>ème</sup> éd., Gualino, Lextenso éditions, Coll. Fac universités – Série Mémentos, 2016, pp. 41 et ss.

<sup>579</sup> Sur la convention de procédure participative, v. S. AMRANI-MEKKI, *La convention de procédure participative*, D. 2011, pp. 3007 et ss. ; S. SAUPHANOR, *La convention de procédure participative : aspects pratiques*, Gaz. Pal. 16-18 janvier 2011 ; É. BONNET, *La convention de procédure participative*, Procédures 2011, alerte 11, p. 3 ; et,

En effet, aux termes des articles 1547 à 1554 du Code de procédure civile, la faculté de recourir à un technicien est expressément reconnue aux parties. Cette expertise amiable est alors organisée dans le même esprit que l'expertise judiciaire, de façon très détaillée. Par exemple, la mission du technicien doit être accomplie dans le respect du contradictoire<sup>580</sup> et le rapport remis aux parties peut être produit en justice<sup>581</sup>. Néanmoins, les parties maîtrisent entièrement son organisation et assurent le paiement des honoraires du technicien.

En autorisant les parties à désigner un expert et, surtout, à produire le rapport qu'il a rédigé en justice, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est alors réduit, parce que les parties peuvent offrir une preuve au juge qu'elles ont recueillie conjointement et de bonne foi. En effet, à l'issue de négociations improductives ou d'une mise en état conventionnelle, le juge peut disposer d'une preuve supplémentaire pour forger sa conviction.

**100. L'appréciation du doute.** D'ailleurs, le doute n'est pas seulement réduit à l'aide d'une expertise amiable. En effet, associée à un échange réciproque des pièces entre les parties<sup>582</sup>, l'expertise amiable peut encore servir à jauger le doute dans tous ses aspects, c'est-à-dire le doute factuel, le doute matériel et le doute intellectuel, ainsi que la survenance d'un doute irréductible<sup>583</sup>. Autrement dit, elle peut être un moyen d'envisager un doute subsistant dans l'esprit du juge et ses conséquences, c'est-à-dire l'attribution du risque de la preuve, lorsque les parties entendraient le saisir pour trancher le litige<sup>584</sup>.

En somme, dans le cadre d'une convention de procédure participative, le doute peut être bien réduit par une expertise amiable. Il peut également l'être par « l'acte de procédure d'avocats ».

---

plus récemment, Y. STRICKLER, *Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Procédures 2017, études 7, pp. 24 et ss., spéc. n° 16, p. 27 ; S. AMRANI-MEKKI, *Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Gaz. Pal. 31 janvier 2017, pp. 46 et ss., spéc. n° 11, pp. 50 et ss.

<sup>580</sup> V. art. 1549 al. 2 du C.P.C.

<sup>581</sup> V. art. 1554 al. 2 du C.P.C.

<sup>582</sup> V. art. 2063 3° du C. civ.

<sup>583</sup> Sur le doute irréductible, v. *infra* n° 107 et ss.

<sup>584</sup> V. *infra* n° 107 et ss.

## § II : Les règles sur l'acte de procédure d'avocats

**101. La réduction du doute.** Lorsque les parties recourent à une convention de procédure participative, elles peuvent réduire le doute au moyen de l'acte de procédure d'avocats<sup>585</sup>.

En effet, depuis la loi « Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle » du 18 novembre 2016, l'article 2063 du Code civil annonce *in fine* que la convention de procédure participative pourra viser, « *Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* »<sup>586</sup>. Il s'agit alors d'une référence à l'acte de procédure d'avocats, dont la création avait été préconisée dans le Rapport Delmas-Goyon<sup>587</sup>.

À dire vrai, aux termes de la proposition 26 du Rapport Delmas-Goyon remis au garde des Sceaux en décembre 2013, l'acte de procédure d'avocats « (se définissait) *comme un acte d'administration de la preuve contradictoirement accompli par les avocats des parties à un procès civil, toutes consentantes* » ; il « (donnait) *force probante à leurs accords, tant sur la mesure elle-même que sur la manière dont les diligences (avaient été) accomplies* »<sup>588</sup>. Selon S. AMRANI-MEKKI, l'idée était alors « *d'instaurer un acte signé par les avocats des parties à un litige ayant ou non donné lieu à la saisine d'une juridiction, visant à définir l'objet de la preuve et à administrer celle-ci, conjointement et de bonne foi* »<sup>589</sup>. Pour autant, l'acte de procédure d'avocats avait été envisagé « *comme pouvant être pluriel* »<sup>590</sup>. En effet, quatre types d'actes de procédure d'avocats avaient été évoqués : les actes de constatation (pour effectuer des constatations matérielles sur les lieux, si nécessaire en présence d'un sachant), les actes de certification (pour certifier des pièces détenues par les parties ou les tiers – en cas de difficulté relative à la provenance ou à la valeur de pièces détenues par les parties, ceux-ci pouvaient définir leur force probante pour les besoins du litige), les actes

---

<sup>585</sup> Sur l'acte de procédure d'avocats, v. M. MEKKI, *L'acte de procédure d'avocat : cet inconnu du droit ?*, dalloz-actu-etudiant.fr, 13 avril 2015 ; R. LE BRETON DE VANNOISE, *Proposition de création d'une notion nouvelle en procédure civile : l'acte de procédure d'avocat*, Gaz. Pal. 17-18 janvier 2014, pp. 96 et ss. ainsi que *La Justice du XXI<sup>e</sup> siècle en marche : l'acte de procédure d'avocats*, Gaz. Pal. 8-10 mars 2015 ; S. AMRANI-MEKKI, *Acte de procédure d'avocat : vers une punctuation probatoire ?*, Gaz. Pal. 25-27 mai 2014, p. 1442 ainsi que *L'avocat du 21<sup>e</sup> siècle – Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats*, J.C.P. (G), 2015, 1052, pp. 1774 et ss.

<sup>586</sup> V. art. 2063 4° du C. civ.

<sup>587</sup> V. P. DELMAS-GOYON, « *Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle* », *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapp., décembre 2013, pp. 79 et ss.

<sup>588</sup> V. P. DELMAS-GOYON, *rapp. préc.*, spéc. p. 79.

<sup>589</sup> S. AMRANI-MEKKI, *Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, art. *préc.*, spéc. n° 12, p. 51.

<sup>590</sup> S. AMRANI-MEKKI, art. *préc.*, spéc. n° 12, p. 51.

d'enquête (pour procéder à l'audition des parties ou à celle de témoins et de techniciens) et les actes de désignation (pour désigner un médiateur judiciaire ou un sachant)<sup>591</sup>. D'ailleurs, selon M. MEKKI, cet acte de procédure d'avocats pouvait prendre la forme d'une succession d'actes isolés ou la forme d'un acte-cadre suivi de plusieurs actes d'application à la manière du contrat-cadre<sup>592</sup>.

Or, depuis le récent décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 « portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile », le nouvel article 1546-3 du Code de procédure civile précise le régime de l'acte de procédure d'avocats.

Ainsi, par un tel acte, les parties peuvent : « 1° Constaté les faits qui ne l'auraient pas été dans la convention ; 2° Déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ; 3° Convenir des modalités de communication de leurs écritures ; 4° Recourir à un technicien ; 5° Désigner un conciliateur de justice ou un médiateur »<sup>593</sup>.

En reconnaissant aux parties la faculté de recourir à l'acte de procédure d'avocats, le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, est alors réduit, parce que les parties peuvent rapporter au juge des preuves qu'elles ont recueillies conjointement et de bonne foi. En effet, après une négociation improductive ou une mise en état conventionnelle, le juge peut encore bénéficier de preuves supplémentaires pour forger sa conviction.

**102. L'appréciation du doute.** D'ailleurs, le doute ne serait pas seulement réduit par l'acte de procédure d'avocats. De manière incidente, il serait apprécié. En effet, en rapprochant les parties et en les amenant à s'accorder sur les preuves à établir et la façon de les administrer, l'acte de procédure d'avocats pourrait servir à jauger le doute dans tous ses aspects, c'est-à-dire le doute factuel, le doute matériel et le doute intellectuel, ainsi que la survenance d'un doute irréductible. Autrement dit, il pourrait être un moyen d'envisager un doute subsistant

---

<sup>591</sup> V. P. DELMAS-GOYON, *rapp. préc.*, pp. 80 et ss. Sur les fonctions de l'acte de procédure d'avocats, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *L'acte de procédure d'avocats, signe d'une nouvelle ère de la procédure civile ?*, in 40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile, dir. C. BLÉRY & L. RASCHEL, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2016, pp. 17 et ss., spéc. n° 11 et ss., pp. 21 et ss.

<sup>592</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*

<sup>593</sup> Un parallèle peut être fait entre l'art. 12 al. 3 du C.P.C. et l'art. 1546-3 2°.

dans l'esprit du juge et ses conséquences, c'est-à-dire l'attribution du risque de la preuve, au cas où les parties entendraient le saisir pour trancher le litige<sup>594</sup>.

En somme, dans le cadre d'une convention de procédure participative, le doute peut là encore être bien réduit par l'acte de procédure d'avocats.

---

<sup>594</sup> V. *infra* n° 107 et ss. De surcroît, les parties peuvent désigner un médiateur.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**103. La diversité des modérateurs processuels.** Les « modérateurs processuels » sont les mécanismes probatoires permettant de réduire le doute dans les règles de procédure. Ceux-ci sont multiples. Tout d'abord, dans le cadre d'une administration judiciaire de la preuve, ils sont présents dans les règles procédurales de preuve et renvoient à la production de pièces, spontanée ou forcée, et aux mesures d'instruction, ordinaires ou *in futurum*. Ensuite, dans le cadre d'une administration extra-judiciaire de la preuve, ils sont présents au cœur des règles aménageant la convention de procédure participative et renvoient à l'expertise amiable et à l'acte de procédure d'avocats. En effet, quel que soit le contexte de leur mise en œuvre, tous ces mécanismes permettent de réduire le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, en évitant l'absence de preuves ou en y remédiant. D'ailleurs, certains d'entre eux peuvent incidemment permettre d'apprécier le doute : c'est le cas de la mesure d'instruction *in futurum*, de l'expertise amiable ou de l'acte de procédure d'avocats.

**104. Les nombreuses limites des modérateurs processuels.** Toutefois, les « modérateurs processuels » rencontrent maintes limites. Celles-ci sont de nature juridique ou économique. En effet, le législateur et le juge encadrent ces mécanismes non seulement pour protéger les droits fondamentaux substantiels d'autrui, mais encore le budget de l'Etat. Ceux-ci révèlent alors que la « fin ne justifie pas tous les moyens ». Si la « vérité » constitue l'une des finalités du droit de la preuve, elle ne peut pas être obtenue à n'importe quel prix !

## CONCLUSION DU TITRE I

**105. La variété manifeste des modérateurs.** En se livrant à l'analyse des règles de preuve, les modérateurs sont donc nombreux. Ils sont présents dans le droit matériel de la preuve et dans le droit procédural de la preuve.

**106. L'efficacité des modérateurs.** De surcroît, les modérateurs sont assez efficaces. Ceux de nature substantielle réduisent des facettes multiples du doute (le doute factuel, le doute juridique, le doute matériel et le doute intellectuel), tandis que ceux de nature processuelle réduisent une seule facette du doute (le doute factuel).

Toutefois, l'efficacité des modérateurs est parfois affaiblie en pratique. Par exemple, la multiplication des exceptions aux deux règles de l'article 1359 du Code civil porte atteinte à la réduction des doutes à la fois matériel et intellectuel.

Reste qu'en dépit de la reconnaissance de ces modérateurs, le doute peut demeurer. À dire vrai, trois cas de figure sont concevables : ils n'étaient pas applicables, ils n'ont pas été mis en œuvre ou ils n'ont simplement pas suffi.

Or, lorsque le doute subsiste, il doit nécessairement être surmonté, c'est-à-dire qu'il doit être « traité ». Le juge désigne alors la partie qui doit perdre le procès.

## **TITRE II : LE TRAITEMENT DU DOUTE PROBATOIRE**

**107.** Lorsque le doute subsiste à l'issue de l'examen des preuves des parties, le juge doit le « traiter », c'est-à-dire qu'il doit désigner celle d'entre elles qui doit perdre le procès. Le juge ne peut pas refuser de statuer en cas de doute. Il commettrait un déni de justice (article 4 du Code civil). Toutefois, comment le juge traite le doute ? Autrement dit, comment désigne-t-il celle des parties qui doit succomber au procès ? À dire vrai, le législateur lui offre parfois des solutions. Malheureusement, les textes dans lesquels le législateur organise le traitement du doute sont parcellaires. Or, en l'absence de solutions exprimées *ab initio* par la loi, il n'existe pas de solution de portée générale ; la solution semble résulter de l'interprétation des règles de droit applicables au litige. Ainsi, le traitement du doute ne peut indubitablement pas être expliqué sous un angle purement technique (Chapitre I). Il doit aussi et surtout l'être sous un angle téléologique (Chapitre II).

## **CHAPITRE I : LE FONDEMENT TECHNIQUE**

**108.** En pratique, lorsque le juge doit traiter le doute irréductible à l'issue de l'examen des preuves des parties, il peut se trouver dans deux cas de figure : ou bien le législateur lui offre des indications, ou bien il ne lui en offre pas. En présence d'indications fournies par un texte, le traitement du doute ne pose alors pas de difficulté au juge. Il doit seulement se référer au choix opéré par le législateur. Cependant, en l'absence d'indications fournies par un texte, le traitement du doute se révèle plus délicat pour le juge. En effet, il n'existe pas de solution de portée générale pour déterminer la partie qui doit succomber au procès. La solution procède en réalité de l'interprétation des règles de droit applicables au litige. Le traitement du doute est dès lors constant en présence d'indications textuelles (Section I) et fluctuant en l'absence d'indications textuelles (Section II).

### **SECTION I : LE TRAITEMENT CONSTANT DU DOUTE EN PRÉSENCE D'INDICATIONS TEXTUELLES**

**109.** En présence d'indications textuelles, le traitement du doute ne pose pas de difficulté au juge. Celui-ci doit simplement se référer au choix du législateur. Néanmoins, le traitement du doute est organisé de différentes façons par le législateur. En effet, celui-ci peut l'aborder plus ou moins directement. Ainsi, le législateur peut énoncer la solution à retenir de manière implicite (§ I) ou explicite (§ II)<sup>595</sup>.

#### **§ I : L'énonciation implicite de la solution à retenir**

**110.** Lorsque le traitement du doute est organisé par le législateur de façon implicite, deux mécanismes particuliers sont utilisés : celui de la charge de la preuve (A) et celui de la charge de l'allégation vraisemblable (B).

##### **A) Le mécanisme de la charge de la preuve**

**111.** L'élaboration de « *présomptions-postulats* »<sup>596</sup>. Le traitement du doute est aisé pour le juge lorsque le législateur indique celle des parties qui assume la charge de la preuve.

---

<sup>595</sup> L'hypothèse dans laquelle le législateur énonce la solution à retenir de manière implicite doit être examinée avant celle dans laquelle il l'énonce de manière explicite pour une meilleure compréhension.

<sup>596</sup> Cette expression est utilisée par A.-Bl. CAIRE, v. A.-Bl. CAIRE, *th. préc.*, spéc. pp. 64 et ss.

À dire vrai, la charge de la preuve est une expression à deux sens. Elle est utilisée non seulement pour évoquer la partie qui doit prouver ce qu'elle allègue et prétend, mais encore et surtout, pour évoquer la partie qui doit succomber au procès en cas de doute dans l'esprit du juge. R. LEGEAIS l'explique bien : « *Le problème de la charge de la preuve (est double) [...]. Il s'agit, en effet, non seulement de savoir qui doit réunir les preuves mais surtout qui perdra le procès dans le cas où la lumière ne sera pas faite* »<sup>597</sup> ; d'où l'expression souvent employée de « risque de la preuve ». Or, dans plusieurs textes, le législateur règle *ab initio* la charge de la preuve en recourant à des présomptions. Tel est le cas de l'article 1310 du Code civil : « *La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas* » ; de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 804 du Code civil : « *La renonciation à une succession ne se présume pas* » ; de l'article 2274 du Code civil : « *La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* » ; ou de l'article 1731 du Code civil : « *S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire* »<sup>598</sup>. En effet, de telles présomptions ne facilitent pas le travail probatoire des parties en modifiant l'objet de la preuve – elles ne sont pas des présomptions légales<sup>599</sup> – ou ne prouvent pas les faits allégués en démontrant l'existence de faits connexes ou voisins – elles ne sont pas des présomptions du fait de l'homme<sup>600</sup>. Elles signalent au juge « *celui des plaideurs qui devant faire la preuve succombera si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante* »<sup>601</sup>. D'ailleurs, pour éviter la confusion de ces présomptions avec d'autres, elles pourraient être rebaptisées « *présomptions-postulats* », comme le propose A.-Bl. CAIRE dans sa thèse consacrée à l'étude des présomptions, puisque « *c'est à celui qui conteste l'élément présumé, ou plutôt postulé, d'apporter la preuve contraire* » et de perdre le procès en cas de doute subsistant dans l'esprit du juge<sup>602</sup>. Ainsi, au moyen de ces présomptions, le traitement du doute est aisé pour le juge. Il doit seulement se référer aux choix opérés par le législateur et s'y conformer.

---

<sup>597</sup> R. LEGEAIS, *th. préc.*, p. 169.

<sup>598</sup> Pour d'autres ex., dans le C. civ., v. les art. 1305-3 (al. 1<sup>er</sup>), 1330 et 1402 (al. 1<sup>er</sup>).

<sup>599</sup> V. *supra* n° 27 et ss.

<sup>600</sup> V. *supra* n° 27 et ss.

<sup>601</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 219.

<sup>602</sup> A.-Bl. CAIRE, *th. préc.*, p. 71.

Le doute n'est pas seulement facile à traiter pour le juge lorsque le législateur précise en amont celle des parties qui supporte la charge de la preuve. Il l'est encore lorsque celui-ci règle *ab initio* la charge de l'allégation vraisemblable.

## **B) Le mécanisme de la charge de l'allégation vraisemblable**

**112. Le transfert de la charge de la preuve par l'allégation de certains faits.** Le traitement du doute est aisé pour le juge lorsque le législateur indique celle des parties qui doit alléguer certains faits.

En effet, dans plusieurs dispositions, le législateur ne règle pas *stricto sensu* la charge de la preuve. Il fixe la « *charge de faits vraisemblables* » et exige d'une partie qu'elle allègue des faits de nature à faire naître une certaine vraisemblance<sup>603</sup>. Comme l'explique M. MEKKI, les éléments allégués ne sont donc pas des éléments quelconques ; ils doivent être concrets, suffisants, réels, sérieux<sup>604</sup>. Néanmoins, lorsque la partie a satisfait à la charge de l'allégation vraisemblable, la charge de la preuve est reportée sur les épaules de l'autre partie. C'est elle qui doit prouver et succomber au procès en cas de doute dans l'esprit du juge<sup>605</sup>. En d'autres termes, « *la charge de la preuve se fait par punctuation* »<sup>606</sup>. C'est le cas de l'article L. 1134-1 du Code du travail<sup>607</sup>. En effet, le candidat ou le salarié doit présenter « *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* »<sup>608</sup>. Il ne doit donc pas démontrer la discrimination (il en est dispensé), mais alléguer des éléments de fait « *laissant supposer l'existence d'une discrimination* ». Cependant, si le candidat ou le salarié y parvient, l'employeur doit « *prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »<sup>609</sup>. Aussi l'employeur endosse-t-il la charge de la preuve et, partant, le risque de la preuve, dès lors que le candidat ou le salarié a satisfait à la charge de l'allégation

---

<sup>603</sup> Cette expression est utilisée par M. MEKKI, v. M. MEKKI, *Charge de la preuve et présomptions légales, L'art de clarifier sans innover, art. préc.*, p. 39.

<sup>604</sup> M. MEKKI, *Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire, art. préc.*, spéc. p. 15.

<sup>605</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, p. 14.

<sup>606</sup> M. MEKKI, *Charge de la preuve et présomptions légales, L'art de clarifier sans innover, art. préc.*, p. 39. En droit allemand des contrats, le terme « punctuation » désigne un contrat qui se forme par étapes successives.

<sup>607</sup> Pour d'autres ex., dans le C. trav., v. les art. L. 1144-1 (égalité professionnelle hommes-femmes), L. 1154-1 (harcèlement moral ou sexuel) et L. 3221-8 (égalité de rémunération hommes-femmes).

<sup>608</sup> Pour une décision où les éléments fournis par le salarié laissaient supposer l'existence d'une discrimination syndicale, v. Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, Bull. civ. V, n° 166.

<sup>609</sup> Pour une décision dans laquelle l'employeur ne prouvait pas que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, v. Cass. soc., 7 février 2012, Bull. civ. V, n° 54.

vraisemblable. Ainsi, à l'aide de cette « charge de la vraisemblance », le traitement du doute est aisé pour le juge. Il doit à nouveau se référer aux choix du législateur et s'y conformer.

Le doute n'est pas seulement facile à traiter pour le juge lorsque le législateur énonce la solution à retenir de manière implicite. Il l'est encore lorsque celui-ci la prévoit de manière explicite.

## § II : L'énonciation explicite de la solution à retenir

**113. La règle du bénéfice du doute.** Le traitement du doute est aisé pour le juge lorsque le législateur indique celle des parties qui doit en profiter.

En effet, dans plusieurs dispositions, le législateur ne règle pas *stricto sensu* la charge de la preuve, parce qu'il ne précise pas celle des parties qui doit prouver et perdre le procès en cas de doute dans l'esprit du juge. D'ailleurs, à leur lecture, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à penser que la charge de la preuve n'échoit à aucune des parties<sup>610</sup>. Cependant, le législateur signale explicitement au juge la partie qui doit bénéficier du doute. *A contrario*, la partie qui doit « en faire les frais » est alors désignée. Tel est le cas de l'article L. 1235-1 du Code du travail en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse : « *Si un doute subsiste, il profite au salarié* » ; de l'article L. 1225-3 du Code du travail en cas d'embauche, de mutation et de licenciement d'une femme enceinte : « *Lorsqu'un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte* » ; de l'article 1190 du Code civil en cas d'interprétation d'une convention : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* » ; ou de l'article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation en cas d'interprétation des clauses des contrats entre les professionnels et les consommateurs : « *Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur* »<sup>611</sup>. Ainsi, au moyen de textes prévoyant le bénéfice du doute, le traitement

---

<sup>610</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 214, pp. 184 et ss., spéc. p. 184 ; L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 256, pp. 852 et ss., spéc. p. 855 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2016, n° 695, pp. 431 et ss. (à propos de l'art. L. 1235-1 du C. trav.) ; et, en jurisprudence, v. par ex., Cass. soc., 7 janvier 1997, pourvoi n° 95-40.098 (inédit) ; Cass. soc., 9 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 426 ; Cass. soc., 11 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 436 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> décembre 1998, pourvoi n° 96-44.078 (inédit).

<sup>611</sup> Pour un autre ex., dans le C. trav., v. l'art. L. 1333-1 (sanction disciplinaire). À dire vrai, les art. 1190 du C. civ. et L. 211-1 al. 2 du C. consom. ne sont pas des règles de preuve, mais des règles d'interprétation. Toutefois, de telles règles rejaillissent sur la preuve.

du doute est aisé pour le juge. Il doit une fois encore se référer aux choix du législateur et s'y conformer.

En présence d'un texte, le traitement du doute apparaît donc simple pour le juge, car la solution à retenir est énoncée plus ou moins directement par le législateur. D'ailleurs, une telle situation est également appréciable pour les parties, parce qu'elles peuvent anticiper la décision du juge en cas de doute persistant dans son esprit. En effet, celles-ci sont informées des finalités poursuivies par le législateur et des avantages/risques d'une action en justice<sup>612</sup>. Toutefois, les textes précisant la partie qui doit perdre le procès en cas de doute irréductible dans l'esprit du juge sont rares, ou plutôt, fragmentaires. Or, le doute peut survenir dans des situations autres que celles envisagées par ces textes et doit évidemment être traité.

## **SECTION II : LE TRAITEMENT FLUCTUANT DU DOUTE EN L'ABSENCE** **D'INDICATIONS TEXTUELLES**

**114.** En l'absence d'indications textuelles, le traitement du doute est beaucoup moins aisé pour le juge. Celui-ci n'est plus guidé par le législateur. Deux approches sont alors proposées par la doctrine. La première, fréquente, consiste à reconnaître qu'il existe une règle générale pour attribuer la charge de la preuve, alors que la seconde, plus marginale, consiste à penser qu'il faut interpréter les règles de droit applicables au litige. Néanmoins, à l'analyse, l'idée de détecter une règle générale pour attribuer la charge de la preuve ne convainc pas. Beaucoup plus séduisante est celle d'interpréter les règles de droit applicables au litige, en renonçant à tracer précisément des principes fermes. Ainsi, le traitement du doute ne semble pas obéir à une solution de portée générale (§ I), mais à une solution issue de l'interprétation des règles de droit applicables au litige (§ II).

### **§ I : L'inexistence d'une solution de portée générale**

**115.** Selon une première approche doctrinale, il existe une règle générale pour attribuer la charge de la preuve et, partant, traiter le doute. Toutefois, à l'examen, la doctrine ne retient pas la même règle. En effet, d'aucuns font remarquer que la charge de la preuve incombe au demandeur (A), tandis que d'autres font observer qu'elle incombe à la partie qui était la plus apte à prouver (B).

---

<sup>612</sup> V. *infra* n° 140 et ss.

## A) L'attribution de la charge de la preuve au demandeur

**116.** Généralement, la doctrine estime que le doute doit être traité en attribuant la charge de la preuve au demandeur. En effet, elle voit un principe général au cœur de l'ancien article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353 depuis la réforme du droit de la preuve<sup>613</sup>. Puis, elle le précise en recourant à des standards ou à une analyse procédurale. Or, deux observations peuvent être formulées. D'une part, l'ancien article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353, ne renferme pas de principe général. D'autre part, les correcteurs adjoints à ce principe pour le parfaire et lui conférer une portée générale sont imprécis. Ainsi, pour traiter le doute dans l'esprit du juge à l'issue de l'examen des preuves des parties, la reconnaissance d'un principe général dans l'ancien article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353, semble contestable (1) et les correcteurs qui lui sont associés bien trop imparfaits (2).

### 1) La reconnaissance d'un principe général contestable

**117.** En général, la doctrine affirme que le doute doit être traité en attribuant la charge de la preuve au demandeur. En effet, elle perçoit un principe général au cœur de l'ancien article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353 (a). Toutefois, prétendre que la charge de la preuve incombe au demandeur en vertu de ce texte ne convainc pas (b).

#### a) La consécration du principe

**118. Les fondements du principe général.** Selon la doctrine majoritaire, le doute est traité en attribuant la charge de la preuve au demandeur.

En effet, elle déduit ce principe général de l'ancien article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353 depuis la récente réforme du droit de la preuve : « *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* »<sup>614</sup>. D'ailleurs, cette ancienne

---

<sup>613</sup> L'art. 1353 du C. civ. reprend l'ancien art. 1315.

<sup>614</sup> Pour la formulation d'un principe général fondé sur les dispositions de l'art. 1315 du C. civ., v. très tôt, R. J. POTHIER, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, Traité des obligations, Tome II*, 2<sup>ème</sup> éd. par M. BUGNET, Paris, Plon, 1861, n° 728, p. 398 : « *Celui qui se prétend créancier de quelqu'un, est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée : au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement* ».

disposition serait la reprise des formules du droit romain : « *actori incumbit probatio ; reus in excipiendo fit actor* »<sup>615</sup>.

Néanmoins, traiter le doute en attribuant la charge de la preuve au demandeur sur le fondement de l'ancien article 1315 du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1353, n'est pas convaincant.

## **b) La critique du principe**

**119. L'absence d'un quelconque principe général au cœur de l'article 1353 du Code civil.** Traiter le doute en admettant que la charge de la preuve incombe au demandeur à la lecture de l'ancien article 1315 du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1353, est une erreur, parce que cette disposition ne renferme pas de principe général.

À dire vrai, l'ancien article 1315 du Code civil a toujours été une disposition propre au droit des obligations. D'une part, il figurait au chapitre VI « *De la preuve des obligations et de celle du paiement* » du livre III titre III « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* ». D'autre part, il reprenait la formule qui avait été employée par R.-J. POTHIER dans son *Traité des obligations*. Or, rien ne témoignait dans les travaux préparatoires du Code civil qu'une règle générale d'attribution de la charge de la preuve pouvait en être déduite<sup>616</sup>.

Ainsi, comme le nouvel article 1353 du Code civil reprend l'ancien article 1315, il n'y a toujours pas lieu de penser qu'il existe un principe général aux termes duquel la charge de la preuve incombe au demandeur ! D'ailleurs, la place qui lui est dorénavant attribuée au cœur du Code civil n'y change absolument rien ! Certes, le nouvel article 1353 a été introduit dans un Chapitre I<sup>er</sup> intitulé « *Dispositions générales* », sauf que celui-ci appartient à un Titre IV bis dénommé « *De la preuve des obligations* ».

À l'analyse, le nouvel article 1353 du Code civil, comme l'ancien article 1315, est donc une « présomption-postulat » lorsque l'existence ou l'extinction d'une obligation est en jeu : il attribue la charge de la preuve à l'une des parties dans les hypothèses qu'il envisage, c'est-

---

<sup>615</sup> Sur les adages « *Actori incumbit probatio* » (La preuve incombe au demandeur) et « *Reus in excipiendo fit actor* » (Le défendeur en excipant devient demandeur), v. H. ROLAND & L. BOYER, *op. cit.*, n° 10, pp. 16 et ss. ainsi que n° 403, pp. 817 et ss.

<sup>616</sup> En ce sens, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 127, p. 188.

à-dire l'existence ou l'extinction d'une obligation<sup>617</sup>. À titre d'illustrations, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 mars 1996, le vendeur qui sollicitait le paiement du prix de la chose vendue devait donc établir qu'il avait exécuté son obligation de délivrance (alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1315 du Code civil)<sup>618</sup>. De plus, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 26 janvier 2005, l'entrepreneur et son assureur qui invoquaient l'irrecevabilité d'une action intentée sur le fondement de l'article 1792 du Code civil après l'expiration du délai de garantie décennale devaient en faire la preuve (alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil)<sup>619</sup>.

Autrement dit, le nouvel article 1353 du Code civil, comme l'ancien article 1315, n'est d'aucune aide lorsque le juge doit attribuer la charge de la preuve non seulement au-delà du droit des obligations, mais encore dans toutes les hypothèses du droit des obligations autres que celles qu'il organise explicitement, c'est-à-dire lorsque la question à trancher se situe en deçà ou au-delà de l'existence d'une l'obligation ou de son extinction.

D'ailleurs, à l'analyse de la jurisprudence, le juge ne semble pas entrevoir un principe général dans l'ancien article 1315 du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1353, parce qu'il n'hésite pas à s'en départir. Tel est tout particulièrement le cas en matière de responsabilité contractuelle. Par exemple, dans l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation contractuelle, la victime devrait établir l'existence du contrat, puisque celui-ci génère l'obligation. Quant au débiteur, il devrait établir qu'il a correctement exécuté son obligation en démontrant que les conditions pour rechercher sa responsabilité contractuelle ne sont pas remplies. Or, la Haute Juridiction consacre la solution contraire. En effet, à titre d'illustrations, dans un arrêt du 22 mars 1977, la chambre commerciale de la Cour de cassation a indiqué qu'il n'appartenait pas au débiteur d'une obligation de diligence de prouver qu'il l'avait bien exécutée<sup>620</sup>. De même, dans un arrêt du 18 décembre 1990, la première chambre civile de la Cour de cassation a fait valoir qu'il appartenait au contractant qui invoquait une exception d'inexécution de prouver cette inexécution<sup>621</sup>.

---

<sup>617</sup> Sur la présomption-postulat, v. *supra* n° 111.

<sup>618</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mars 1996, Bull. civ. I, n° 147 ; J.C.P. (G), 1996, IV, 1157.

<sup>619</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 janvier 2005, Bull. civ. III, n° 13 ; C.C.C., 2005, comm. n° 82, note L. LEVENEUR.

<sup>620</sup> Cass. com., 22 mars 1977, Bull. civ. IV, n° 92.

<sup>621</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 1990, Bull. civ. I, n° 296.

De surcroît, le principe reconnu par la majorité de la doctrine cache une très sérieuse difficulté : à qui faut-il attribuer la qualité de demandeur ? Un tel principe nécessite alors des précisions. Néanmoins, les correcteurs proposés par la doctrine ne donnent pas entièrement satisfaction.

## 2) L'adjonction de correcteurs imparfaits

**120.** Très généralement, la doctrine reconnaît que le doute doit être traité en attribuant la charge de la preuve au « demandeur à l'allégation ». En effet, elle a progressivement préféré cette théorie à celle attribuant la charge de la preuve au demandeur à l'instance, c'est-à-dire au plaideur qui saisit le juge<sup>622</sup>. Toutefois, la qualité de « demandeur à l'allégation » apparaît pour le moins absconse ! Pour déterminer un tel demandeur, la doctrine propose alors deux approches très différentes qui paraissent aussi insatisfaisantes l'une que l'autre : le recours à des standards (a) ou à une analyse procédurale (b).

### a) Le recours à des standards

**121.** Pour découvrir le « demandeur à l'allégation » qui doit prouver et perdre le procès en cas de doute persistant dans l'esprit du juge, la doctrine invite généralement à recourir à des standards ( $\alpha$ ). Toutefois, détecter le « demandeur à l'allégation » au moyen de ces standards ne donne pas entière satisfaction ( $\beta$ ).

---

<sup>622</sup> En définitive, le mot *actor* des formules romaines renvoie à « *la partie (demanderesse ou défenderesse, peu importe) qui introduit contre l'autre un nouvel élément de décision, qui agit et va en avant en alléguant quelque chose de nouveau, qui prétend changer et renverser, au moins sur quelque point, le statu quo, l'état où en sont les choses, l'ensemble de faits ou d'idées qui se trouve actuellement établi, soit par les preuves déjà faites ou les reconnaissances données, soit par la nature ordinaire des choses* », v. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, Tome V*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Delamotte fils et C<sup>ie</sup>, 1889, p. 3. Pour autant, en parcourant les travaux de la doctrine, le passage de la première théorie (demandeur à l'instance) à la deuxième (demandeur à l'allégation) n'est en général pas si net ; en effet, elles peuvent se superposer, v. en ce sens, A. M. DEMANTE & E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon, Tome V*, Paris, Plon, 1865, n° 276 bis. VI, p. 524 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français, Tome XIX*, Bruxelles, Bruylant, 1876, n° 91, pp. 88 et ss., spéc. p. 88. D'ailleurs, la première théorie n'est pas unanimement remplacée par la deuxième, v. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III, du Code civil, Articles 1101 à 1386, Tome V*, Nouvelle édition tenue au courant de la jurisprudence, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885, n° 7, pp. 445 et ss., spéc. p. 446. En outre, lorsque la deuxième théorie est a priori retenue (certains développements sur la qualité de demandeur sont trop imprécis pour être réellement exploités, v. par ex., naguère, A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, Tome XIII*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, G. Thorel, 1844, n° 1 et ss., pp. 2 et ss. ou même Cl.-É. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon, Tome II*, Paris, P. Gueffier, 1813, p. 63 ; et, plus récemment, B. STARCK, H. ROLAND & L. BOYER, *op. cit.*, n° 1523 et ss., pp. 565 et ss. ou même J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 175, pp. 348 et ss.), la première théorie est parfois perceptible, v. en ce sens, Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 187 et ss., pp. 184 et ss. ; V. MARCADÉ, *ibid.*, p. 3 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 646, pp. 618 et ss., spéc. p. 618 ; Fr. TERRÉ, *op. cit.*, n° 599, pp. 494 et ss.

## α) La présentation des standards

**122. La grande variété des standards.** Pour déterminer le « demandeur à l'allégation » qui doit prouver et succomber en cas de doute, la doctrine peut utiliser des « standards »<sup>623</sup>.

En effet, admettant que la paix sociale et la tranquillité collective ne doivent pas être troublées<sup>624</sup>, elle estime que la charge de la preuve incombe à celle des parties qui va contre le *statu quo*<sup>625</sup>.

Toutefois, comme ce principe de solution apparaît très général, de nombreux auteurs s'efforcent de l'affiner en utilisant des standards. Ainsi, la charge de la preuve peut incomber à celle des parties qui va à l'encontre de la situation acquise<sup>626</sup> ou normale<sup>627</sup>. De même, elle

---

<sup>623</sup> Cette expression est utilisée par J. CHEVALIER, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, spéc. p. 232.

<sup>624</sup> Pour un exposé de ces motifs qui justifient la règle selon laquelle la charge de la preuve incombe à celle des parties qui va contre le *statu quo*, v. not. J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 197 et ss. ; J. DEVÈZE, *th. préc.*, n° 395, pp. 526 et ss.

<sup>625</sup> En ce sens, v. É. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, Tome I*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Plon, 1873, n° 36, pp. 30 et ss., spéc. p. 30 : « [...] c'est que celui qui doit innover doit démontrer que sa prétention est fondée » ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 187, pp. 184 et ss., spéc. p. 184 : « [...] c'est évidemment à la partie qui prétend innover et changer la situation présente, que doit être imposé le fardeau de la preuve » ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, Tome VIII*, Paris, F. Pichon, 1895, n° 218, pp. 269 et ss., spéc. p. 269 : « C'est naturellement à la charge de celui qui prétend modifier à son profit une situation déjà existante [...] » ; V. MARCADÉ, *ibid.*, p. 3 ; E. GLASSON & A. TISSIER, *op. cit.*, n° 595, pp. 661 et ss., spéc. p. 662 : « C'est un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois que d'imposer la preuve à celui qui veut innover [...] » ; G. MARTY & P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 213, pp. 373 et ss., spéc. p. 374 ; A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 1973, n° 317, pp. 281 et ss., spéc. p. 281 ; A. WEILL & Fr. TERRÉ, *Droit civil, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 1979, n° 380, pp. 374 et ss., spéc. p. 374.

<sup>626</sup> En ce sens, v. A. M. DEMANTE & E. COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, n° 276 bis. V, p. 524 : « [...] la preuve doit être faite par celui qui allègue une certaine modification dans la situation (...) acquise des parties » ; É. BONNIER, *op. cit.*, n° 36, pp. 30 et ss., spéc. p. 31 : « En un mot, quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait » ; Ch. DEMOLOMBE, *ibid.*, n° 187, pp. 184 et ss., spéc. p. 184 : « La présomption est que la situation présente, la situation acquise actuellement, de part et d'autre, est conforme à la vérité. L'une des parties prétend le contraire. Qu'elle le prouve donc ! » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, Tome II*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883, n° 1127, pp. 810 et ss., spéc. p. 811 : « L'onus probandi incombe à toute partie, demanderesse ou défenderesse peu importe, qui, dans le cours du procès, avance une proposition (...) tendant à renverser une situation établie » ; Th. HUC, *ibid.*, n° 218, pp. 269 et ss., spéc. p. 269 : « C'est naturellement (...) à celui qui allègue un fait nouveau contraire à la position acquise de l'adversaire » ; V. MARCADÉ, *ibid.*, p. 3 ; Fr. GÉNY, *op. cit.*, n° 231, pp. 271 et ss., spéc. p. 274 ; E. GLASSON & A. TISSIER, *ibid.*, n° 595, pp. 661 et ss., spéc. p. 662 : « C'est un principe (...) que d'imposer la preuve à celui (...) qui invoque un fait ou un acte (...) contraire à la situation actuelle de son adversaire » ; Ch. & R. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, n° 1160, pp. 232 et ss. ; J. SICARD, *La preuve en justice après la réforme judiciaire, Manuel théorique et pratique comportant de nombreuses formules*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, Coll. Comment faire, 1960, n° 41, pp. 39 et ss., spéc. p. 39 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, *ibid.*, n° 213, pp. 373 et ss., spéc. p. 374.

<sup>627</sup> En ce sens, v. A. M. DEMANTE & E. COLMET DE SANTERRE, *ibid.*, n° 276 bis. V, p. 524 : « [...] la preuve doit être faite par celui qui allègue une certaine modification dans la situation naturelle (...) des parties » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *ibid.*, n° 1127, pp. 810 et ss., spéc. p. 811 : « L'onus probandi incombe à toute partie, demanderesse ou défenderesse peu importe, qui, dans le cours du procès, avance une proposition contraire à

peut incomber à celle d'entre elles qui va à l'encontre de la situation apparente, probable, voire vraisemblable<sup>628</sup>.

Malheureusement, déceler le « demandeur à l'allégation » qui doit prouver et perdre le procès en cas de doute au moyen de standards ne convainc pas.

### β) La critique des standards

**123. L'imprécision de tous les standards.** Traiter le doute en découvrant le « demandeur à l'allégation » au moyen de standards est insatisfaisant, parce que ceux-ci sont imprécis.

Ainsi, le standard peut être dépourvu d'un sens clair. Tel est le cas de la normalité. En effet, au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, elle était déterminée par la notion de liberté. Les illustrations foisonnent : comme la situation normale était la liberté des héritages, celui qui estimait avoir une servitude sur la chose d'autrui devait le démontrer<sup>629</sup> ; comme la situation normale était la liberté des hommes, celui qui considérait être créancier envers autrui devait le prouver<sup>630</sup>. Néanmoins, à l'heure actuelle, elle n'est plus déterminée par une notion particulière. Pire, la situation normale est même très souvent définie au moyen d'autres standards. Par exemple, Fr. GÉNY fait observer que « [...] l'idée de probabilité, de plausibilité, permet seule souvent de préciser la situation normale, contre laquelle la preuve doit être faite »<sup>631</sup>. En outre, bien plus récemment, Fr. TERRÉ juge que la situation peut être normale non seulement « parce qu'elle est établie »<sup>632</sup>, mais aussi « lorsqu'elle correspond au plus vraisemblable »<sup>633</sup>. Autrement dit,

---

*l'état normal des choses [...] » ; V. MARCADÉ, *ibid.*, p. 3 ; Fr. GÉNY, *ibid.*, n° 231, pp. 271 et ss., spéc. p. 274 ; E. GLASSON & A. TISSIER, *ibid.*, n° 595, pp. 661 et ss., spéc. p. 662 : « C'est un principe (...) que d'imposer la preuve à celui (...) qui invoque un fait ou un acte contraire à la situation normale et ordinaire des personnes ou des choses [...] » ; H. MAZEAUD & M. DE JUGLART, *Introduction à l'étude du droit et droit civil, Licence 1<sup>ère</sup> année 1961-1962*, Les Cours de droit, 1962, p. 258 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 213, pp. 373 et ss., spéc. p. 375.*

<sup>628</sup> En ce sens, v. J. THÉVENET, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, Thèse Lyon, 1921, p. 91 ; Ch. & R. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *ibid.*, n° 1160, pp. 232 et ss. ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1420, pp. 845 et ss., spéc. p. 848 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 213, pp. 373 et ss., spéc. pp. 374 et ss. ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, La mémoire du droit, Coll. Références, 2001, p. 550 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, Tome I*, 5<sup>ème</sup> éd., Economica, 2006, n° 548 et ss., pp. 341 et ss.

<sup>629</sup> En ce sens, v. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, n° 1126, pp. 808 et ss., spéc. p. 809 ; V. MARCADÉ, *op. cit.*, p. 4.

<sup>630</sup> En ce sens, v. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *ibid.*, n° 1126, pp. 808 et ss., spéc. p. 809.

<sup>631</sup> Fr. GÉNY, *op. cit.*, n° 231, pp. 271 et ss., spéc. p. 275.

<sup>632</sup> Fr. TERRÉ, *op. cit.*, n° 597, pp. 493 et ss.

la normalité est un standard difficile à mettre en œuvre. D'ailleurs, deux exemples proposés par J. CHEVALIER peuvent illustrer ces difficultés. Lorsqu'une partie exige le remboursement d'un prêt et que son adversaire soutient qu'il a reçu les fonds à titre de donation, la situation normale est-elle le prêt ou la donation<sup>634</sup> ? En outre, lorsque des marchandises transportées par mer ont disparu, la situation normale est-elle leur disparition lors du transport maritime ou lors des opérations de manutention avant/après la partie maritime du transport<sup>635</sup> ?

De plus, le standard peut avoir un tout autre sens que celui qui lui est habituellement reconnu. Tel est le cas de l'apparence. En effet, comme le fait observer J. CHEVALIER, elle est « *la révélation extérieure d'une situation de droit* »<sup>636</sup>. Par exemple, un mandataire peut être apparent, comme un héritier, parce que leurs situations se révèlent extérieurement<sup>637</sup>. Mais quelle est l'apparence qu'un incendie a pris à un endroit particulier ou qu'une chose était en bon état au moment du dépôt<sup>638</sup> ? L'apparence n'est alors pas la révélation extérieure d'une situation de droit ; elle correspond simplement à la plus ou moins grande vraisemblance des propositions contraires énoncées par les parties à propos du fait à prouver<sup>639</sup>. Autrement dit, le standard de l'apparence s'apparenterait à un succédané de la normalité et susciterait, par là même, des difficultés comparables.

Enfin, le standard peut ne pas avoir réellement de sens. Tel est le cas de la « situation acquise ». En effet, dans le cadre de la résolution des conflits de lois dans le temps, la notion de droit « acquis » a suscité des questions, notamment pour déterminer quand un droit était

---

<sup>633</sup> Fr. TERRÉ, *op. cit.*, n° 597, pp. 493 et ss., spéc. p. 494. Parfois, la normalité apparaît même mêlée à d'autres standards, v. par ex., Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 215, pp. 185 et ss., spéc. p. 186 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 16, pp. 18 et ss., spéc. p. 18.

<sup>634</sup> En ce sens, v. not. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 233 ; Fr. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, R.T.D. civ., 1966, pp. 736 et ss., n° 2, pp. 737 et ss., spéc. p. 737.

<sup>635</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *ibid.*, p. 233. Pour autant, en matière contractuelle, la normalité peut sans doute être décelée au travers de distinctions classiques. Par ex., elle peut être représentée par la règle de principe – par opposition à la règle d'exception, v. en ce sens, Cass. com., 27 octobre 1981, Bull. civ. IV, n° 372. De même, elle peut être représentée par la règle supplétive – par opposition à la volonté individuelle contraire à la règle supplétive, v. J. MAZEAUD, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mai 1976, D. 1977, p. 34, spéc. p. 35. D'ailleurs, C. PÉRÈS-DOURDOU fait aussi valoir que la règle supplétive décrit la normalité dans ses rapports à la volonté individuelle et en déduit que la preuve incombe à celui qui va à l'encontre d'une règle supplétive, v. C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, L.G.D.J., 2004, n° 497, pp. 469 et ss., spéc. p. 469. Enfin, la normalité peut être représentée par la règle générale – par opposition à la règle spéciale, v. en ce sens, M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1<sup>re</sup> partie)*, R.D.C., juillet 2008, n° 3, pp. 681 et ss., spéc. p. 692.

<sup>636</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 234.

<sup>637</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *ibid.*, p. 234.

<sup>638</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *ibid.*, p. 234.

<sup>639</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *ibid.*, p. 234.

acquis, puisque l'acquisition d'un droit ne faisait pas de doute<sup>640</sup>. En revanche, comme le fait valoir J. CHEVALIER, nul ne saurait dire ce que peut être l'acquisition d'une situation<sup>641</sup>. Ainsi, comment déterminer la « situation acquise »<sup>642</sup> ? En définitive, la « situation acquise » paraît créer plus de difficultés qu'elle n'en résout.

D'ailleurs, l'examen de la jurisprudence révèle à son tour l'imprécision des standards, parce que ceux-ci peuvent expliquer ou non les choix du juge. Tel est le cas de la normalité.

Par exemple, comme la majorité des contrats du Code civil sont devenus, sinon à titre onéreux (ils étaient initialement à titre gratuit), du moins se sont commercialisés, l'onérosité est habituellement analysée comme la normalité et la gratuité comme l'anormalité<sup>643</sup>.

Ainsi, de très nombreuses décisions peuvent s'expliquer par cette « *normalité socio-psychologique* »<sup>644</sup>. C'est le cas d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 31 mai 1989<sup>645</sup>. En l'occurrence, un architecte avait saisi le juge d'instance d'une demande en paiement d'honoraires dirigée contre un couple. Toutefois, statuant en dernier ressort, le tribunal d'instance avait rejeté cette demande. Après avoir constaté que le couple admettait l'exécution d'un projet de construction d'une maison, il avait jugé que l'architecte devait apporter la preuve de la convention d'honoraires qu'il aurait conclue avec le couple et que la seule pièce justificative qu'il produisait aux débats était un courrier qui ne permettait pas de caractériser l'existence d'un contrat à titre onéreux. Or, la Haute Juridiction a cassé le jugement, au visa de l'article 1315 du Code civil. En effet, elle a considéré qu'il appartenait à celui qui se prévalait d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale. Dans cette décision, la normalité semble dès lors sous-tendre le choix du juge d'attribuer la charge de la preuve au couple : l'onérosité étant une représentation de la normalité, quoi de plus logique d'exiger de celui-ci qu'il prouve la gratuité du contrat en cause.

Cependant, de très nombreuses autres décisions vont manifestement à l'encontre de cette « normalité socio-psychologique » latente. C'est le cas d'un arrêt rendu par la première

---

<sup>640</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 233 et ss.

<sup>641</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 234.

<sup>642</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *ibid.*, p. 234.

<sup>643</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, p. 693.

<sup>644</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, p. 693.

<sup>645</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 mai 1989, Bull. civ. III, n° 126. Pour d'autres ex., v. encore Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 1989, Bull. civ. I, n° 399 ; Defrénois 1990, art. 34809, n° 75, p. 817, note G. VERMELLE ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1998, Bull. civ. I, n° 211 ; C.C.C., 1998, comm. n° 127, note L. LEVENEUR ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2006, Bull. civ. I, n° 210.

chambre civile de la Cour de cassation le 15 mars 2005<sup>646</sup>. En l'espèce, une société avait mis à la disposition d'un G.A.E.C. un chariot télescopique entre le 9 et le 27 août 2000. Toutefois, un litige était né entre le G.A.E.C. et la société concernant la mise à disposition de ce chariot. La Cour d'appel avait alors jugé bon de condamner le G.A.E.C. à payer une somme d'argent à la société au titre de la mise à disposition du chariot. Elle avait considéré qu'il appartenait au G.A.E.C. d'établir le caractère gratuit de la mise à disposition du chariot et que cette preuve n'était pas apportée. Or, la Cour de cassation a cassé l'arrêt, au visa de l'article 1315 du Code civil. Elle a admis qu'il appartenait à la société de prouver l'existence du contrat de louage de choses sur le fondement duquel celle-ci agissait en paiement d'une somme d'argent. Aussi la normalité ne sous-tend-t-elle a priori pas le choix du juge d'attribuer la charge de la preuve à la société : l'onérosité étant une manifestation de la normalité, c'est le G.A.E.C. qui aurait dû prouver la gratuité du contrat en cause. Néanmoins, dans cet arrêt, le choix du juge d'exiger, non pas du G.A.E.C. la preuve du caractère gratuit du contrat, mais de la société celle de son caractère onéreux, peut doublement se justifier. D'une part, la société réclamait le paiement d'une somme d'argent ; or, pour obtenir un paiement, il faut établir l'obligation dont celui-ci découle au regard de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1353 du Code civil – anciennement l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1315 du Code civil. D'autre part, l'identification d'une présomption d'onérosité était manifestement inadéquate ; l'activité d'une telle société ne consiste pas uniquement à louer du matériel agricole. D'ailleurs, la société avait mis le chariot télescopique à la disposition du G.A.E.C. en attendant qu'elle lui répare son propre matériel.

En définitive, entre onérosité et gratuité d'un acte juridique, le juge semble choisir au cas par cas, en fonction des circonstances. Autrement dit, comme le fait observer M. MEKKI, « *Se dégagerait ainsi des différentes situations de fait, une sorte de normalité contextuelle, factuelle et mouvante* »<sup>647</sup>.

Aussi l'examen de la jurisprudence suscite-t-il une autre critique, déjà formulée par J. CHEVALIER dans son célèbre cours sur la charge de la preuve.

**124. Le moment inopportun de la mise en œuvre de tous les standards.** Traiter le doute en identifiant le « demandeur à l'allégation » au moyen de standards est insatisfaisant, parce

---

<sup>646</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 02-17.686 (inédit) ; C.C.C., 2005, comm. n° 126, note L. LEVENEUR. Pour un autre ex., v. encore Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 2006, Bull. civ. I, n° 439.

<sup>647</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, p. 693.

que ceux-ci sont mobilisés par le juge une fois que les circonstances propres à l'espèce ont été examinées. En effet, comme l'expose J. CHEVALIER, ce sont les circonstances qui rendent une situation apparente ou vraisemblable<sup>648</sup>. Or, la partie qui doit prouver et succomber en cas de doute irréductible devrait être déterminée objectivement et préalablement à toute preuve ; elle ne devrait nullement dépendre de l'examen des preuves de chaque partie.

De surcroît, l'examen de la jurisprudence révèle parfois le rejet des standards. Tel est le cas de la normalité.

Par exemple, dans une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation rendue le 30 mars 1999, la Compagnie générale des eaux (C.G.E.) avait réclamé à un client le paiement d'une facture d'un montant de 11 415,88 francs<sup>649</sup>. Toutefois, le client avait refusé de l'acquitter en totalité, en faisant valoir qu'il n'avait jamais eu de factures d'un tel montant et qu'aucune fuite n'avait été détectée dans l'installation. Les factures précédentes du client pouvaient alors permettre d'apprécier la situation qui devait être analysée comme normale et inciter à exiger de la C.G.E. qu'elle établisse la consommation d'eau excessivement élevée du client, c'est-à-dire la situation anormale, afin d'obtenir le règlement de la facture<sup>650</sup>. C'est d'ailleurs ce que le tribunal d'instance de Montpellier avait semble-t-il pensé, en considérant que la C.G.E. devait apporter la preuve, pour justifier le montant élevé de sa facture, que des modifications substantielles avaient eu lieu dans la consommation d'eau du client ou qu'une fuite d'eau après compteur existait sur les installations. Or, la Cour de cassation l'a censuré, au visa de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil : « *qu'il incombait à M. X... [le client] d'établir le fait ayant produit l'extinction de son obligation* ». En définitive, dans cet arrêt, la normalité n'a pas guidé le juge, puisqu'il a exigé que le client prouve l'inexactitude de la consommation d'eau mentionnée sur le compteur. Toutefois, la Haute Juridiction s'est peut-être retranchée derrière la convention des parties. En effet, les contrats d'abonnement prévoient en général une clause de preuve selon laquelle les indications du compteur sont présumées exprimer la

---

<sup>648</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 235.

<sup>649</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 1999, Bull. civ. I, n° 113 ; R.T.D. civ., 1999, p. 642, obs. P.-Y. GAUTIER ; J.C.P. (G), 2000, II, 10334, note Cl. GHICA-LEMARCHAND ; C.C.C., 1999, comm. n° 108, note L. LEVENEUR ; D. 2000, p. 596, note D. AMMAR ; D. aff. 1999, p. 708, obs. J. F.

<sup>650</sup> V. not. art. 18 de la circ. du 14 avril 1988 sur le modèle de règlement du service de distribution d'eau, J.O. du 5 mai 1988, pp. 6139 et ss., spéc. p. 6139 : « [...] *En cas d'arrêt du compteur, la consommation pendant l'arrêt est calculée, sauf preuve contraire apportée par l'une ou l'autre des parties, sur la base de la consommation pendant la période correspondante de l'année précédente ou, à défaut, sur celle de l'année en cours, s'il y a eu mesure de consommation pendant un laps de temps nettement déterminé* ».

réelle consommation d'eau du client. Autrement dit, la normalité est peut-être la convention des parties. Celle-ci serait alors définitivement contextuelle.

Si la détermination du « demandeur à l'allégation » en recourant à des standards est insatisfaisante pour traiter le doute, elle l'est aussi en procédant à une analyse procédurale.

### **b) Le recours à une analyse procédurale**

**125.** Pour découvrir le « demandeur à l'allégation » qui doit prouver et perdre le procès en cas de doute subsistant dans l'esprit du juge, la doctrine peut inviter à recourir à une analyse procédurale ( $\alpha$ ). Cependant, repérer le « demandeur à l'allégation » au moyen d'une analyse procédurale ne donne pas pleinement satisfaction ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ ) La présentation de l'analyse procédurale**

**126. L'analyse procédurale admise par Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU et perfectionnée par H. MOTULSKY.** Pour identifier le « demandeur à l'allégation » qui doit prouver et succomber en cas de doute, la doctrine peut préférer compléter les dispositions de l'ancien article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353, par une analyse procédurale. Cette démarche est adoptée non seulement par Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, mais aussi par H. MOTULSKY.

Ainsi, d'après les premiers, la charge de la preuve est attribuée en analysant la nature des faits allégués par les parties. Plus précisément, elle l'est en fonction d'un fait déterminé, du rôle qu'il joue dans les argumentations des parties et de l'influence qu'il peut exercer sur la décision du juge<sup>651</sup>.

En effet, selon Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, la partie qui supporte la charge de la preuve doit établir chacun des éléments de fait dont le droit qu'elle sollicite impose le concours – ou dont le bénéfice légal qu'elle sollicite impose le concours<sup>652</sup>. Mais l'obligation de prouver ne s'étend, en général, pas au-delà<sup>653</sup>. Ainsi, cette partie n'a pas à prouver l'absence des causes ou circonstances dont l'existence aurait pu faire obstacle à l'acquisition de ce droit – ou dont l'existence aurait pu entraîner la déchéance de ce bénéfice légal<sup>654</sup>. De plus, celle-ci n'a pas à

---

<sup>651</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 241.

<sup>652</sup> Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 749, pp. 62 et ss., spéc. p. 84.

<sup>653</sup> Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 749, pp. 62 et ss., spéc. p. 86.

<sup>654</sup> Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 749, pp. 62 et ss., spéc. pp. 86 et ss.

justifier que ce droit – ou ce bénéfice légal – n’a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire<sup>655</sup>.

Autrement dit, Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU désignent logiquement le demandeur, et ce, quelle que soit la qualité initiale des plaideurs à l’instance : celui qui sollicite un droit – ou un bénéfice légal – doit prouver les différents faits nécessaires à sa naissance ; en revanche, son adversaire doit prouver ceux qui font obstacle à la naissance de ce droit – ou qui entraînent la déchéance de ce bénéfice légal –, comme ceux qui auraient modifié ou restreint ce droit – ou ce bénéfice légal.

Par ailleurs, selon le second, la charge de la preuve est attribuée en faisant appel à la notion d’éléments générateurs d’un droit. En effet, H. MOTULSKY a entrepris de préciser les principes dégagés par Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU et, surtout, de systématiser leur analyse.

Ainsi, selon H. MOTULSKY, le juge doit commencer par un examen des allégations du demandeur à l’action : il doit se demander si celui-ci a allégué toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs du droit subjectif qu’il réclame<sup>656</sup>.

Si le juge constate qu’il n’y a pas de coïncidence entre les allégations du demandeur à l’action et les éléments générateurs du droit subjectif réclamé, il doit alors prononcer le rejet de sa demande, sans qu’il soit nécessaire d’étudier la position du défendeur<sup>657</sup>. En revanche, si le juge constate qu’il y a une totale coïncidence, il doit étudier la position du défendeur, au regard de la demande, car le demandeur à l’action a satisfait à la charge de l’allégation<sup>658</sup>.

Le défendeur peut alors prendre des partis différents. En effet, il peut acquiescer à la demande, discuter de l’applicabilité de la règle juridique proposée, combattre, en totalité ou en partie, les allégations du demandeur ou invoquer un bouleversement postérieur du droit réclamé<sup>659</sup>, c’est-à-dire se prévaloir d’un droit subjectif qui, à supposer établi, peut modifier,

---

<sup>655</sup> Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 749, pp. 62 et ss., spéc. pp. 88 et ss.

<sup>656</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 107, pp. 115 et ss., spéc. p. 115. Néanmoins, H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 89 et ss., pp. 90 et ss., précise que le travail du plaideur peut parfois être facilité au moyen de « *dispenses* » (celui-ci peut ne pas avoir à alléguer certains faits).

<sup>657</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 107, pp. 115 et ss., spéc. p. 116.

<sup>658</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 107, pp. 115 et ss., spéc. p. 115.

<sup>659</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 109, p. 118. Pour autant, H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 109, p. 118, précise que les hypothèses où le défendeur acquiesce à la demande et discute de l’applicabilité de la règle de droit proposée ne posent aucune difficulté.

paralyser ou détruire le droit qui lui est opposé<sup>660</sup>. Cette toute dernière hypothèse renvoie à une « *contre-action* »<sup>661</sup>.

Or, en présence d'une contestation d'un élément générateur du droit du demandeur ou d'une contre-action, le juge doit faire des distinctions.

Tout d'abord, si les affirmations du défendeur ne sont pas suffisantes pour combattre les circonstances de fait qui font écho aux éléments générateurs du droit du demandeur, ou encore, si aucune des règles de droit avancées comme fondement juridique du droit invoqué par le défendeur n'est, à l'examen, jugée applicable au regard de ses allégations, le juge doit reconnaître le droit du demandeur, puisque le défendeur n'a rien de concluant à opposer<sup>662</sup>. En effet, la question de la preuve et, plus spécialement, celle de la charge de la preuve, ne se pose pas : le sort du procès se scelle par le simple jeu de l'allégation<sup>663</sup>.

Ensuite, si les contestations du défendeur peuvent tendre à ôter au droit prétendu du demandeur l'un de ses éléments générateurs, le juge doit rechercher les points « *relevants* » contestés et le demandeur en faire la preuve<sup>664</sup>.

Enfin, si le défendeur opte pour une contre-action et allègue toutes les circonstances de fait nécessaires à la formation du droit que celle-ci a pour but de faire valoir, le juge doit à nouveau s'orienter vers le demandeur, car la situation antérieure est désormais inversée<sup>665</sup>. En effet, au regard du droit invoqué par son adversaire, le demandeur a pris la position d'un défendeur. À son tour, il peut donc reconnaître le droit prétendu, s'en tenir à une discussion juridique, combattre les allégations de fait ou faire valoir une contre-action. En définitive, un véritable va-et-vient peut s'instaurer entre les plaideurs<sup>666</sup>. Néanmoins, lorsque le simple jeu des allégations ne suffit pas à sceller l'issue du procès, la partie qui succombe est celle qui ne

---

<sup>660</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 111 et ss., pp. 121 et ss., spéc. p. 121.

<sup>661</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 111, pp. 121 et ss., spéc. p. 122.

<sup>662</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 114, pp. 125 et ss., spéc. p. 125.

<sup>663</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 114, pp. 125 et ss., spéc. p. 125.

<sup>664</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 114, pp. 125 et ss., spéc. p. 126.

<sup>665</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 114, pp. 125 et ss., spéc. p. 126.

<sup>666</sup> H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 114, pp. 125 et ss., spéc. pp. 126 et ss.

parvient pas à prouver les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de son droit et que son adversaire a valablement contestées<sup>667</sup>.

Malheureusement, déceler le « demandeur à l'allégation » qui doit prouver et perdre le procès en cas de doute au moyen d'une analyse procédurale ne convainc à nouveau pas.

### **β) La critique de l'analyse procédurale**

**127. L'imprécision de l'analyse procédurale.** Traiter le doute en détectant le « demandeur à l'allégation » au moyen d'une analyse procédurale est insatisfaisant, parce que celle-ci est difficile à mettre en œuvre.

D'une part, la théorie proposée par Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU souffre de nombreuses lacunes et imprécisions. En effet, ils identifient deux catégories de faits à prouver : d'un côté, ceux qui sont nécessaires à la naissance d'un droit – ou d'un bénéfice légal ; d'un autre, ceux qui font obstacle à la naissance de ce droit – ou qui entraînent la déchéance de ce bénéfice légal – ou ceux qui auraient modifié ou restreint ce droit – ou ce bénéfice légal<sup>668</sup>. Toutefois, ils ne fournissent aucune indication pour dissocier les uns des autres. En outre, ils s'appuient sur les concepts d'obstacle et de déchéance<sup>669</sup>. Néanmoins, ils ne les définissent pas. Aussi l'absence d'explications rend-t-elle ardue la mise en œuvre de leur théorie. Comme l'indique M. MEKKI, « *L'analyse des éminents auteurs strasbourgeois pêche [...] par son imprécision et par son abstraction excessive* »<sup>670</sup>.

D'ailleurs, la théorie proposée par Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU offre manifestement des solutions qui peuvent être contraires à celles accueillies en jurisprudence. Le billet non causé en atteste. En effet, pour eux, le demandeur qui sollicite le paiement d'une somme d'argent, en vertu d'un billet qui n'indique pas la cause de l'engagement contracté par le souscripteur, doit établir l'existence de la cause qu'il assigne à cet engagement<sup>671</sup>. Or, avant la réforme du droit de la preuve, la jurisprudence a toujours affirmé que le signataire du billet poursuivi en

---

<sup>667</sup> Cep., H. MOTULSKY, *th. préc.*, n° 118 et ss., pp. 131 et ss., précise que la preuve incombant aux plaideurs peut aussi être allégée par le jeu de « *dispenses* ».

<sup>668</sup> V. *supra* n° 126.

<sup>669</sup> V. *supra* n° 126.

<sup>670</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, p. 686.

<sup>671</sup> Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), § 749, pp. 62 et ss., spéc. p. 93.

paiement devait démontrer le défaut de cause ou la cause illicite ou immorale aux termes de l'article 1132 du Code civil<sup>672</sup>.

De surcroît, la théorie proposée par Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU ne semble pas justifiée. En effet, ils distinguent deux catégories de faits et estiment que la preuve complète suppose la preuve intégrale de ceux qui commandent la naissance d'un droit – ou d'un bénéfice légal. Néanmoins, la preuve complète ne suppose pas uniquement la preuve intégrale de ces faits ; elle comprend nécessairement celle d'autres faits. Cette observation avait déjà été formulée par É. BARTIN<sup>673</sup>.

D'autre part, la théorie avancée par H. MOTULSKY comporte elle aussi des lacunes. À dire vrai, il soutient que le demandeur à l'action, qui réclame le bénéfice d'un droit subjectif, doit alléguer les éléments de fait nécessaires à la naissance de ce droit, pas ceux auxquels se trouve subordonnée son existence actuelle – le tout sous réserve de dispenses. En effet, une modification ou une suppression de ce droit fera éventuellement l'objet d'une contre-action de l'adversaire<sup>674</sup>. Mais quels faits sont des éléments générateurs d'un droit ? Et quels sont ceux qui se rattachent à son maintien ? À titre d'exemple, la capacité de celui qui s'oblige est probablement un élément générateur d'un droit. Elle est bien une circonstance sans laquelle une obligation ne peut pas naître. Cependant, le plaideur qui invoque une incapacité pour se soustraire à l'exécution d'une obligation doit en rapporter la preuve. Le nouvel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1145 du Code civil pourrait alors constituer une dispense de preuve ; il renfermerait une présomption de capacité au profit du créancier<sup>675</sup>. Mais le même problème se pose pour toutes les causes de nullité en l'absence d'une dispense de preuve légale ! Doivent-elles être rattachées aux éléments générateurs d'un droit ou aux éléments qui le détruisent ? Aussi ces difficultés de qualification rendent-elles difficile la mise en œuvre de sa théorie.

D'ailleurs, la théorie avancée par H. MOTULSKY n'explique pas de façon systématique les solutions reconnues par la jurisprudence. En effet, elle paraît sous-tendre de nombreuses décisions. C'est le cas d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 24

---

<sup>672</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 avril 1966, Bull. civ. I, n° 236 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 octobre 1967, Bull. civ. I, n° 312 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 février 1970, Bull. civ. I, n° 61.

<sup>673</sup> Ch. AUBRY & Ch.-Fr. RAU, *op. cit.* (5<sup>ème</sup> éd.), note 19 *bis*, pp. 84 et ss., spéc. p. 84.

<sup>674</sup> V. *supra* n° 126.

<sup>675</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 244.

octobre 2012<sup>676</sup>. En l'occurrence, le plaideur qui prétendait être le propriétaire d'un véhicule ne pouvait pas uniquement prouver qu'il avait payé le prix intégral pour obtenir le paiement d'une somme correspondant à son prix d'achat. Il devait démontrer le titre précaire en vertu duquel le prétendu possesseur le détenait ou le vice affectant sa possession. Cependant, elle ne sous-tend pas de très nombreuses autres décisions. C'est le cas d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 mars 1996<sup>677</sup>. En l'espèce, un véhicule avait été commandé, puis l'acheteur avait annulé sa commande. A priori, comme l'acheteur réclamait la résolution de la vente en se prévalant d'un défaut de délivrance conforme à la commande du véhicule, il lui appartenait semble-t-il de prouver que le véhicule n'avait pas été livré dans le délai convenu par les parties. Néanmoins, la Haute Juridiction a jugé que le vendeur devait démontrer qu'il avait mis à la disposition de l'acheteur un véhicule conforme à la commande dans le délai initialement prévu. Quoique séduisante, la théorie proposée par H. MOTULSKY n'explique donc que très partiellement les solutions du droit positif.

De surcroît, la théorie avancée par H. MOTULSKY ne paraît à nouveau pas justifiée. En effet, il expose que le plaideur doit alléguer, et au besoin prouver, les éléments générateurs de son droit, mais non les circonstances hors desquelles ce droit ne pouvait se maintenir. Or, pour exercer un droit subjectif et en réclamer la sanction, il n'est pas suffisant d'en avoir été titulaire à un moment quelconque ; il faut que celui-ci soit encore susceptible de sanction<sup>678</sup>. Ainsi, pourquoi un plaideur doit uniquement justifier de la naissance de son droit ? Pourquoi ne doit-il pas aussi établir son existence actuelle ? H. MOTULSKY ne l'explique pas.

En conclusion, l'approche doctrinale majoritaire qui commande de traiter le doute en attribuant la charge de la preuve au demandeur ne convainc pas. En effet, reconnaître que la charge de la preuve incombe d'une manière générale au demandeur et, plus exactement, au « demandeur à l'allégation », apparaît contestable. D'une part, l'ancien article 1315 du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1353, ne renferme pas de principe général. D'autre part, les correcteurs associés au prétendu principe sont très vagues, tant d'un point de vue théorique

---

<sup>676</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 2012, Bull. civ. I, n° 214.

<sup>677</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mars 1996, *préc.*

<sup>678</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 245.

que pratique. D'ailleurs, la règle exprimée par l'ancien article 1315 du Code civil a parfois été vivement contestée par le passé<sup>679</sup>.

Parallèlement, une autre approche doctrinale s'est développée. Elle consiste à traiter le doute en attribuant la charge de la preuve à la partie qui était la plus apte à prouver le fait litigieux. Néanmoins, cette approche doctrinale ne satisfait pas davantage.

## **B) L'attribution de la charge de la preuve à la partie la plus apte à prouver**

**128.** Concurrément, la doctrine retient parfois que le doute doit être traité en attribuant la charge de la preuve à la partie qui était la plus apte à prouver le fait litigieux (1). Toutefois, affirmer que la charge de la preuve incombe à la partie qui était la plus à même à prouver tel ou tel fait n'est pas satisfaisant (2).

### **1) La formulation de la règle**

**129. Le succès de l'aptitude à la preuve.** Selon une doctrine marginale, le doute est traité en attribuant la charge de la preuve à la partie qui était la plus apte à prouver le fait litigieux.

À dire vrai, l'idée que la charge de la preuve incombe à la partie qui était la plus apte à prouver a séduit nombre de juristes. Tout d'abord, elle a été préconisée au 19<sup>ème</sup> siècle par J. BENTHAM, un très célèbre juriconsulte anglais. Il affirmait que « *L'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais* »<sup>680</sup>. Puis, elle a été prônée aux siècles suivants par plusieurs juristes français. P. ESMEIN, dans une étude sur la responsabilité contractuelle, retenait que « *La solution d'un litige dépendant de l'existence ou de l'absence d'un fait, il arrive que l'une des parties ait ou ait eu la possibilité de réunir les renseignements susceptibles de former la conviction du juge, que l'autre partie n'ait pas eu cette possibilité, ou l'ait eue à un bien moindre degré. Ne convient-il pas de mettre la preuve à la charge de la première ?* »<sup>681</sup>. En outre, dans le même esprit, J. CARBONNIER estimait que « *Si l'on tient à réviser l'a. 1315, mieux vaudrait chercher à mettre le fardeau de la preuve en corrélation avec le rapport des forces entre les parties, en une formule telle que celle-ci : que*

<sup>679</sup> En ce sens, v. Fr. BOULANGER, *art. préc.*, n° 18, pp. 753 et ss., spéc. p. 753.

<sup>680</sup> J. BENTHAM, *Œuvres de Jérémie Bentham, Traité des preuves judiciaires, Tome II*, 3<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1840, pp. 372 et ss., spéc. p. 372.

<sup>681</sup> P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, R.T.D. civ., 1933, pp. 627 et ss., n° 9, pp. 644 et ss., spéc. p. 644.

*la preuve incombe à chacun des plaideurs dans la mesure où il a accès aux informations qui sont nécessaires au débat »<sup>682</sup>.*

Malheureusement, là encore, le choix de traiter le doute en attribuant la charge de la preuve à la partie qui était la plus apte à prouver le fait litigieux ne semble pas satisfaisant.

## **2) La critique de la règle**

**130. L'imprécision de l'aptitude à la preuve.** Tout d'abord, traiter le doute en jugeant que la charge de la preuve incombe à la partie qui était la plus encline à prouver tel ou tel fait est insatisfaisant, parce que l'aptitude à la preuve est une notion extrêmement floue<sup>683</sup>.

En effet, une fois admis que celui des plaideurs qui est ou aurait dû être le plus apte à prouver le fait litigieux doit supporter la charge de la preuve, la notion d'aptitude à la preuve est difficile à mettre en œuvre. Elle suscite deux questions capitales. D'une part, quelles sont les qualités requises d'une partie pour qu'elle soit analysée comme la plus apte à la preuve ? Sont-elles d'ordre intellectuel, matériel ou financier ? D'autre part, quelle approche doit être retenue par le juge pour apprécier cette ou ces qualités ? Doit-il opter pour une appréciation *in abstracto* ou *in concreto* ? En définitive, la notion d'aptitude à la preuve est trop imprécise pour fournir au juge un principe général de solution en l'absence d'indications formulées par un texte.

D'ailleurs, l'analyse de la jurisprudence atteste des carences de l'aptitude à la preuve, parce que celle-ci n'explique à son tour pas tous les choix du juge.

En effet, l'aptitude à la preuve paraît sous-tendre de très nombreux arrêts en matière contractuelle. Les illustrations foisonnent.

Tout d'abord, elle peut manifestement expliquer les décisions du juge dans lesquelles il admet que le professionnel doit établir la bonne exécution de son obligation d'information ou de conseil<sup>684</sup>. À titre d'exemple, dans un arrêt en date du 25 février 1997, un patient avait

---

<sup>682</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 180, pp. 357 et ss., spéc. p. 358.

<sup>683</sup> Sur l'idée que l'aptitude à la preuve constitue une notion floue, v. N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Préf. S. AMRANI-MEKKI, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016, n° 242 et ss., pp. 307 et ss.

<sup>684</sup> L'information et le conseil doivent être distingués (le conseil va plus loin que le simple renseignement), mais le juge les lie souvent, v. en ce sens, A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2017, n° 298, pp. 244 et ss., spéc. p. 244.

été victime d'une perforation intestinale durant une coloscopie avec ablation d'un polype<sup>685</sup>. Au soutien de son action contre le médecin, il avait alors allégué qu'il n'avait pas été informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention. Néanmoins, la Cour d'appel avait écarté ce moyen et l'avait débouté de son action, en considérant qu'il n'avait pas rapporté la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti d'un tel risque<sup>686</sup>. Or, la Haute Juridiction a cassé cet arrêt, au visa de l'article 1315 du Code civil. En effet, dans un premier temps, elle a semble-t-il énoncé un principe de portée très large selon lequel « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ». Puis, dans un second temps, elle a appliqué ce principe à l'espèce : le médecin étant tenu d'une obligation particulière d'information, il devait prouver la bonne exécution de cette obligation<sup>687</sup>. Dans cette décision, l'aptitude à la preuve semble dès lors avoir guidé le choix du juge d'attribuer au praticien la charge de prouver l'exécution de l'obligation d'information : d'un point de vue intellectuel, il n'est autre que le débiteur de cette information et, d'un point de vue matériel, il est le plus à même à se préconstituer une preuve que cette information a bien été fournie.

De même, l'aptitude à la preuve peut semble-t-il expliquer les décisions du juge dans lesquelles il considère que le professionnel doit prouver la bonne exécution de son devoir de mise en garde. À titre d'illustration, dans un arrêt en date du 29 juin 2007, une banque avait accordé seize prêts à un agriculteur pour les besoins de son exploitation, entre 1987 et 1988, puis entre 1996 et 1999<sup>688</sup>. Néanmoins, comme des échéances étaient demeurées impayées,

---

<sup>685</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; C.C.C., 1997, comm. n° 76, note L. LEVENEUR ; L. LEVENEUR, *Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre*, C.C.C., 1997, chron. n° 5, pp. 4 et ss. ; J.C.P. (G), 1997, I, 4025, n° 7, note G. VINEY ; R.T.D. civ., 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN ; D. 1997, somm. comm., p. 319, obs. J. PENNEAU.

<sup>686</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 avril 1995, Bull. civ. I, n° 159.

<sup>687</sup> Cette solution a été confirmée par la jurisprudence (v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 février 1998, Bull. civ. I, n° 67 ; R.T.D. civ., 1998, p. 681, obs. P. JOURDAIN ; J.C.P. (G), 1998, I, 144, n° 20, note G. VINEY ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 1998, Bull. civ. I, n° 187 ; D. 1998, p. 530, note Fl. LAROCHE-GISSEROT), puis consacrée par l'art. L. 1111-2 du C. santé publ., v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 février 2013, Bull. civ. I, n° 10. Par ailleurs, elle a été étendue à de nombreux autres professionnels, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1997, Bull. civ. I, n° 132 ; J.C.P. (G), 1997, II, 22948, note R. MARTIN ; C.C.C., 1997, comm. n° 111, note L. LEVENEUR (avocat) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1997, Bull. civ. I, n° 356 (assureur) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 février 1998, Bull. civ. I, n° 44 (notaire) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1998, Bull. civ. I, n° 364 ; Gaz. Pal. 1999, I, p. 208, note Ph. LOYER (huissier) ; Cass. soc., 15 juillet 1999, Bull. civ. V, n° 353 (mutuelle) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 novembre 2001, Bull. civ. I, n° 271 (souscripteur d'une assurance de groupe) ; Cass. com., 22 mars 2011, Bull. civ. IV, n° 48 (société de bourse) ; Cass. 3<sup>eme</sup> civ., 28 avril 2011, Bull. civ. III, n° 59 ; D. 2011, p. 1282 (constructeur).

<sup>688</sup> Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, Bull. civ. ch. mixte, n° 7 ; J.C.P. (E), 2007, 2105, note D. LEGEAIS ; J.C.P. (G), 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; *adde*, dans le même sens, Cass. com., 11 décembre 2007, Bull. civ. IV, n° 260 ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 220, note V. AVENA-ROBARDET ; J.C.P. (G), 2008, II, 10055, note A. GOURIO.

il avait été assigné en paiement par la banque et avait invoqué un manquement du prêteur à ses obligations. Pour écarter ses prétentions, la Cour d'appel s'était alors livrée à un examen très minutieux de sa situation. Puis, elle avait estimé qu'il ne rapportait pas la preuve que les crédits auraient été disproportionnés par rapport à la capacité financière de son exploitation et que l'établissement bancaire qui consentait un prêt n'était « *débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur* ». Or, la Cour de cassation a cassé cet arrêt, au visa de l'article 1147 du Code civil. Elle a estimé que la Cour d'appel aurait dû préciser si l'agriculteur était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard au moment de la conclusion du contrat, la banque établissait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts. Ainsi, dans cette décision, l'aptitude à la preuve semble là encore avoir guidé le choix du juge d'attribuer à la banque la charge de démontrer l'exécution du devoir de mise en garde : d'un point de vue intellectuel, elle est la débitrice du devoir de mise en garde et, d'un point de vue matériel, elle est la plus à même à se ménager une preuve que ce devoir a bien été exécuté<sup>689</sup>.

D'ailleurs, dans ces décisions, l'idée de « *probatio diabolica* » est sous-jacente<sup>690</sup>. Si le professionnel doit démontrer qu'il a exécuté son obligation d'information ou de conseil, tout comme son devoir de mise en garde, c'est également parce que la preuve d'un fait positif est toujours préférable, et préférée, à celle d'un fait négatif<sup>691</sup>. En effet, tandis que la preuve de l'exécution d'une obligation de faire est à la charge du débiteur<sup>692</sup>, la preuve de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire est à la charge du créancier<sup>693</sup>.

Cependant, l'aptitude à la preuve ne sous-tend pas de très nombreux autres arrêts. À dire vrai, le juge fait même souvent fi de l'aptitude à la preuve.

---

<sup>689</sup> En ce sens, v. encore Cass. com., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.416 (inédit) : le banquier doit établir qu'il a bien mis en garde son client contre les risques du régime fiscal retenu au moment de conclure un contrat de gestion de patrimoine.

<sup>690</sup> Sur cette *probatio diabolica*, v. not. H. BARBIER, *Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique*, R.L.D.C., mai 2010, suppl. au n° 71, pp. 5 et ss. ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2010, n° 439, pp. 500 et ss., spéc. p. 500 (en droit de la propriété).

<sup>691</sup> Sur la preuve du fait négatif, v. J. LARGUIER, *La preuve d'un fait négatif*, R.T.D. civ., 1953, pp. 1 et ss.

<sup>692</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 novembre 2007, Bull. civ. I, n° 375 ; D. 2008, pan., p. 2821, note J.-D. BRETZNER ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 96, note V. AVENA-ROBARDET.

<sup>693</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. soc., 13 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 547 ; R.T.D. civ., 1991, p. 534, obs. J. MESTRE.

Tout d'abord, dans un arrêt du 2 juillet 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que la banque n'avait pas à établir la réception de l'information annuelle par la caution<sup>694</sup>. En l'occurrence, une banque avait consenti un prêt à une société en vue de l'acquisition du droit au bail d'un local commercial ; il devait être garanti par le nantissement de ce droit au bail, dont des époux s'étaient rendus cautions solidaires. Toutefois, comme le prêt a cessé d'être remboursé, une autre société, à laquelle la banque avait cédé sa créance, a assigné en paiement les cautions, lesquelles ont invoqué une faute de la part du cédant. La Cour d'appel avait alors cru bon de déchoir la banque du droit aux intérêts contractuels pour violation de l'obligation d'information des cautions. En effet, elle avait estimé que la banque n'établissait pas avoir satisfait à cette obligation, en ne justifiant pas que les cautions avaient bien reçu les courriers qu'elle prétendait leur avoir adressés, faute d'en produire les accusés de réception. Or, la Haute Juridiction l'a censurée, au visa des articles 1315 du Code civil et L. 313-22 du Code monétaire et financier. Elle a énoncé « *qu'il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information qui lui a été envoyée* ». Ainsi, dans cette situation, l'aptitude à la preuve n'a pas guidé le juge, parce qu'il a exigé une preuve négative – la non-réception de l'information annuelle – de la partie au contrat placée en position d'infériorité – la caution<sup>695</sup>.

De même, dans un arrêt ultérieur du 19 novembre 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé que la banque n'avait pas à établir la réception par le tireur de l'information requise à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier avant de rejeter des chèques sans provision<sup>696</sup>. En l'espèce, une société avait été sanctionnée d'une « interdiction bancaire » après le rejet de chèques pour absence de provision. Néanmoins, estimant que la banque avait manqué à son obligation d'information préalable avant de rejeter ces chèques, elle l'a assignée en paiement de dommages-intérêts et en remboursement de divers frais. La Cour d'appel avait alors cru opportun de condamner la banque à payer diverses sommes à la société en raison de ce manquement. En effet, après avoir souligné que la banque établissait

---

<sup>694</sup> Cass. com., 2 juillet 2013, Bull. civ. IV, n° 112 ; R.T.D. civ., 2013, p. 841, obs. H. BARBIER ; D. 2013, p. 2255, note L. BOUGEROL-PRUD'HOMME ; R.D. banc. et fin. 2013, comm. n° 156, note A. CERLES ; R.L.D.C., octobre 2013, n° 108, p. 32, note Ch. GIJSBERS ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. com., 3 février 2009, pourvoi n° 07-19.423 (inédit) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 octobre 2002, Bull. civ. I, n° 225 ; D. 2002, p. 3011 ; Cass. com., 17 octobre 2000, Bull. civ. IV, n° 154 ; D. 2001, p. 698, obs. L. AYNÈS.

<sup>695</sup> Toutefois, il est aussi possible de penser que la preuve de l'absence de réception est plus facile que celle de la réception effective !

<sup>696</sup> Cass. com., 19 novembre 2013, Bull. civ. IV, n° 166 ; D. 2013, Act. Jurispr., p. 2764, note X. DELPECH.

avoir rédigé et adressé à la société, avant le rejet de chacun des chèques litigieux, une lettre intitulée « information préalable avant rejet du chèque », elle a retenu qu'elle ne démontrait pas que la société avait bien reçu ces courriers. Or, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier et de l'article 1315 du Code civil. Elle a énoncé « *qu'il incombe seulement à l'établissement de crédit de prouver, lorsqu'il délivre par courrier l'information requise par l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, qu'il l'a adressée au tireur avant le rejet du chèque en cause* ». Ainsi, dans une situation très similaire à la précédente, l'aptitude à la preuve n'a là encore pas guidé le juge, parce qu'il a exigé une preuve négative – la non-réception de l'information imposée par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier – de la partie au contrat placée en position d'infériorité – le tireur.

Finalement, dans un arrêt du 27 juin 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que le prêteur n'avait pas à prouver la remise des fonds pour obtenir leur restitution<sup>697</sup>. En l'occurrence, suivant une offre préalable acceptée le 26 novembre 1999, la C.A.F. de Lille avait consenti à un particulier un prêt d'un montant de 4 000 francs. Puis, elle l'avait assigné en paiement du solde de ce prêt. Ainsi, comme la C.A.F. de Lille demandait la restitution des fonds, la solution ne posait a priori aucune difficulté : d'une part, il paraissait essentiel d'exiger la preuve de la remise des fonds, parce que l'exécution d'une obligation de restitution était sollicitée ; d'autre part, il semblait préférable d'imposer une telle preuve à la C.A.F. de Lille (positive), plutôt que celle de la non remise des fonds au particulier (négative), au regard de l'aptitude à la preuve. D'ailleurs, c'est ce que le Tribunal des affaires de sécurité sociale avait vraisemblablement pensé pour rejeter la demande de la C.A.F. de Lille. En effet, après avoir relevé que le particulier avait accepté l'offre préalable de crédit qui lui avait été présentée, il avait retenu que les éléments produits ne démontraient pas que le montant du prêt avait été effectivement remis à l'emprunteur. Pourtant, la Haute Juridiction l'a censuré, au visa de l'article 1315 du Code civil. Elle a considéré que « *le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel, de sorte que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit établi l'accord de volontés* ». Ainsi, dans cette décision, l'aptitude à la preuve n'a absolument pas emporté la conviction du juge.

Toutefois, ultérieurement, dans un arrêt du 14 janvier 2010, la Cour de cassation est revenue sur cette position. Elle a jugé « *que si le prêt consenti par un professionnel du crédit*

---

<sup>697</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 juin 2006, pourvoi n° 05-16.905 (inédit) ; C.C.C., 2006, comm. n° 221, note L. LEVENEUR.

*est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds* »<sup>698</sup>. Autrement dit, le juge a admis que la preuve de la remise effective des fonds devait être rapportée pour obtenir leur restitution et exigé que le prêteur la fournisse, non l'emprunteur, peut-être en partie guidé par l'aptitude à la preuve, car la solution semble essentiellement découler de la nature du prêt.

Aussi l'examen de la jurisprudence met-il sans conteste en exergue que l'aptitude à la preuve ne fournit pas un principe général de solution.

D'ailleurs, dans certaines situations, l'aptitude à la preuve n'est même d'aucune aide, parce qu'elle ne fournit aucune indication au juge ! Le contrat de dépôt en offre un exemple. En effet, dans le cadre du contrat de dépôt, le contentieux se noue surtout au moment de la restitution des choses : soit qu'elles sont endommagées, soit qu'elles ne sont pas identiques à celles qui ont été déposées.

Ainsi, dans la première hypothèse, au regard de l'aptitude à la preuve, le dépositaire devrait établir que sa conduite n'est pas à l'origine de la détérioration des choses déposées ; P. ESMEIN l'explique bien : « *s'agissant de son activité, c'est lui qui est le mieux placé pour la faire connaître* »<sup>699</sup>. D'ailleurs, la première chambre civile de la Cour de cassation a recouru à cette solution dans un arrêt du 22 mai 2008<sup>700</sup>.

Toutefois, dans la seconde hypothèse, le dépositaire pourrait prouver que les choses restituées sont identiques à celles qui ont été déposées, tout comme le déposant établir que les choses ne sont pas identiques à celles qui ont été déposées... En effet, en vue de prouver que les choses restituées sont identiques à celles qui ont été déposées ou ne le sont pas, l'un et l'autre peuvent se préconstituer une preuve en dressant un inventaire. Ainsi, confrontée à pareille difficulté dans un arrêt du 26 septembre 2012, la première chambre civile de la Cour

---

<sup>698</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 2010, Bull. civ. I, n° 6 ; D. 2010, p. 620, note J. FRANÇOIS ; D. 2010, p. 2097, note Cl. CRETON ; D. 2010, pan., p. 2677, note I. GELBARD-LE DAUPHIN ; R.D. imm., 2010, p. 203, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; Gaz. Pal. 4-8 avril 2010, p. 1033, note D. HOUTCIEFF ; Gaz. Pal. 5 et 6 mars 2010, p. 900, note B. BURY ; J.C.P. (E), 2010, 1496, n° 9, note R. ROUTIER ; J.C.P. (G), 2010, 380, note N. DISSAUX ; J.C.P. (G), 2010, 516, n° 17, obs. Y.-M. SERINET.

<sup>699</sup> P. ESMEIN, *art. préc.*, n° 12, pp. 647 et ss., spéc. p. 649.

<sup>700</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2008, Bull. civ. I, n° 143 ; C.C.C., 2008, comm. n° 223, note L. LEVENEUR ; R.T.D. com., 2009, p. 201, obs. B. BOULOC ; Defrénois 2008, art. 38838, n° 2, p. 1953, note R. LIBCHABER ; R.D.C., décembre 2008, n° 4, p. 1271, obs. P. PUIG ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 1550, note X. DELPECH.

de cassation a considéré qu'il incombe au déposant de démontrer que les choses qui lui ont été restituées ne sont pas identiques à celles qu'il avait déposées<sup>701</sup>. Pour autant, la solution contraire était tout aussi concevable au regard de l'aptitude à la preuve. Aussi l'aptitude à la preuve est-elle insatisfaisante, puisqu'elle peut offrir deux solutions, qui plus est opposées.

De surcroît, traiter le doute en jugeant que la charge de la preuve incombe à la partie qui était la plus apte à prouver tel ou tel fait se révèle paradoxal, parce que la preuve n'a par définition pas été faite.

À dire vrai, cette critique avait déjà été formulée par J. CHEVALIER. En effet, dans son célèbre cours consacré à la charge de la preuve, il soulignait le paradoxe qui consistait à faire succomber la partie qui était censée prouver avec le plus d'aisance alors que, par hypothèse, la preuve n'avait pas pu être rapportée<sup>702</sup>.

Néanmoins, à bien y réfléchir, cette dernière critique doit clairement être relativisée. En effet, comme l'explique J. DEVÈZE dans sa thèse, il n'y a de paradoxe à faire succomber la partie qui était la plus apte à prouver que dans l'hypothèse où l'insuffisance des éléments de preuve ne lui est pas imputable<sup>703</sup>. Or, cette hypothèse paraît rare, car la partie la plus apte à prouver tel ou tel fait a souvent négligé de se ménager une preuve<sup>704</sup>. Lui attribuer la charge de la preuve est alors une sanction.

En conclusion, l'approche doctrinale minoritaire qui commande de traiter le doute en attribuant la charge de la preuve à la partie qui était la plus apte à prouver le fait litigieux ne convainc pas. En effet, l'aptitude à la preuve est une notion bien trop imprécise pour fournir un principe général de solution. À bien y réfléchir, la doctrine semble même lui octroyer une fonction plus modeste en la combinant à d'autres principes<sup>705</sup>. D'ailleurs, à elle seule, elle ne permet pas de régler toutes les problématiques afférentes à la charge de la preuve.

---

<sup>701</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 septembre 2012, Bull. civ. I, n° 177 ; R.T.D. civ., 2013, p. 137, obs. P.-Y. GAUTIER ; D. 2012, pan., p. 2829, note Ph. DELEBECQUE ; C.C.C., 2012, comm. n° 272, note L. LEVENEUR.

<sup>702</sup> En ce sens, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 240.

<sup>703</sup> J. DEVÈZE, *th. préc.*, n° 418, pp. 555 et ss., spéc. p. 556.

<sup>704</sup> J. DEVÈZE, *th. préc.*, n° 418, pp. 555 et ss., spéc. p. 556.

<sup>705</sup> En ce sens, v. N. HOFFSCHIR, *th. préc.*, n° 245 et ss., pp. 313 et ss. Cep., l'aptitude à la preuve est parfois très clairement perceptible en droit français, particulièrement en droit du travail, et connaît un vif succès aux Pays-Bas, en Espagne et en Amérique Latine, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 256, pp. 852 et ss., spéc. pp. 855 et ss. ; É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 203 et ss., pp. 205 et ss., spéc. pp. 206 et ss.

À l'analyse, si l'idée de traiter le doute en détectant une règle générale pour attribuer la charge de la preuve ne convainc pas totalement, bien plus séduisante est celle de le traiter en interprétant les règles de droit applicables au litige, c'est-à-dire en renonçant à tracer des principes fermes avec précision.

## § II : L'existence d'une solution issue de l'interprétation des règles de droit

**131.** Selon une seconde approche doctrinale, plus récente, il n'existe pas de règle générale pour attribuer la charge de la preuve et, partant, traiter le doute. En effet, le doute doit être traité par le juge en interprétant les règles de droit qui sont applicables à chaque litige. Cette approche a été proposée par J. CHEVALIER (A), puis perfectionnée par J.-Fr. CESARO (B).

### A) Les travaux précurseurs de J. CHEVALIER

**132. La détermination d'une présomption antejudiciaire.** Selon J. CHEVALIER, le doute est traité par le juge en identifiant une présomption antejudiciaire.

En effet, dans chaque litige et quel que soit le fait à prouver, le juge doit déterminer, préalablement à toute preuve, une « *présomption antejudiciaire* », c'est-à-dire un préjugé en faveur de l'une des propositions contraires des parties qu'il lui appartiendra de consacrer en cas de doute : « *Entre les deux propositions contraires relativement au fait à prouver, elle indique a priori celle qui devra être prouvée de telle manière que l'autre sera retenue comme motif de décision si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante [...]* »<sup>706</sup>.

**133. Le mérite de cette théorie.** La théorie de J. CHEVALIER apparaît alors très séduisante, car elle permet au juge de déterminer la partie qui doit prouver et perdre le procès sans être influencé par les éléments de preuve à sa disposition. En effet, cette opération intellectuelle est très clairement séparée de celle qui consiste à apprécier les preuves, puisque le juge doit découvrir, objectivement et préalablement à toute preuve, le préjugé en faveur de l'une des propositions contraires des parties qu'il devra retenir en cas de doute.

**134. La faiblesse de cette théorie.** Pour autant, la théorie de J. CHEVALIER est incomplète, car elle ne propose pas de méthode pour identifier une présomption antejudiciaire. En effet,

---

<sup>706</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 219.

refusant de construire une théorie de plus, J. CHEVALIER fournit seulement des exemples de solutions positives, légales ou jurisprudentielles.

Ainsi, la présomption antejudiciaire peut être donnée par un texte. C'est le cas, parmi d'autres, des anciens articles 1202 et 1187 du Code civil – qui correspondent dorénavant aux articles 1310 et 1305-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>707</sup>. Malheureusement, une telle hypothèse est rare. La présomption antejudiciaire peut alors être déduite de dispositions légales organisant la distribution du fardeau de la preuve dans une hypothèse voisine<sup>708</sup> ou recherchée dans les règles de fond applicables au litige<sup>709</sup>.

Par exemple, J. CHEVALIER perçoit une présomption antejudiciaire dans l'article 1116 du Code civil<sup>710</sup>. Puisqu'« *Il [le dol] ne se présume pas et doit être prouvé* », il soutient que ce texte organise la preuve des autres vices du consentement. La partie qui invoque la violence ou l'erreur doit dès lors en faire la preuve et succomber en cas de doute, quoiqu'aucun texte ne le dise<sup>711</sup>. De même, J. CHEVALIER détecte une présomption antejudiciaire dans les règles de droit substantiel relatives à la propriété immobilière<sup>712</sup>. Puisque la propriété est « *un droit absolu, c'est-à-dire que par lui-même il ne comporte pas de restrictions au pouvoir de retirer de la chose les utilités dont elle est susceptible* », il estime que les éventuelles restrictions qui lui sont apportées doivent être jugées comme dérogoires<sup>713</sup>. La partie qui s'en prévaut doit donc en rapporter la preuve et succomber en cas de doute<sup>714</sup>.

D'ailleurs, refuser au juge le pouvoir de créer une présomption antejudiciaire serait le contraindre au déni de justice. « *Le droit est continu, il embrasse toute la réalité sociale, pour toute situation il fournit une règle. Il peut y avoir des lacunes dans les textes, il n'y a pas de lacune dans le droit* »<sup>715</sup>.

---

<sup>707</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 219 et ss., spéc. p. 219.

<sup>708</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 249 et ss.

<sup>709</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 275 et ss.

<sup>710</sup> Ce texte a été supprimé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>711</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 252 et ss.

<sup>712</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 275.

<sup>713</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 280.

<sup>714</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 281.

<sup>715</sup> J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 224.

En conclusion, la théorie de J. CHEVALIER mérite une large approbation. En effet, elle ne présente pas de défauts majeurs susceptibles de prêter à une critique radicale. Toutefois, l'absence de méthode pour identifier cette présomption antejudiciaire apparaît regrettable.

La théorie de J.-Fr. CESARO, inspirée en partie de celle proposée par J. CHEVALIER, est alors plus séduisante, car plus complète et méthodique.

## **B) Les travaux fondateurs de J.-Fr. CESARO**

**135. La recherche d'une présupposition légale.** Selon J.-Fr. CESARO, le doute est traité par le juge en détectant une présupposition légale, c'est-à-dire en percevant une hypothèse qu'il doit privilégier dans cette situation : l'existence ou l'inexistence d'un fait<sup>716</sup>.

Deux cas de figure sont alors concevables : soit le législateur énonce cette hypothèse, plus ou moins nettement, soit il ne l'énonce pas.

**136. La méthode pour discerner une présupposition légale.** Ainsi, dans un premier temps, le juge doit tenter de retrouver l'intention du législateur en analysant les textes.

À cette occasion, la lettre et la structure des textes sont dès lors des indices précieux à la disposition du juge pour distinguer l'hypothèse qu'il doit privilégier en cas de doute dans son esprit<sup>717</sup>. Par exemple, J.-Fr. CESARO affirme que l'intention du législateur apparaît assez clairement lorsque celui-ci utilise « *un terme imposant une conviction positive pour accorder un effet déterminé* »<sup>718</sup>. Tel est le cas du mot « *prouver* » dans l'article 1315 du Code civil (qui est devenu l'article 1353) : en prévoyant que « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* », le législateur signale au juge qu'il doit reconnaître l'absence d'obligation en cas de doute<sup>719</sup>. De même, il expose que l'intention du législateur peut souvent être déduite de la manière dont celui-ci formule la règle<sup>720</sup>. En effet, la formule choisie peut permettre de tenir pour acquise la formule inverse en cas de doute<sup>721</sup>. Tel est le cas de celle adoptée dans l'ancien article 1382 du Code civil (qui est devenu l'article 1240) : en préférant expressément une formule positive à une formule négative – « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause*

---

<sup>716</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 180, pp. 223 et ss., spéc. p. 223.

<sup>717</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 183 et ss., pp. 225 et ss.

<sup>718</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 183, pp. 225 et ss., spéc. p. 225.

<sup>719</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 183, pp. 225 et ss., spéc. p. 225.

<sup>720</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 184, p. 227.

<sup>721</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 185, pp. 227 et ss., spéc. p. 227.

à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », le législateur indique au juge qu'il doit admettre l'absence de faute, l'absence de préjudice et l'absence de lien de causalité comme acquis en cas de doute<sup>722</sup>.

Puis, dans un second temps, si l'hypothèse que le législateur souhaite privilégier reste floue ou fait cruellement défaut, le juge doit découvrir ou imaginer son intention en mettant en œuvre une forme de « libre recherche scientifique ».

Ainsi, il peut naturellement se tourner vers les travaux préparatoires<sup>723</sup> et interpréter les règles de droit, en raisonnant par exemple par analogie<sup>724</sup>.

En outre, il peut s'aider de nombreux arguments interprétatifs, propres aux questions de preuve<sup>725</sup>. Tel est le cas de l'idée de normalité<sup>726</sup> ou de situation acquise<sup>727</sup>, de l'équité<sup>728</sup>, de l'aptitude à la preuve<sup>729</sup> ou de la découverte de la vérité<sup>730</sup>.

Par exemple, les conséquences du doute doivent être supportées par celui qui estime avoir une servitude, car la situation normale est le droit absolu du propriétaire et la situation anormale tout droit concurrent<sup>731</sup>, ou par celui qui était censé détenir un élément de preuve et ne l'a pas produit lors du procès, car il a été négligent<sup>732</sup>. À l'inverse, le doute doit profiter à celui qui invoque la possession, parce que cette situation est une situation acquise<sup>733</sup>.

Enfin, le juge peut tenir compte de bien d'autres considérations, comme la protection de l'enfance et des victimes, la paix des familles, la sécurité juridique ou encore le respect de la vie privée<sup>734</sup>.

**137. Les vertus de cette théorie.** La théorie de J.-Fr. CESARO paraît alors satisfaisante. Elle ne présente à son tour pas de réelles faiblesses.

---

<sup>722</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 185, pp. 227 et ss., spéc. p. 227.

<sup>723</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 189, pp. 230 et ss., spéc. p. 230.

<sup>724</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 189, pp. 230 et ss., spéc. p. 231.

<sup>725</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 190, pp. 231 et ss.

<sup>726</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 191, p. 232.

<sup>727</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 192, p. 233.

<sup>728</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 193, pp. 233 et ss.

<sup>729</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 194, pp. 235 et ss., spéc. p. 235.

<sup>730</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 194, pp. 235 et ss., spéc. p. 236.

<sup>731</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 191, p. 232.

<sup>732</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 194, pp. 235 et ss., spéc. p. 235.

<sup>733</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 192, p. 233.

<sup>734</sup> J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 195, p. 236.

D'une part, à l'instar de la théorie partiellement construite par J. CHEVALIER, elle met en exergue le travail interprétatif du juge, notamment en l'absence d'indications textuelles à sa disposition. D'ailleurs, le rapport 2012 de la Cour de cassation consacré à la preuve insiste fortement sur le travail interprétatif que doit fournir le juge : « *Il relève de l'office du juge (...) de conduire un travail interprétatif consistant à se demander sur quelle partie le législateur aurait souhaité faire reposer le fardeau probatoire* »<sup>735</sup>.

D'autre part, lorsque l'hypothèse que le législateur souhaite privilégier reste floue ou fait cruellement défaut, elle invite le juge à mettre en œuvre une forme de « libre recherche scientifique ». Or, celle-ci paraît très opportune. En effet, elle permet non seulement au juge de découvrir très rigoureusement l'intention du législateur, voire de l'inventer, mais aussi de tenir compte des enjeux politiques, sociaux, moraux ou économiques lors de l'interprétation de la règle de droit applicable au litige. Le choix du juge est dès lors plus casuistique, mais en rien arbitraire. Autrement dit, il n'est pas une œuvre de magie !

D'ailleurs, la théorie de J.-Fr. CESARO peut expliquer toutes les solutions retenues par le droit positif et, notamment, leur variation. En effet, à titre d'illustrations, elle peut justifier que la normalité ou l'aptitude à la preuve sous-tendent maints arrêts de la Haute Juridiction, mais pas tous<sup>736</sup>.

En conclusion, l'approche doctrinale qui préconise de traiter le doute en interprétant les règles de droit applicables au litige doit être vivement saluée.

De surcroît, elle fournit des enseignements très précieux. D'une part, elle montre que les solutions retenues en cas de doute par le juge sont difficiles à prévoir pour les justiciables en l'absence d'indications fournies par un texte. D'autre part, elle révèle que le juge traite le doute de façon non ostensible, à moins qu'il ne dispose d'un texte l'autorisant expressément à en faire état dans sa décision, comme par exemple l'article L. 1235-1 du Code du travail en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, aux termes duquel « *Si un doute subsiste, il profite au salarié* »<sup>737</sup>. En effet, en l'absence d'un texte de cette nature, le juge doit avoir une conviction. L'absence de conviction justifierait une censure de sa décision ; la prohibition des

---

<sup>735</sup> Rapport 2012 de la Cour de cassation sur la preuve, p. 170.

<sup>736</sup> V. *supra* n° 123 et 124 ainsi que n° 130

<sup>737</sup> En ce sens, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 202, p. 239.

motifs dubitatifs trouverait à s'appliquer<sup>738</sup>. En décelant une « présupposition légale » en cas de doute, c'est-à-dire en privilégiant une hypothèse – l'existence d'un fait ou l'inexistence de ce fait – dans cette situation, le juge le traite alors de façon occulte, parce qu'il reproche à la partie défavorisée par la présupposition légale de ne pas avoir rapporté la preuve contraire à celle-ci. Par exemple, si l'existence d'un fait est présupposée, le juge considère que la preuve contraire doit être rapportée (soit celle de son inexistence) et qu'à défaut d'une telle preuve, la partie qui devait la fournir doit succomber au procès. En d'autres termes, lorsque le doute persiste, tout se passe comme si la partie succombait parce qu'elle n'avait pas satisfait à une charge lui incombant<sup>739</sup>.

---

<sup>738</sup> En ce sens, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 181, pp. 224 et ss., spéc. p. 224.

<sup>739</sup> En ce sens, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 197, pp. 236 et ss., spéc. p. 237.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**138. Le traitement aisé du doute.** En présence d'une indication textuelle, le traitement du doute ne pose pas de difficulté majeure au juge. Il doit simplement se référer au choix opéré par le législateur, qui peut être formulé de façon implicite ou explicite.

**139. Le traitement délicat du doute.** Cependant, en l'absence d'une indication textuelle, il s'avère plus délicat pour le juge. En effet, il n'existe pas de solution de portée générale pour désigner la partie qui doit succomber au procès. Le juge doit semble-t-il interpréter les règles de droit applicables au litige pour détecter une solution. Aussi le traitement du doute est-il a priori casuistique et difficile à prévoir pour les parties.

Pour autant, à la réflexion, le traitement du doute semble cohérent, tant en présence d'un texte qu'en l'absence d'un texte, au regard des objectifs qui sont poursuivis à la fois par le législateur et le juge.

En effet, le traitement du doute ne doit manifestement pas être appréhendé sous un angle strictement technique. Il doit encore l'être sous un angle téléologique, en analysant les finalités qu'il vise à atteindre non seulement pour le législateur, mais aussi pour le juge.

## **CHAPITRE II : LE FONDEMENT TÉLÉOLOGIQUE**

**140.** Au regard des textes et des solutions retenues en droit positif, le traitement du doute est vraisemblablement organisé par le législateur et le juge pour remplir des objectifs précis. En effet, à l'analyse des dispositions légales propres à la preuve et des nombreuses décisions rendues par les juridictions, le doute semble traité en poursuivant plusieurs finalités, comme la protection de personnes placées en position d'infériorité ou l'incitation d'une partie à agir en justice. Avec les limites que comporte incontestablement toute tentative de classification, ces nombreuses finalités paraissent alors être de deux natures bien différentes, quoique très complémentaires. Certaines sont de nature substantielle, d'autres de nature processuelle. Le traitement du doute est donc organisé par le législateur et le juge pour mettre en œuvre une politique juridique de nature tant substantielle (Section I) que processuelle (Section II).

### **SECTION I : LE TRAITEMENT DU DOUTE AU SERVICE D'UNE POLITIQUE SUBSTANTIELLE**

**141.** Sur le terrain substantiel, en se livrant à un examen précis des textes et des solutions positives concernant la preuve, le traitement du doute est incontestablement organisé par le législateur et le juge pour atteindre deux objectifs : le premier est la défense d'une personne faible (le consommateur ou le salarié) ou d'une valeur (le marché), alors que le deuxième est l'encouragement d'une partie à se comporter d'une manière plutôt qu'une autre. Autrement dit, le traitement du doute est organisé autour des objectifs de protection (§ I) et d'incitation (§ II).

#### **§ I : La finalité protectrice du traitement du doute**

**142.** Sur le terrain substantiel, le traitement du doute est indiscutablement organisé par le législateur et le juge autour de l'idée de protection<sup>740</sup>. En effet, l'un et l'autre défendent sans conteste des contractants qu'ils estiment en position de faiblesse, comme le consommateur, ou des principes qu'ils considèrent essentiels à l'organisation de la société, comme la liberté de la concurrence. Ainsi, le traitement du doute est organisé par le législateur et le juge pour protéger non seulement des personnes (A), mais également des valeurs (B).

---

<sup>740</sup> Sur l'idée que la protection explique parfois les solutions retenues par le législateur et le juge, v. M. MEKKI, *art. préc.*, pp. 697 et ss. ; Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *ibid.*, n° 215, pp. 185 et ss., spéc. p. 186 ; L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 256, pp. 852 et ss., spéc. p. 854.

## **A) La protection de personnes**

**143.** À l'analyse, l'idée de protection irrigue fortement le traitement du doute : d'une part, elle est perceptible dans de très nombreux textes réglementant la preuve ; d'autre part, elle semble souvent orienter le juge en l'absence de textes régissant la preuve dans une situation spécifique. Ainsi, le traitement du doute est organisé en assurant la protection de personnes tant par le législateur (1) que par le juge (2).

### **1) La protection légale de personnes**

**144. La protection des personnes considérées comme faibles.** Tout d'abord, le traitement du doute est manifestement organisé par le législateur de façon à protéger une catégorie de personnes placées en position d'infériorité.

**145. La protection du salarié.** En droit du travail, la protection du salarié explique de façon incontestable les solutions formulées par le législateur et mises en œuvre par le juge.

Ainsi, elle justifie qu'il endosse uniquement la charge de l'allégation vraisemblable en cas de discriminations (article L. 1134-1 du Code du travail), de harcèlement moral ou sexuel (article L. 1154-1), d'égalité professionnelle hommes-femmes (article L. 1144-1) ou d'égalité de rémunération hommes-femmes (article L. 3221-8). En outre, elle justifie qu'il doit profiter du doute subsistant en cas de sanction disciplinaire (article L. 1333-1 du Code du travail), de licenciement sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-1) ou d'embauche, de mutation et de licenciement d'une femme enceinte (article L. 1225-3).

En somme, dans le contrat de travail, la situation socio-professionnelle du salarié, soit la situation de subordination juridique vis-à-vis de son employeur, explique que le législateur organise le traitement du doute en le protégeant.

**146. La protection de la partie la plus faible.** De même, dans des matières autres que le droit du travail, la protection de la partie faible justifie clairement les solutions énoncées par le législateur et appliquées par le juge.

Par exemple, la protection du locataire explique que le bailleur supporte la charge de la preuve de la réception de la chose louée en bon état de réparations locatives dès lors qu'il n'a pas été fait d'état des lieux (article 1731 du Code civil). De plus, la protection du débiteur

ou celle du consommateur explique que les conséquences du doute subsistant dans l'esprit du juge soient assumées non seulement par le créancier en cas d'interprétation d'un contrat conclu de gré à gré (article 1190 du Code civil), mais également par le professionnel en cas d'interprétation d'une clause dans les contrats qu'il propose (article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation)<sup>741</sup>.

En somme, dans ces contrats, le locataire, le débiteur ou le consommateur se trouve dans une position de faiblesse par rapport au bailleur, au créancier ou au professionnel. Leur situation d'infériorité, liée à la nature même des contrats, justifie dès lors que le législateur organise le traitement du doute en les protégeant.

Si l'idée de protection explique souvent les solutions formulées par le législateur pour traiter le doute, elle peut aussi expliquer celles reconnues par le juge en l'absence d'un texte précis dans une situation donnée.

## **2) La protection judiciaire de personnes**

**147. La protection irréfutable des personnes considérées comme faibles.** En l'absence de textes sur la preuve dans une situation donnée, le traitement du doute est aussi organisé par le juge de façon à protéger une catégorie de personnes placées en position d'infériorité.

En droit du travail, la protection du salarié explique d'une façon évidente les choix du juge d'attribuer à l'employeur la charge de prouver le bien-fondé de la majeure partie de ses décisions. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 février 1999 en fournit une illustration<sup>742</sup>. En l'espèce, un salarié avait formé une demande tendant au paiement du salaire. Le Conseil de prud'hommes l'avait alors débouté de sa demande, en considérant que le bulletin de paie faisait présumer ce paiement. Or, la Cour de cassation a cassé et annulé le jugement, au visa des articles 1315 du Code civil et L. 143-4 du Code du travail. Tout d'abord, elle a estimé qu'il résultait de la combinaison de ces textes que, nonobstant la délivrance de la fiche de paie, l'employeur devait démontrer le paiement du salaire. Puis, elle a appliqué ce principe et affirmé que l'employeur ne justifiait pas, notamment par la production de pièces

---

<sup>741</sup> D'ailleurs, l'art. 1190 du C. civ. est à rapprocher de l'art. L. 211-1 al. 2 du C. consom., puisque celui-ci énonce parallèlement que « *Dans le doute, [...] le contrat d'adhésion (s'interprète) contre celui qui l'a proposé* ».

<sup>742</sup> Cass. soc., 2 février 1999, Bull. civ. V, n° 48 ; D. 1999, I.R., p. 78 ; Dr. soc., 1999, p. 255, concl. P. LYON-CAEN ; *adde*, dans le même sens, Cass. soc., 16 février 1999, Bull. civ. V, n° 73 ; Dr. soc., 1999, p. 411, obs. Ch. RADÉ ; D. 1999, I.R., p. 84 ; Cass. soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-17.416 (inédit).

comptables, du paiement du salaire. Autrement dit, l'employeur doit prouver le paiement du salaire que la remise de la fiche de paie au salarié ne fait pas présumer. Dans cette situation, le juge organise dès lors le traitement du doute en protégeant le salarié. C'est à l'employeur de prouver le paiement du salaire et de perdre le procès en cas de doute subsistant dans son esprit.

D'ailleurs, la volonté de protéger le salarié paraît extrêmement forte, voire excessive, car l'employeur doit quasi-systématiquement démontrer le bien-fondé de ses décisions alors même que le salarié a la possibilité de prouver un fait litigieux de manière déloyale<sup>743</sup> ! Cette remarque avait déjà été formulée par M. MEKKI : « [...] *l'infériorité sonne parfois comme une pétition de principe lorsque l'on sait qu'une preuve déloyale, voire illégale, n'en est pas moins recevable lorsqu'elle provient d'un salarié et que cette preuve est nécessaire à la défense de ses droits* »<sup>744</sup>.

De même, en dehors du droit du travail, la protection du plus faible explique souvent les choix du juge d'attribuer la charge de la preuve à l'une des parties plutôt qu'à l'autre. Les exemples sont légion.

Tout d'abord, dans un arrêt du 30 novembre 2006, la Cour d'appel de Paris a souligné que l'acheteur devait prouver le consentement du vendeur à une promesse synallagmatique de vente dès lors que celui-ci ne pratiquait pas le français écrit<sup>745</sup>.

En l'espèce, par acte sous seing privé en date du 11 mai 2002, Marcos Palomo Garcia avait conclu au profit de Michèle Feferman une promesse synallagmatique de vente portant sur une chambre de 13 mètres carrés, qui constituait son domicile, et une cave. Cette vente devait être réitérée devant notaire au plus tard le 5 août 2002. Néanmoins, par lettre du 28 novembre 2002, le vendeur a informé l'acheteur qu'il ne souhaitait plus céder son bien. Puis, par lettre recommandée avec accusé de réception du 16 décembre 2002, l'acheteur lui a fait savoir qu'il n'avait pas l'intention de renoncer à l'achat de son bien et que cette vente devait être réitérée devant notaire. Par jugement en date du 24 janvier 2005, le tribunal de grande

---

<sup>743</sup> V. *supra* n° 71.

<sup>744</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, p. 698. Sur la preuve en droit du travail, v. B. TEYSSIÉ, *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, dir. C. PUIGELIER, Economica, 2004, pp. 73 et ss.

<sup>745</sup> C.A. Paris, 2<sup>ème</sup> ch., sect. B, 30 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-321140 ; J.C.P. (G), 2007, II, 10069, note H. KENFACK.

instance de Paris a alors considéré que la promesse de vente était nulle. Aussi l'acheteur a-t-il interjeté appel. Il demandait au juge de dire qu'une rencontre de volonté était intervenue, que le consentement du vendeur n'avait pas été vicié et, donc, de constater que la promesse de vente valait vente. À l'inverse, le vendeur demandait de constater que son consentement faisait défaut et, dès lors, de prononcer la nullité de la promesse de vente. Or, dans un arrêt du 30 novembre 2006, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du tribunal de grande instance de Paris. Elle a estimé que la promesse de vente était nulle en relevant notamment l'absence de consentement du vendeur.

Ainsi, au regard du droit commun des contrats, la solution de la Cour d'appel de Paris est parfaitement logique : en l'absence de consentement, il n'y a pas rencontre de volonté ; le contrat ne peut dès lors pas être valablement formé. En revanche, au regard des règles de preuve, elle est plus curieuse. En effet, la signature de la promesse synallagmatique de vente par le vendeur laissait présumer qu'il avait consenti à l'acte. Il semblait donc normal d'exiger du vendeur qu'il remette en cause cette présomption, c'est-à-dire qu'il établisse qu'il n'avait pas donné son consentement à l'acte. D'ailleurs, dans un premier temps, la Cour d'appel de Paris a énoncé que le vendeur, qui soutenait ne pas avoir donné son consentement à l'acte, pouvait démontrer ce fait par tous moyens, y compris par témoins, car il ne s'agissait pas de prouver l'existence et le contenu de la promesse de vente au sens de l'article 1341 du Code civil. Pourtant, dans un second temps, elle a indiqué qu'il n'était pas établi que le vendeur ait compris la portée de l'acte qu'il signait. Autrement dit, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'il appartenait à l'acheteur de démontrer que le vendeur avait compris la portée de l'acte qu'il signait. En l'espèce, elle a très probablement été influencée par la situation intellectuelle du vendeur : il ne pratiquait pas « *le français écrit* ». Par conséquent, les circonstances de fait et l'équité peuvent justifier que le juge attribue la charge de la preuve à l'une des parties plutôt qu'à l'autre et la protège en écartant les principes probatoires les plus évidents.

Puis, dans le même esprit, dans un arrêt du 25 juin 2008, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que le bailleur devait établir la remise des clés du logement loué au locataire<sup>746</sup>.

---

<sup>746</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 juin 2008, Bull. civ. III, n° 111 ; R.D.C., janvier 2009, n° 1, p. 161, obs. J.-B. SEUBE ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 2000 ; Rev. loyers, 2008, p. 436, obs. J. RÉMY ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 563.

En l'occurrence, un appartement, propriété d'une société civile immobilière, avait été loué à un particulier. Néanmoins, après la conclusion du bail, le locataire a sollicité du juge la remise des clés, tandis que le bailleur a reconventionnellement poursuivi la résiliation du bail pour défaut de paiement de loyers. Pour rejeter la demande tendant à obtenir la remise des clés et prononcer la résiliation du bail, la Cour d'appel de Paris a alors retenu que le locataire avait manqué à son obligation essentielle de payer son loyer et à son engagement de mettre en œuvre les travaux dans les lieux loués, qu'il ne pouvait apporter la preuve de l'absence de remise des clés des lieux loués, alors même qu'il avait reconnu devant le juge disposer d'une clé et qu'il avait exécuté le contrat en réglant un dépôt de garantie et deux mois de loyer, et que la constatation par un huissier de justice que la clé détenue ouvrait la porte d'entrée de l'immeuble collectif ne pouvait suffire à rapporter la preuve de l'absence de remise des clés de cet appartement par le bailleur. Or, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa des articles 1719-1° et 1315 alinéa 2 du Code civil. En effet, elle a énoncé « *que le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée* », et rappelé « *que celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a procédé à l'extinction de son obligation* ». Aussi a-t-elle jugé « *qu'il appartient au bailleur, tenu de délivrer la chose louée, de prouver qu'il s'est libéré de son obligation, en remettant les clés au locataire* ».

Ainsi, au regard des règles de preuve, la solution de la Haute Juridiction peut une fois encore surprendre. En l'espèce, le locataire faisait valoir qu'il n'avait pas reçu du bailleur les clés d'accès au logement loué. Il paraissait alors normal d'exiger du locataire qu'il démontre cette absence de remise des clés, c'est-à-dire l'inexécution de l'obligation de délivrance par le bailleur. D'ailleurs, la Cour d'appel de Paris avait manifestement retenu cette solution. Or, la Cour de cassation a estimé qu'il incombait au bailleur de prouver qu'il s'était libéré de son obligation de délivrance en remettant les clés du logement loué au locataire. Autrement dit, elle a jugé que le bailleur devait établir qu'il avait bien exécuté son obligation de délivrance. En définitive, dans une telle situation ou d'autres similaires, comme la délivrance partielle, la Cour de cassation est assurément influencée par la situation du locataire : dans le contrat de bail, le locataire est placé dans une position de faiblesse par rapport au bailleur. D'ailleurs, le défaut de paiement de loyers par le locataire ne dispense aucunement le bailleur de prouver qu'il a bien exécuté son obligation de délivrance. En effet, à titre reconventionnel, le bailleur

poursuivait la résolution du contrat pour défaut de paiement de loyers. Il était alors possible de considérer que le bailleur était libéré de son obligation de délivrance. Néanmoins, la Cour de cassation a admis que le bailleur devait démontrer qu'il avait délivré les clés sans pouvoir opposer le défaut de paiement des loyers. Pour autant, la solution retenue est parfaitement justifiée. Plusieurs explications peuvent être fournies : d'une part, le défaut de paiement des loyers ne produit pas, en lui-même, l'extinction de l'obligation de délivrance ; d'autre part, il existe un ordre dans l'exécution des obligations de délivrance et de paiement. En effet, dans un arrêt du 28 juin 2006, la Cour de cassation a admis que le défaut de paiement du premier loyer et du dépôt de garantie par le locataire ne déchargeait pas le bailleur de son obligation de délivrance<sup>747</sup>. Par conséquent, les circonstances de fait et l'équité peuvent régulièrement justifier que le juge attribue la charge de la preuve à l'une des parties plutôt qu'à l'autre et la protège en écartant les principes probatoires les plus évidents.

Néanmoins, à la réflexion, le traitement du doute n'est pas seulement organisé par le législateur et le juge en vue de protéger une catégorie de personnes considérées en position d'infériorité. Il l'est également en vue de protéger des valeurs qui sont érigées en « *piliers de l'ordre juridique* »<sup>748</sup>.

## **B) La protection de valeurs**

**148.** Sur le terrain substantiel, le traitement du doute est indiscutablement organisé par le législateur et le juge en vue de protéger certaines valeurs. Pour autant, ces valeurs semblent protégées d'une manière plus ou moins directe. Autrement dit, la protection de valeurs peut être médiate (1) ou immédiate (2).

### **1) La protection médiate de valeurs**

**149. La protection légale d'une valeur considérée comme fondamentale.** Très souvent, le traitement du doute n'est pas seulement organisé par le législateur de façon à protéger une catégorie de personnes placées en position d'infériorité. Il l'est aussi de façon à protéger des valeurs.

---

<sup>747</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2006, Bull. civ. III, n° 161 ; D. 2007, pan., p. 904, note N. DAMAS ; D. 2006, I.R., p. 1986 ; R.T.D. civ., 2006, p. 788, obs. P.-Y. GAUTIER ; A.J.D.I., 2006, p. 731, obs. Y. ROUQUET.

<sup>748</sup> A.-B.I. CAIRE, *th. préc.*, p. 82.

Ainsi, la protection du malade peut certainement expliquer qu'il endosse uniquement la charge de l'allégation vraisemblable « *en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la [« loi Kouchner » en date du 4 mars 2002] »* (article 102)<sup>749</sup>. Cependant, la protection de l'intégrité physique peut elle aussi justifier cette solution : le droit d'obtenir la réparation du dommage causé par une atteinte à l'intégrité physique doit être préservé.

De même, la protection du consommateur peut incontestablement expliquer que les conséquences du doute subsistant dans l'esprit du juge soient assumées par le professionnel en cas d'interprétation d'une clause dans les contrats qu'il propose (article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation)<sup>750</sup>. Cependant, la protection du marché peut elle aussi justifier cette solution : la consommation doit être favorisée par un climat de confiance dans l'intérêt du marché<sup>751</sup>.

Autrement dit, le traitement du doute est très habilement organisé par le législateur : la protection immédiate de certaines personnes peut très fréquemment cacher la protection médiate de certaines valeurs.

**150. La protection judiciaire d'une valeur envisagée comme fondamentale.** D'ailleurs, en l'absence d'un texte sur la preuve dans une situation spécifique, le traitement du doute n'est encore pas uniquement organisé par le juge de façon à protéger une catégorie de personnes placées en position d'infériorité. Il l'est aussi de façon à protéger des valeurs. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 2 octobre 2007 peut l'illustrer<sup>752</sup>.

---

<sup>749</sup> De surcroît, l'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoit *in fine* que « *Le doute profite au demandeur (au malade) »*.

<sup>750</sup> V. *supra* n° 146.

<sup>751</sup> En ce sens, au sujet de l'ancien art. L. 133-2 du C. consom., v. M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1<sup>re</sup> partie)*, art. préc., p. 699. D'ailleurs, l'ancien art. L. 133-2 du C. consom. s'imposait au juge et justifiait la censure pour violation de la règle de l'interprétation en faveur du consommateur, v. par ex., en matière de contrat d'assurance, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 janvier 2003, Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2003, p. 2600, note H. CLARET ; D. 2003, Act. Jurispr., p. 693, obs. V. AVENA-ROBARDET ; R.T.D. civ., 2003, p. 292, obs. J. MESTRE & B. FAGES ; R.T.D. com., 2003, p. 559, obs. B. BOULOC ; R.D.C., octobre 2003, n° 1, p. 91, obs. M. BRUSCHI ; *adde*, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 214 ; C.C.C., 2006, comm. n° 209, note G. RAYMOND ; R.D.C., avril 2007, n° 2, p. 347, obs. D. FENOUILLET.

<sup>752</sup> Cass. com., 2 octobre 2007, Bull. civ. IV, n° 208 ; J.C.P. (G), 2008, II, 10014, note É. BAZIN ; D. 2008, p. 454, note A. BOUJEKA ; D. 2007, Act. Jurispr., p. 2604, note V. AVENA-ROBARDET ; Gaz. Pal. 2008, I, p. 320, note J. BOSSAN ; C.C.C., 2008, comm. n° 26, note G. RAYMOND ; *adde*, C.A. Paris, 8<sup>ème</sup> ch., sect. A, 4 octobre 2007, R.D. banc. et fin. 2008, comm. n° 22, obs. É. A. CAPRIOLI ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2008, Bull. civ. I, n° 91 ; R.T.D. com.,

Dans cette affaire, la cliente d'une banque avait perdu sa carte de paiement le 9 avril 2004 et fait opposition le jour suivant. Néanmoins, avant la mise en opposition, une certaine somme avait été dépensée. Ayant constaté que toutes les opérations accomplies avaient été effectuées avec contrôle du code confidentiel, la banque avait alors conclu à une négligence de la cliente et lui avait imputé la totalité des prélèvements opérés avant opposition. Aussi la cliente a-t-elle assigné la banque en restitution des sommes portées au débit de son compte devant le tribunal d'instance de Roanne, qui l'a condamnée au remboursement de la somme de 2 742,42 euros. Ce jugement du tribunal d'instance ayant été rendu en dernier ressort, la banque s'est dès lors pourvue en cassation. Elle soutenait principalement que la cliente était responsable de sa carte et qu'il lui incombait de prouver qu'elle n'avait pas commis de faute lourde. Or, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Tout d'abord, elle a admis « *qu'en cas de perte ou vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve* ». Puis, elle a ajouté « *que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute* ». En admettant que la banque était défailante dans l'établissement de la faute lourde alléguée à l'encontre de la cliente, le tribunal d'instance de Roanne n'avait donc pas inversé la charge de la preuve. Sa décision était légalement justifiée.

Ainsi, en attribuant à la banque la charge de prouver la faute lourde du titulaire d'une carte de paiement en cas de perte ou de vol, le juge semble organiser le traitement du doute d'une façon doublement protectrice. En effet, aux termes d'une première analyse, il entend probablement protéger la cliente, c'est-à-dire une personne placée en position d'infériorité, non seulement parce qu'elle est intrinsèquement moins puissante que son adversaire, mais également parce qu'elle aurait dû rapporter la preuve d'un fait négatif, celle de l'absence de faute lourde. Cependant, aux termes d'une deuxième analyse, le juge entend manifestement protéger le marché. Il sacrifie vraisemblablement les intérêts des émetteurs de carte afin de garantir à leurs utilisateurs une sécurité transactionnelle<sup>753</sup>.

Si la protection de valeurs par le législateur et le juge est le plus souvent médiate, elle peut aussi être immédiate.

---

2008, p. 607, obs. D. LEGEAIS ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 1136, obs. V. AVENA-ROBARDET ; J.C.P. (G), 2008, II, 10109, note É. BAZIN ; J.C.P. (E), 2008, 1735, note P. BOUTEILLER.

<sup>753</sup> En ce sens, v. not. É. BAZIN, note sous Cass. com., 2 octobre 2007, *préc.*

## 2) La protection immédiate de valeurs

**151. La protection légale ou judiciaire d'une valeur entendue comme fondamentale.** À la réflexion, le traitement du doute est également organisé par le législateur et le juge de façon à protéger exclusivement des valeurs.

En effet, le législateur protège fréquemment des valeurs en attribuant la charge de la preuve à l'une des parties plutôt qu'à l'autre. De très nombreuses présomptions-postulats le révèlent.

Ainsi, la protection de l'honnête homme peut justifier que la charge de la preuve soit assumée par celui qui invoque la mauvaise foi aux termes de la présomption de bonne foi de l'article 2274 du Code civil. En outre, dans le même ordre d'idées, la protection des biens des époux acquis pendant le mariage peut justifier que la charge de la preuve soit supportée par celui qui argue du caractère propre d'un bien aux termes de la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil<sup>754</sup>.

Autrement dit, en attribuant la charge de la preuve à la partie qui allègue la mauvaise foi ou le caractère propre d'un bien, le législateur consacre une certaine conception de l'être humain et de la famille : l'homme doit être a priori considéré comme bon et le contenu de la communauté doit être à l'abri des préoccupations individualistes des époux.

De même, au regard de la jurisprudence, le juge peut parfois protéger des valeurs en attribuant la charge de la preuve à l'une des parties plutôt qu'à l'autre. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 novembre 1988 en témoigne<sup>755</sup>.

Dans cette affaire, la société Axel Courrèges, prétendant qu'elle commercialisait des parfums de luxe par un réseau de distribution sélective, avait réclamé la condamnation de la société Goguet, intermédiaire non agréée, pour la vente de ses produits, particulièrement au cours de l'année 1984. Pour accueillir la demande, la Cour d'appel avait alors énoncé que la société Goguet ne rapportait pas la preuve de l'illicéité du réseau de distribution sélective de la société Axel Courrèges. En outre, pour conclure à la licéité de ce réseau, elle s'était bornée

---

<sup>754</sup> Dans le même esprit, en matière pénale, la protection des droits fondamentaux peut justifier que la partie poursuivante (c'est-à-dire le ministère public ou la partie civile) prouve la culpabilité de l'accusé aux termes de la présomption d'innocence, v. en ce sens, M. MEKKI, *Regard substantiel sur le « risque de la preuve »*. *Essai sur la notion de charge probatoire*, art. préc., p. 22.

<sup>755</sup> Cass. com., 13 décembre 1988, Bull. civ. IV, n° 344 ; D. 1989, I.R., p. 8.

à rappeler en partie les critères généraux fixés par la jurisprudence pour retenir la licéité. Or, la Cour de cassation a cassé l'arrêt, au visa de l'article 1382 du Code civil. En effet, elle a jugé que la preuve de la réalisation des conditions qu'implique la licéité du réseau de distribution sélective incombait à la société Axel Courrèges. Puis, elle a reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si, compte tenu des actions simultanées de plusieurs parfumeurs qu'elle avait relevées, les contrats de la société Axel Courrèges, appréciés dans leur ensemble, au vu du réseau et des différents parfumeurs cités, réunissaient les conditions mises à cette licéité, indispensable pour démontrer des fautes de la société Goguet.

Ainsi, alors que la partie qui conteste la licéité d'un contrat doit normalement établir l'existence d'un vice<sup>756</sup>, la protection de la liberté de la concurrence peut vraisemblablement expliquer le choix du juge d'attribuer la charge de la preuve à la partie qui allègue l'existence d'un réseau de distribution sélective licite<sup>757</sup>. En effet, en choisissant d'exiger, non pas de la société intermédiaire non agréée la preuve de l'illicéité des contrats de distribution, mais du parfumeur celle de leur licéité, le juge a manifestement privilégié la liberté de la concurrence à des contrats qui la restreindraient.

En conclusion, le traitement du doute est très souvent organisé par le législateur et le juge afin de protéger une catégorie de personnes considérées en position d'infériorité et/ou des valeurs. Cependant, la protection ne permet pas à elle seule de percevoir une cohérence globale dans le traitement du doute mis en place par le législateur et le juge. L'incitation à se comporter d'une manière plutôt qu'une autre est également un motif d'explication fréquent des choix qu'ils opèrent.

## **§ II : La finalité incitative du traitement du doute**

**152.** À l'analyse, l'idée d'incitation innervent amplement le traitement du doute : d'une part, elle est présente dans de nombreux textes réglementant la preuve ; d'autre part, elle semble souvent guider le juge en l'absence de textes propres à la preuve dans une situation donnée. Ainsi, le traitement du doute est organisé en incitant une partie à adopter un comportement plutôt qu'un autre tant par le législateur (A) que le juge (B).

---

<sup>756</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1<sup>re</sup> partie)*, art. préc., p. 699.

<sup>757</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, art. préc., p. 699.

## A) L'incitation légale à adopter un comportement

**153. L'incitation à adopter une attitude bien déterminée.** De temps à autre, le traitement du doute est semble-t-il organisé par le législateur de façon à inciter une partie à adopter tel ou tel comportement.

En effet, au-delà de la protection de personnes faibles et/ou de valeurs, l'incitation à adopter un comportement peut aussi expliquer les solutions formulées par le législateur. Les exemples sont légion.

Ainsi, en posant explicitement que les conséquences du doute subsistant dans l'esprit du juge doivent être supportées non seulement par le créancier lors de l'interprétation d'un contrat conclu de gré à gré (article 1190 du Code civil), mais aussi par le professionnel lors de l'interprétation d'une clause dans les contrats qu'il propose (article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation), il est indubitable que le législateur souhaite protéger une catégorie de personnes considérées comme faibles, c'est-à-dire le débiteur et le consommateur<sup>758</sup>. Mais il est également permis de considérer que le législateur incite le créancier et le professionnel à être extrêmement précis et à éviter toute ambiguïté au moment de la rédaction d'un contrat en les sanctionnant<sup>759</sup>. À la réflexion, l'article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation renferme même deux finalités incitatives. Au-delà d'inciter le professionnel à être diligent au moment de la rédaction des contrats, il incite parallèlement le consommateur à agir en tant qu'agent économique en instaurant un climat de confiance. Cette observation avait déjà été formulée par M. MEKKI au sujet de l'article L. 133-2 du Code de la consommation : « *Du côté des professionnels, il s'agit de les inciter à faire preuve de rigueur, de clarté et d'intelligibilité dans la rédaction des contrats. Du côté du consommateur, il s'agit d'instaurer une situation de confiance afin d'inciter cet acteur économique à consommer sans crainte* »<sup>760</sup>.

De même, en exprimant d'une manière implicite que le bailleur endosse la charge de la preuve de la réception de la chose louée en bon état de réparations locatives dès lors qu'il n'a pas été fait d'état des lieux (article 1731 du Code civil), il est indéniable que le législateur entend protéger la partie au contrat de louage placée en position d'infériorité, c'est-à-dire le

---

<sup>758</sup> V. *supra* n° 146.

<sup>759</sup> En ce sens, sur les anciens art. L. 133-2 du C. consom. et 1162 du C. civ., v. M. MEKKI, *Regard substantiel sur le « risque de la preuve »*. *Essai sur la notion de charge probatoire*, art. préc., p. 23.

<sup>760</sup> M. MEKKI, art. préc., p. 23.

locataire<sup>761</sup>. Toutefois, il est également permis de penser que le législateur incite le bailleur à faire un état des lieux en le sanctionnant. À l’instar de l’article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation, l’article 1731 du Code civil comporte même deux finalités incitatives. Il incite non seulement le bailleur à se montrer diligent au moment de conclure le contrat de louage, mais encore le locataire à louer sans crainte en instituant une situation de confiance.

Finalement, en admettant que le salarié assume uniquement la charge de l’allégation vraisemblable dans le contentieux lié à l’égalité de rémunération hommes-femmes (article L. 3221-8 du Code du travail), il est incontestable que le législateur désire protéger la partie au contrat de travail placée en position d’infériorité, c’est-à-dire le salarié<sup>762</sup>. Cependant, il est à nouveau permis de concevoir que le législateur incite l’employeur à respecter le principe « À travail égal, salaire égal »<sup>763</sup>.

Autrement dit, la volonté d’inciter telle ou telle partie à agir dans un sens ou dans un autre est extrêmement présente dans le traitement du doute mis en place par le législateur. Elle accompagne très fréquemment celle de protéger une catégorie de personnes placées en position d’infériorité.

Si l’incitation explique souvent les solutions énoncées par le législateur pour traiter le doute, elle peut aussi expliquer celles admises par le juge en l’absence d’un texte précis dans une situation donnée.

## **B) L’incitation judiciaire à adopter un comportement**

**154. L’incitation à adopter une conduite bien déterminée.** En l’absence de textes propres à la preuve dans une situation particulière, le traitement du doute est encore manifestement organisé par le juge de façon à inciter une partie à adopter tel ou tel comportement.

En effet, l’incitation à adopter un comportement peut souvent expliquer les choix du juge d’attribuer la charge de la preuve à l’une des parties plutôt qu’à l’autre. Quelques arrêts en témoignent.

---

<sup>761</sup> V. *supra* n° 146.

<sup>762</sup> V. *supra* n° 145.

<sup>763</sup> En ce sens, avant l’entrée en vigueur du dispositif probatoire actuel, v. D. JACOTOT, *Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve*, in *Au cœur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés*, dir. E. DOCKÈS, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, pp. 277 et ss., spéc. n° 9, pp. 282 et ss.

Tout d'abord, dans un arrêt du 30 janvier 2008, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis que l'acquéreur devait démontrer la conformité de sa demande de prêt avec les caractéristiques prévues dans la promesse de vente<sup>764</sup>.

Dans cette affaire, la société civile immobilière Mountain Investments avait consenti à plusieurs acquéreurs une promesse de vente d'un tènement immobilier « *sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt de 900 000 euros sur une durée maximale de 15 ans à un taux d'intérêts ne pouvant excéder 9% l'an* ». Néanmoins, les acquéreurs ont renoncé à cette acquisition en raison du refus des établissements bancaires contactés. Aussi la société civile immobilière Mountain Investments les a-t-elle assignés en paiement de l'indemnité fixée par le contrat, en faisant valoir leur manque de diligence dans l'accomplissement des formalités relatives à la réalisation de la condition suspensive. Pour rejeter sa demande, la Cour d'appel a alors reconnu que si le courrier du Crédit lyonnais du 17 octobre 2002 ne mentionnait ni la durée du prêt sollicité, ni le taux d'intérêts, on ne saurait pour autant en déduire que le refus opposé l'avait été pour des raisons tenant à une demande irréaliste sur ces points. Ainsi, elle a admis qu'il était établi que la condition à laquelle était subordonnée la validité de l'acte ne s'était pas produite et qu'il n'était nullement démontré que ce soit par la faute ou la carence des acquéreurs. Or, la Cour de cassation a cassé l'arrêt, au visa des articles 1178 et 1315 du Code civil. Elle a considéré « *qu'il appartenait aux acquéreurs de démontrer que la demande de prêt était conforme aux caractéristiques prévues dans la promesse de vente* ». Autrement dit, s'ils ne parviennent pas à produire une telle preuve, la condition sera réputée accomplie et l'indemnité prévue par le contrat devra être payée<sup>765</sup>.

Ainsi, en exigeant non pas du vendeur la preuve que la condition ne s'est pas réalisée par la faute ou la carence des acquéreurs, mais des acheteurs, celle que la demande de prêt était conforme aux caractéristiques prévues dans la promesse de vente, le juge paraît inciter une partie à adopter une conduite précise. En effet, en imposant à l'acquéreur de prouver la

---

<sup>764</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janvier 2008, Bull. civ. III, n° 22 ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 545, note G. FOREST ; J.C.P. (N), 2008, 1197, n° 6, note S. PIEDELIÈVRE ; J.C.P. (G), 2008, II, 10116, note Bl. MALLET-BRICOUT ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 310 ; Defrénois 1998, art. 36753, n° 30, p. 358, note J.-L. AUBERT ; R.D. imm., 1998, p. 109, note J.-Cl. GROSLIÈRE ; J.C.P. (G), 1997, IV, 2569 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 février 1999, Bull. civ. I, n° 50 ; Defrénois 1999, art. 37008, n° 46, p. 755, note J.-L. AUBERT ; D. aff. 1999, p. 587, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 2001, Bull. civ. I, n° 33 ; J.C.P. (G), 2001, IV, 1642 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2002, Bull. civ. I, n° 124 ; J.C.P. (G), 2002, IV, 2030.

<sup>765</sup> Le nouvel art. 1304-3 al. 1<sup>er</sup> du C. civ. reprend la règle de l'ancien art. 1178 et l'élargit au créancier : en effet, la condition est réputée accomplie dès lors qu'il a empêché son accomplissement par son comportement.

conformité de sa demande de prêt aux caractéristiques prévues dans la promesse de vente, il l'incite manifestement à se montrer prudent et diligent dans l'exécution de ses obligations et à agir en bon père de famille<sup>766</sup>. Autrement dit, comme le souligne Bl. MALLET-BRICOUT, la finalité poursuivie par cette jurisprudence est simple : « *sanctionner les demandes de prêt irréalistes ou les comportements déloyaux* » et « *encadrer les démarches de l'acquéreur afin d'éviter justement ses risques* »<sup>767</sup>.

Ensuite, dans le même esprit, dans un arrêt du 30 juin 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis que le créancier, qui s'était abstenu de réclamer l'attribution judiciaire d'un gage, devait démontrer l'absence de préjudice pour la caution en perdant son bénéfice de subrogation<sup>768</sup>.

Dans cette seconde affaire, intéressant le droit des sûretés, la société Ilkley finance – la société Ilkley – s'était rendue caution d'un prêt accordé par la société Crédipar à la Société centrale auto de Lorraine – la SCAL. Par ailleurs, la SCAL avait affecté en garantie du prêt les véhicules détenus en stock et avait remis à la société Crédipar les cartes grises relatives à ces véhicules. Toutefois, la SCAL a été postérieurement mise en redressement judiciaire et a fait l'objet d'un plan de cession au profit de la société DJ38, une des filiales de la société Citroën, à laquelle le commissaire à l'exécution du plan, autorisé par le juge-commissaire, a vendu les véhicules d'occasion non répertoriés dans le plan de cession. Aussi la société Crédipar a-t-elle assigné la société Ilkley pour demander le paiement du solde de sa créance. Pour condamner la caution à payer au créancier la somme principale de 195 084,78 euros, la Cour d'appel de Reims a alors retenu plusieurs arguments. Tout d'abord, la caution, avertie du « règlement » judiciaire et du plan de cession de la SCAL, devait ultérieurement s'attendre à la vente rapide de la flotte non reprise et aurait pu prévoir de l'acquérir. Ensuite, la vente des véhicules avait été admise par le juge-commissaire et réalisée par le commissaire à l'exécution du plan dans

---

<sup>766</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1<sup>re</sup> partie)*, art. préc., p. 701 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2015, n° 146, pp. 131 et ss., spéc. p. 133.

<sup>767</sup> Bl. MALLET-BRICOUT, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janvier 2008, préc.

<sup>768</sup> Cass. com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-17.789 (inédit) ; D. 2009, p. 2325, note Y. PICOD ; R.T.D. com., 2011, p. 168, obs. A. MARTIN-SERF ; *adde*, déjà en ce sens, Cass. com., 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 73 ; D. 2003, Act. Jurispr., p. 1629, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2004, somm. comm., p. 52, obs. P.-M. LE CORRE ; R.T.D. com., 2003, p. 803, obs. B. BOULOC ; R.T.D. com., 2004, p. 156, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. ch. mixte, 10 juin 2005, Bull. civ. ch. mixte, n° 5 ; R.T.D. com., 2006, p. 473, obs. B. BOULOC ; R.T.D. com., 2005, p. 582, obs. D. LEGEAIS ainsi que p. 844, obs. A. MARTIN-SERF ; D. 2005, Act. Jurispr., p. 1773, obs. X. DELPECH ; D. 2005, jur., p. 2020, note S. PIEDELIÈVRE ; D. 2005, pan., p. 2086, note P. CROCCQ.

des conditions régulières. Enfin, non seulement la caution ne dévoilait pas d'éléments précis et techniques justifiant la revente des véhicules à un prix bien inférieur à la valeur du marché mais, en outre, elle ne prouvait pas que la demande d'attribution judiciaire de la flotte par le créancier aurait eu pour conséquence une vente au-delà de la valeur de l'argus. Toutefois, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa des articles 1315 et 2037, aujourd'hui 2314, du Code civil : d'une part, en s'abstenant de demander l'attribution judiciaire du gage, alors qu'il était garanti par un cautionnement, le créancier a privé la caution d'un droit pouvant lui profiter ; d'autre part, il appartenait au créancier d'établir que la perte de ce droit n'avait causé aucun préjudice à la caution.

Ainsi, en imposant au créancier de démontrer l'absence de préjudice pour la caution, dès lors qu'il n'a pas réclamé l'attribution judiciaire d'un gage et l'a privé de son bénéfice de subrogation, le juge paraît une fois encore inciter une partie à adopter une conduite précise. En effet, il incite très probablement le créancier à se montrer de bonne foi et à se comporter loyalement. Autrement dit, comme l'indique A. MARTIN-SERF, la finalité poursuivie par cette jurisprudence est une fois encore très simple : elle incite le créancier à ne pas adopter « *une stratégie purement égoïste à courte vue* » en le sanctionnant, c'est-à-dire en lui imposant de prouver l'absence de préjudice pour la caution<sup>769</sup>.

En définitive, le traitement du doute peut encore être organisé par le législateur et le juge afin d'inciter une partie à adopter une attitude plutôt qu'une autre. En effet, l'incitation peut également justifier de nombreux choix opérés tant par le législateur que le juge. Elle est indéniablement un autre motif d'explication permettant de découvrir une cohérence globale dans le traitement du doute organisé par le législateur et le juge.

Pour autant, le traitement du doute n'est pas seulement organisé par le législateur et le juge pour déployer une politique juridique de nature substantielle ; il l'est également pour mettre en œuvre une politique juridique de nature processuelle.

---

<sup>769</sup> A. MARTIN-SERF, obs. sous Cass. com., 30 juin 2009, *préc.*

## **SECTION II : LE TRAITEMENT DU DOUTE AU SERVICE D'UNE POLITIQUE**

### **PROCESSUELLE**

**155.** Sur le terrain processuel, en procédant à un examen précis des textes et des solutions positives concernant la preuve, le traitement du doute est souvent organisé par le législateur et le juge pour atteindre deux objectifs : le premier est l'encouragement d'une partie à ester en justice pour défendre un droit, tandis que le second est la recherche d'une décision juste et acceptable, tant pour les destinataires immédiats de la décision, les parties, que pour les destinataires médiats, les justiciables, selon la distinction établie par P. RICOEUR<sup>770</sup>. Ainsi, le traitement du doute est organisé autour des objectifs d'incitation (§ I) et de correction (§ II).

#### **§ I : La finalité incitative du traitement du doute**

**156. L'incitation à exercer une action en justice.** De temps à autre, le traitement du doute est visiblement organisé par le législateur de façon à inciter une partie à ester en justice<sup>771</sup>.

En effet, si les solutions énoncées par le législateur peuvent très aisément s'expliquer par des motifs de nature substantielle, certaines peuvent tout autant l'être par des motifs de nature processuelle, comme l'incitation d'une partie à agir en justice.

Tout d'abord, en précisant que telle partie au procès doit profiter du doute persistant dans l'esprit du juge, le législateur semble inciter celle-ci à exercer une action en justice pour protéger ses droits.

Ainsi, en droit du travail, il incite indubitablement le salarié à agir en justice en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-1 du Code du travail), de sanction disciplinaire (article L. 1333-1) ou d'embauche, de mutation et de licenciement d'une femme enceinte (article L. 1225-3).

De même, en droit des contrats et en droit de la consommation, il incite semble-t-il le débiteur à agir en justice en matière d'interprétation d'un contrat conclu de gré à gré (article 1190 du Code civil), tout comme le consommateur en matière d'interprétation d'une clause

---

<sup>770</sup> P. RICOEUR, *Le Juste*, éd. Esprit, Coll. Philosophie, 1995, p. 192.

<sup>771</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, p. 700.

dans un contrat proposé par un professionnel (article L. 211-1 alinéa 2 du Code de la consommation).

En définitive, la partie qui profite du doute subsistant dans l'esprit du juge est incitée à introduire une action en justice, parce que la perspective de « triompher » au procès lui est très clairement offerte. En effet, dans l'espoir qu'un doute puisse lui profiter, une partie aura davantage tendance à agir en justice.

Puis, en prévoyant que telle partie au procès doit uniquement supporter la charge de l'allégation vraisemblable, le législateur semble là encore inciter celle-ci à exercer une action en justice pour protéger ses droits.

Ainsi, en droit du travail, il incite très sûrement le salarié à agir en justice en matière de discriminations (article L. 1134-1 du Code du travail), d'égalité de rémunération hommes-femmes (article L. 3221-8), d'égalité professionnelle hommes-femmes (article L. 1144-1) ou de harcèlement sexuel ou moral (article L. 1154-1).

En somme, la partie qui assume la « charge de l'allégation vraisemblable » est incitée à introduire une action en justice, parce que la perspective de « triompher » au procès est là encore très clairement offerte.

En effet, dans ces dispositions, le législateur ne règle pas au sens strict la charge de la preuve ; il fixe seulement la « *charge de faits vraisemblables* »<sup>772</sup>. Aussi la partie qui supporte une telle charge doit-elle alléguer des éléments qui laissent supposer l'existence de tel ou tel fait<sup>773</sup>. Par exemple, en matière de discrimination syndicale, le salarié peut non seulement se prévaloir de l'absence de promotion pendant quatorze ans, mais encore de la mention dans ses fiches d'évaluation, au vu desquelles la direction arrêtait ses choix de promotions, de ses activités prud'homales et syndicales ainsi que des perturbations qu'elles entraînaient dans la gestion de son emploi du temps<sup>774</sup>. Néanmoins, lorsque cette partie a satisfait à la charge de l'allégation vraisemblable, la charge de la preuve est transférée à la partie adverse. En cas de

---

<sup>772</sup> V. *supra* n° 112.

<sup>773</sup> Il y a quelques années, le législateur pouvait alourdir la charge de l'allégation vraisemblable : il semblait plus sévère envers le salarié lorsqu'il imposait d'établir des faits permettant de présumer l'existence d'une situation (un harcèlement) que lorsqu'il imposait de présenter des faits laissant supposer l'existence d'une situation (une discrimination), v. M. MEKKI, *Charge de la preuve et présomptions légales : l'art de clarifier sans innover*, art. *préc.*, p. 39.

<sup>774</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, Bull. civ. V, n° 166 ; J.C.P. (S), 2009, 1464, note C. LEBORGNE-INGELAERE.

discrimination, l'employeur doit dès lors prouver que sa décision est justifiée de deux façons bien différentes : soit par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination<sup>775</sup>, soit par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes<sup>776</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse d'un doute subsistant dans l'esprit du juge à l'issue de l'examen des éléments de preuve, la partie qui supportait la charge de la preuve devra succomber au procès, car, comme le souligne M. MEKKI, « *L'allégation de certains faits va déclencher le bénéfice d'une règle substantielle en faisant peser le risque du doute sur la partie adverse* »<sup>777</sup>.

Autrement dit, la charge de l'allégation vraisemblable peut permettre à une partie de vaincre son adversaire au procès, alors que la charge de la preuve pourrait l'en empêcher. En effet, tel ou tel fait peut être extrêmement difficile à prouver pour une partie. C'est le cas de l'existence d'une discrimination. De plus, les éléments de preuve nécessaires au succès de sa demande peuvent être en possession de son adversaire.

D'ailleurs, un tel dispositif probatoire n'est pas spécifique à la procédure civile. À titre d'illustration, en cas de litige entre l'administration et une personne privée, C. BROUELLE fait remarquer que la charge de l'allégation vraisemblable est substituée à la charge de la preuve chaque fois que les éléments de preuve sont en possession de l'administration ; elle devient même en pratique le principe<sup>778</sup>.

En conclusion, le traitement du doute peut encore être organisé par le législateur afin d'inciter une partie à ester en justice – celle a priori la plus faible. En effet, d'un point de vue purement processuel, certaines dispositions semblent clairement réguler l'accès au juge, en le facilitant ou pas. En définitive, elles seraient un moyen de filtrer l'accès aux juridictions, en encourageant, ou au contraire, en décourageant, un justiciable plutôt qu'un autre à ester en justice ; elles tendraient à orienter les parties vers le choix d'une stratégie judiciaire<sup>779</sup>.

---

<sup>775</sup> Par ex., la situation économique de l'entreprise ou le comportement du salarié.

<sup>776</sup> Il n'y a aucune liste d'emplois pour lesquels l'exigence professionnelle essentielle et déterminante peut être invoquée par l'employeur (l'art. R. 1142-1 du C. trav. prévoit toutefois les emplois pour lesquels l'appartenance à un sexe constitue une condition déterminante). Il appartient alors à la jurisprudence de définir la notion. Pour autant, l'objectif à atteindre doit être légitime et l'exigence proportionnée à l'objectif.

<sup>777</sup> M. MEKKI, *Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire*, art. préc., p. 14.

<sup>778</sup> En ce sens, v. C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2017, n° 253, pp. 183 et ss., spéc. p. 183.

<sup>779</sup> J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires* (par Ét. DUMONT), *op. cit.*, pp. 11 et ss., faisait déjà un lien entre les « *présomptions antéjudiciaires* » et le procès.

Toutefois, sur le terrain processuel, l'incitation d'une partie à agir en justice n'est pas le seul motif d'explication permettant de détecter une cohérence globale dans le traitement du doute. La recherche du juste est également un motif d'explication des choix opérés par le législateur et le juge.

## § II : La finalité correctrice du traitement du doute

**157. La recherche de solutions justes par le législateur.** De temps en temps, le traitement du doute est apparemment organisé par le législateur de façon à rechercher le juste.

En effet, dans certaines dispositions, le législateur s'efforce d'obtenir des solutions en pratique équitables. L'article L. 121-8 du Code des assurances – applicable aux assurances de dommages – en témoigne.

Ainsi, dans le premier alinéa du texte, le législateur exclut de la garantie de l'assureur les pertes et les dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou des mouvements populaires<sup>780</sup>. L'explication de telles exclusions est alors simple : ce type de risques présente un caractère difficilement assurable<sup>781</sup>.

Néanmoins, dans le second alinéa du texte, le législateur adopte des règles de preuve bien spécifiques et, surtout variables, pour ces exclusions. En effet, il expose, d'une part, que l'assuré doit prouver que le sinistre résulte d'un fait autre que le fait de guerre étrangère, et, d'autre part, que l'assureur doit prouver que le sinistre résulte de la guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires.

Autrement dit, en cas de guerre étrangère, l'assuré qui souhaite l'indemnisation d'un sinistre doit établir qu'il ne résulte pas de la guerre étrangère. En revanche, en cas de guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires, l'assureur qui conteste l'indemnisation d'un sinistre doit établir qu'il résulte de la guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires.

Par conséquent, en imposant à l'assuré de démontrer qu'un sinistre ne résulte pas de la guerre étrangère, le législateur se montre bienveillant à son égard, parce que cette preuve

---

<sup>780</sup> Cep., ces exclusions ne sont pas d'ordre public ; elles peuvent être écartées par une clause contraire dans la police.

<sup>781</sup> En ce sens, v. not. M. ASSELAIN, *Assurances de dommages – Règles générales – Objet du contrat : risques et valeurs garantis*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 510-10, 2016 (dernières mises à jour en 2017), n° 33.

devrait être non seulement aisée à apporter, mais surtout, rarement nécessaire. En effet, les guerres étrangères sont assurément moins fréquentes que les guerres civiles, les émeutes et les mouvements populaires. Néanmoins, en imposant à l'assureur de prouver que le sinistre résulte de la guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires, le législateur se montre encore bienveillant à son égard, parce que cette preuve ne devrait pas non plus être délicate à apporter en justice. Aussi la solution formulée par le législateur apparaît-elle juste : elle est manifestement acceptable pour les deux parties.

**158. La recherche de solutions justes par le juge.** D'ailleurs, en l'absence de textes relatifs à la preuve dans une situation donnée, le traitement du doute peut aussi être organisé par le juge de façon à rechercher le juste. Un examen de la charge de la preuve du lien de causalité peut en offrir une illustration.

À dire vrai, selon un principe général et classique, la responsabilité civile délictuelle suppose un lien de causalité entre la faute et le dommage<sup>782</sup>.

Conformément au droit commun de la preuve, il revient alors à la victime de prouver ce lien de causalité, faute de quoi elle devra être déboutée de sa demande de réparation<sup>783</sup>.

Cependant, le dommage peut procéder de l'activité de plusieurs personnes, sans qu'il soit possible de déterminer celle à laquelle il doit être particulièrement imputé<sup>784</sup>. L'exemple phare est celui des accidents de chasse : la victime a essuyé le feu d'un groupe de chasseurs, mais il est impossible d'établir lequel d'entre eux a tiré le coup malheureux ayant occasionné le dommage.

En appliquant les principes de la preuve du lien de causalité de manière rigoureuse, la victime devrait donc être déboutée de sa demande de réparation, puisqu'il lui est impossible

---

<sup>782</sup> En ce sens, v. not. Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.*, V° Responsabilité (en général), 2009 (actualisation en 2017), n° 33.

<sup>783</sup> En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *Lien de causalité*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Synthèse 230, 2017, n° 13 ; P. JOURDAIN, *Droit à réparation – Lien de causalité – Détermination des causes du dommage*, J.-Cl. civ., Fasc. 160, 2011 (dernières mises à jour en 2013), n° 64. Pour une application, v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 avril 1966, J.C.P. (G), 1966, II, 14710 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 novembre 1999, Bull. civ. I, n° 324 ; J.C.P. (G), 2000, I, 241, n° 8, obs. G. VINEY.

<sup>784</sup> En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 18.

de déterminer l'auteur du dommage. D'ailleurs, cette solution a longtemps été celle retenue par les tribunaux<sup>785</sup>.

Toutefois, si la doctrine a généralement approuvé une telle solution<sup>786</sup>, elle l'a parfois vigoureusement critiquée<sup>787</sup>. En effet, le rejet de l'action en réparation semblait injuste pour la victime et illogique au regard des principes encadrant la responsabilité : sous prétexte que plusieurs personnes d'un groupe pouvaient avoir occasionné le dommage, la victime (dont le comportement était exempt de tout reproche) devait en supporter le poids.

Aussi les tribunaux ont-ils progressivement admis que la responsabilité des différents membres d'un groupe pouvait être retenue<sup>788</sup> en recourant à la « faute collective »<sup>789</sup>. L'idée serait alors de remonter la chaîne des causalités dans le temps pour retrouver un acte fait en commun et fautif<sup>790</sup>. Par exemple, dans un arrêt du 19 mai 1976, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que la responsabilité collective de douze chasseurs pouvait être retenue au motif que ceux-ci, dans leur action commune qui avait eu des conséquences dommageables, avaient tous commis des fautes dont les éléments étaient indissociables<sup>791</sup>.

Néanmoins, les tribunaux ont parallèlement estimé que chaque membre d'un groupe pouvait individuellement être mis hors de cause en démontrant qu'il ne pouvait être l'auteur

---

<sup>785</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. civ., 29 septembre 1941, Gaz. Pal. 1941, II, p. 437 ; Cass. civ., 4 janvier 1957, D. 1957, p. 264 ; R.T.D. civ., 1957, p. 537, obs. H. & L. MAZEAUD ; Cass. civ., 9 octobre 1957, D. 1957, p. 708 ; S. 1957, p. 416.

<sup>786</sup> En ce sens, v. not. H. & L. MAZEAUD, R.T.D. civ., 1950, p. 191 ; R. RODIÈRE, obs. sous C.A. Aix, 1<sup>re</sup> ch., 6 juin 1950, J.C.P. (G), 1950, II, 5736 ; R. RODIÈRE, *La responsabilité civile*, Paris, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1952, n° 1493, p. 122.

<sup>787</sup> En ce sens, v. not. I. E. POSTACIOGLU, *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective*, R.T.D. civ., 1954, pp. 438 et ss. ; H. ABERKANE, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, R.T.D. civ., 1958, pp. 516 et ss. ; G. RIPERT, note sous C.A. Orléans, 17 janvier 1949, D. 1949, jur., p. 502.

<sup>788</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. civ., 5 juin 1957, D. 1957, p. 493, note R. SAVATIER ; S. 1957, I, p. 340 ; J.C.P. (G), 1957, II, 10205, obs. P. ESMEIN ; R.T.D. civ., 1957, p. 694, obs. H. & L. MAZEAUD ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 mai 1955, J.C.P. (G), 1955, II, 8793, obs. P. ESMEIN ; C.A. Bourges, 5 février 1957, D. 1957, p. 330 ; S. 1957, I, p. 234 ; C.A. Riom, 5 février 1964, J.C.P. (G), 1964, II, 13640, obs. P. ESMEIN ; *adde*, après l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1966 étendant la compétence du fonds de garantie automobile (aujourd'hui dénommé fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages) aux accidents de chasse lorsque l'auteur est inconnu, C.A. Orléans, 15 octobre 1974, R.T.D. civ., 1975, p. 544, obs. G. DURRY ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1976, Bull. civ. II, n° 163 ; J.C.P. (G), 1978, II, 18773, obs. N. DEJEAN DE LA BATIE ; R.T.D. civ., 1977, p. 129, obs. G. DURRY.

<sup>789</sup> Sur la « faute collective », v. not. Ph. LE TOURNEAU et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, dir. Ph. LE TOURNEAU, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2017, n° 2132.31, p. 638.

<sup>790</sup> En ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2013, p. 234 ; Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène »*, D. 2010, pp. 1162 et ss., spéc. p. 1164.

<sup>791</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1976, *préc.*

du dommage<sup>792</sup>. Par exemple, dans deux autres arrêts du 19 mai 1976, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a accueilli des pourvois de chasseurs incriminés<sup>793</sup>. En effet, elle a précisé qu'en ne recherchant pas si leurs affirmations s'avéraient exactes, les juges du fond ne lui avaient pas permis d'exercer son contrôle sur l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage<sup>794</sup>. En l'occurrence, l'un avait invoqué que la seule balle qu'il avait tirée était d'un type différent de celle qui avait blessé la victime<sup>795</sup>, tandis que l'autre avait allégué que la victime était hors de portée de son fusil et dans une direction complètement opposée à celle de son tir<sup>796</sup>.

Autrement dit, le fondement de cette jurisprudence – la responsabilité *in solidum* des membres d'un groupe dont l'un a causé le dommage – ne serait pas la reconnaissance d'une faute collective, mais l'admission d'une présomption de causalité en faveur de la victime<sup>797</sup>.

En effet, lorsque l'identification de l'auteur du dommage s'avère impossible, les juges semblent consacrer une présomption de causalité entre le dommage et le fait de chacun des membres du groupe, qui peut être déduite par la preuve contraire<sup>798</sup>.

Ainsi, la responsabilité *in solidum* des membres d'un groupe pourrait être recherchée par la victime en prouvant que son dommage n'a pu être causé que par le fait de l'un d'entre eux<sup>799</sup>. Pour autant, elle pourrait être écartée par chaque membre du groupe en démontrant que le dommage n'a pu être causé par leur fait<sup>800</sup>.

Lorsque l'identification de l'auteur du dommage se révèle impossible, les règles sur la charge de la preuve du lien de causalité sont donc assouplies par le juge pour parvenir à une

---

<sup>792</sup> En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *ibid.*, n° 18.

<sup>793</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1976, Bull. civ. II, n° 165 et n° 166.

<sup>794</sup> Cette motivation est la même dans les deux arrêts.

<sup>795</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1976, Bull. civ. II, n° 165.

<sup>796</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1976, Bull. civ. II, n° 166.

<sup>797</sup> En ce sens, v. not. G. VINEY & P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd. avec la collaboration de S. CARVAL, L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2013, n° 380, pp. 306 et ss.

<sup>798</sup> En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2016, n° 265, pp. 178 et ss., spéc. p. 179.

<sup>799</sup> En ce sens, v. not. G. VINEY & P. JOURDAIN, *ibid.*, n° 380, pp. 306 et ss.

<sup>800</sup> En ce sens, v. not. G. VINEY & P. JOURDAIN, *ibid.*, n° 380, pp. 306 et ss.

solution pratique juste, c'est-à-dire acceptable pour tous : l'indemnisation du préjudice de la victime et l'irresponsabilité des membres du groupe non fautifs<sup>801</sup>.

En définitive, le traitement du doute peut encore être organisé par le législateur et le juge afin de rechercher le juste. En effet, la quête de Justice peut aussi justifier de nombreux choix opérés par le législateur et le juge. Elle est indéniablement un autre motif d'explication permettant de distinguer une cohérence globale dans le traitement du doute organisé par le législateur et le juge.

---

<sup>801</sup> V. art. 1240 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**159. La mise en œuvre d'une politique juridique.** Au regard des textes propres à la preuve et des solutions retenues en droit positif, le traitement du doute est semble-t-il organisé par le législateur et le juge pour atteindre des objectifs précis, c'est-à-dire pour mettre en œuvre une politique juridique déterminée.

**160. La nature des objectifs poursuivis.** En effet, à l'analyse des dispositions éparses sur la preuve et des nombreuses décisions rendues par les juridictions, le doute est manifestement traité en poursuivant maintes finalités, d'une nature tant substantielle que processuelle.

**161. La diversité des objectifs poursuivis.** Ainsi, sur un plan substantiel, le législateur et le juge semblent organiser le traitement du doute non seulement pour protéger des personnes faibles (par exemple, le locataire, le débiteur ou le salarié) et/ou des valeurs (par exemple, le marché ou l'honnêteté), mais également pour imposer une conduite à suivre (par exemple, se montrer diligent au moment de la rédaction du contrat). En outre, sur un plan processuel, ils semblent l'organiser pour réguler l'accès aux tribunaux et rechercher le juste.

Aussi la cohérence d'ensemble des solutions légales et jurisprudentielles pour traiter le doute est-elle téléologique : ce sont les finalités poursuivies par le législateur et le juge qui peuvent réellement expliquer (et, surtout, valablement) le traitement du doute dans chaque situation examinée.

## CONCLUSION DU TITRE II

**162. Le traitement indispensable du doute par le juge.** Lorsque le doute subsiste à l'issue de l'examen des preuves des parties, le juge doit le « traiter », c'est-à-dire qu'il doit désigner celle d'entre elles qui doit perdre le procès. Deux situations sont alors concevables : ou bien le législateur lui indique la solution à mettre en œuvre, d'une manière implicite ou explicite ; ou bien il ne lui l'indique pas.

Ainsi, en présence d'un texte, le juge traite le doute en se référant au choix opéré par le législateur ; en revanche, en l'absence d'un texte, il le traite en se livrant à l'interprétation des règles de droit applicables au litige.

**163. Les fondements du traitement du doute par le juge.** En apparence, le traitement du doute peut dès lors paraître casuistique. Toutefois, à bien y réfléchir, il semble parfaitement cohérent au regard des objectifs qui sont poursuivis par le législateur et le juge.

En effet, le traitement du doute est globalement organisé par le législateur et le juge pour mettre en œuvre une politique juridique de nature tant substantielle que processuelle : par exemple, il tend à protéger des personnes faibles ou à inciter une partie à agir en justice.

En définitive, le traitement du doute ne peut indubitablement pas être expliqué sous un angle purement technique. Il doit aussi et surtout l'être sous un angle téléologique.

## CONCLUSION DE LA PARTIE I

**164. L'ubiquité du doute.** En matière probatoire, le doute est sans conteste omniprésent : il peut naître de l'objet de la preuve, des moyens de preuve et de leur force probante.

**165. La réduction du doute.** Néanmoins, à l'analyse des règles de preuve, le doute semble réduit par nombre de mécanismes – les modérateurs substantiels ou processuels – instaurés par le législateur et mis en œuvre par le juge.

C'est le cas, entre autres, de l'exigence d'une preuve écrite, qui réduit simultanément le doute matériel et le doute intellectuel, de l'application d'une présomption légale analysée irréfragable, qui réduit le doute factuel, et de la faculté reconnue au juge d'ordonner d'office une mesure d'instruction ordinaire, qui réduit à nouveau le doute factuel.

Malheureusement, ces modérateurs ne permettent pas toujours de réduire le doute. D'ailleurs, il n'est pas toujours possible de le réduire.

**166. Le traitement du doute.** Dans une telle circonstance, le doute est alors traité, c'est-à-dire que le juge détermine celle des parties qui doit perdre le procès.

Pour autant, le traitement du doute est moins technique que téléologique, parce que la cohérence des solutions légales et jurisprudentielles doit être recherchée dans l'économie générale des règles substantielles et processuelles applicables à chaque litige.

Ainsi, comme la réduction et le traitement du doute organisés par le législateur et le juge peuvent apparaître insatisfaisants pour les parties, soucieuses d'anticiper, celles-ci sont invitées à le « gérer » par le biais du contrat.

## **PARTIE II : LA GESTION CONVENTIONNELLE DU DOUTE**

### **PROBATOIRE**

**167.** À la réflexion, la gestion légale du doute peut paraître insatisfaisante pour les parties, au moins pour deux raisons : la réduction du doute est parfois imparfaite et le traitement du doute souvent imprévisible.

Ainsi, en matière contractuelle, les parties peuvent efficacement organiser la gestion du doute par le biais du contrat. En effet, elles peuvent non seulement prévoir sa réduction, mais encore son traitement, en aménageant les règles légales de preuve ou le fond du droit.

Malheureusement, les parties ne peuvent pas systématiquement organiser la gestion du doute par le biais du contrat. Elles se heurtent quelquefois, voire de plus en plus souvent, à des limites tenant à la fois à la preuve et au contrat.

En matière contractuelle, le doute peut donc être anticipé (Titre I). Pour autant, il est occasionnellement intangible (Titre II).

## **TITRE I : L'ANTICIPATION DU DOUTE PROBATOIRE**

**168.** Pour gérer le doute en matière contractuelle, les parties ont vraisemblablement deux possibilités. D'une part, elles peuvent le gérer d'une manière frontale, c'est-à-dire à l'aide de clauses qui portent « directement » sur la preuve. Tel est le cas de celles qui restreignent les modes de preuve recevables ou instaurent une présomption conventionnelle simple. D'autre part, pour des raisons de discrétion ou d'efficacité, elles peuvent le gérer d'une manière plus insidieuse, c'est-à-dire à l'aide de clauses qui portent « indirectement » sur la preuve. Tel est le cas de la clause pénale, de la clause d'intégralité, de la clause de non-renonciation ou de la clause résolutoire. Par conséquent, les parties peuvent gérer le doute par le contrat de façon directe (Chapitre I) ou indirecte (Chapitre II).

## **CHAPITRE I : LA GESTION DIRECTE**

**169.** Pour gérer directement le doute, les parties peuvent largement déroger aux règles de preuve instaurées par la loi, c'est-à-dire recourir à des conventions sur la preuve<sup>802</sup>. En effet, depuis la réforme du droit de la preuve, la validité des conventions sur la preuve est affirmée sans détour par le législateur à l'article 1356 du Code civil. Cependant, elle souffre de maints tempéraments dont le législateur fait expressément état ou non<sup>803</sup>. Ainsi, dans le respect des limites posées à la validité des conventions sur la preuve, les parties peuvent librement gérer le doute en agissant sur l'objet de la preuve, la charge de la preuve et les moyens de preuve. Elles peuvent non seulement organiser sa réduction, mais encore son traitement. En somme, les parties ont en principe la possibilité de gérer directement le doute (Section I) en retenant les modalités de leur choix (Section II).

### **SECTION I : LE PRINCIPE**

**170.** La gestion directe du doute est tributaire de la validité des conventions sur la preuve, c'est-à-dire de la faculté pour les parties d'aménager les règles légales de preuve. À dire vrai, la validité des conventions sur la preuve a été reconnue dès le XIX<sup>ème</sup> siècle en jurisprudence. En revanche, elle a toujours été discutée en doctrine. Cependant, la validité des conventions sur la preuve a été consacrée indirectement par l'article 1316-2 du Code civil issu de la loi du 13 mars 2000, puis sans aucun détour par l'article 1356 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, sous réserve de plusieurs limites. Aussi la gestion du doute est-elle autorisée (§ I), quoique très encadrée (§ II).

#### **§ I : La gestion du doute autorisée**

**171. La consécration de la validité de principe des conventions sur la preuve.** Les parties peuvent directement gérer le doute, parce que les conventions sur la preuve sont désormais valables, au moins en principe.

---

<sup>802</sup> M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1428, pp. 856 et ss., spéc. p. 856, définissent clairement les conventions sur la preuve comme « *des accords exprès ou tacites par lesquels les parties modifient les règles normales de la preuve judiciaire soit quant à la charge de la preuve, soit quant à la détermination des faits à prouver, soit quant à l'emploi des procédés de preuve* ».

<sup>803</sup> En effet, le législateur a oublié de mentionner l'éventuel caractère impératif des règles de preuve : certaines ont un caractère impératif et ne peuvent jamais être aménagées par les parties, v. *infra* n° 180.

À dire vrai, la validité des conventions sur la preuve a suscité de grandes controverses doctrinales. Trois opinions peuvent être recensées.

**172. La conception étatique de la Justice**<sup>804</sup>. D'une part, un premier courant condamne la validité des conventions sur la preuve en affirmant que les règles de preuve ont un caractère d'ordre public. En effet, dans sa thèse de doctorat consacrée aux conventions sur le procédé de preuve en droit civil, R. LE BALLE fait observer que l'organisation de la preuve s'apparente à une construction d'ensemble et qu'on ne peut la toucher sans bouleverser les fondements mêmes de la Justice d'État<sup>805</sup>. Aussi conclut-il à l'intangibilité de la preuve : « *la Preuve légale édictée est intangible parce qu'elle est liée à l'Organisation Judiciaire fondée en France sur la Neutralité du Juge et corrélativement sur la Relativité de la Vérité Judiciaire* »<sup>806</sup>.

Pour autant, rejeter la validité des conventions sur la preuve en soutenant que toutes les règles de preuve ont un caractère d'ordre public semble excessif. À dire vrai, les règles de preuve d'ordre public sont seulement celles qui mettent en cause la fonction juridictionnelle de l'État, comme celles relatives à la force probante des modes de preuve. D'ailleurs, la Cour de cassation n'a jamais consacré cette conception des règles de preuve, puisqu'elle a très tôt affirmé que certaines d'entre elles n'étaient pas impératives<sup>807</sup>.

**173. La conception contractuelle de la Justice**<sup>808</sup>. D'autre part, un autre courant reconnaît la validité des conventions sur la preuve lorsque l'ordre public n'est pas en cause. Maîtresses de leurs droits, les parties doivent également l'être de leurs preuves.

En effet, dans sa thèse de doctorat consacrée à l'étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, M. COCURAL est nettement favorable aux conventions sur la preuve.

Se fondant sur la théorie de l'ordre public proposée par J. MARMION, elle estime que la validité des conventions sur la preuve dépend de l'issue du conflit de compétence entre la

---

<sup>804</sup> Cette expression est utilisée par R. LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en Droit Civil*, Thèse Paris, Meulan, 1923, p. 30.

<sup>805</sup> R. LE BALLE, *th. préc.*, p. 30.

<sup>806</sup> R. LE BALLE, *th. préc.*, p. 46.

<sup>807</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. req., 27 février 1928, Gaz. Pal. 1928, I, p. 822 (les règles du Dahir marocain sur la preuve testimoniale, assez voisines de celles du C. civ. français, ne constituaient pas des dispositions auxquelles il était interdit de déroger par convention).

<sup>808</sup> Cette expression est employée par R. LE BALLE, v. R. LE BALLE, *th. préc.*, p. 19.

*lex privata*, la loi élaborée par les parties pour régler au mieux leurs intérêts personnels, et la *lex publica*, la loi élaborée par l'État d'une manière abstraite pour être applicable à tous et à toutes les situations<sup>809</sup> : si la *lex privata* supplante la *lex publica*, la convention sur la preuve est valable ; à l'inverse, si la *lex publica* supplante la *lex privata*, elle est interdite<sup>810</sup>. Aussi les conventions relatives à la preuve des droits extra-patrimoniaux sont-elles interdites, puisque la *lex publica* supplante la *lex privata* (sont en jeu des matières qui intéressent hautement la société, comme la capacité et l'état des personnes)<sup>811</sup>, tandis que celles relatives à la preuve des droits patrimoniaux sont valables, puisque la *lex privata* supplante la *lex publica* (sont en jeu des faits de la vie courante)<sup>812</sup>.

Ainsi, admettre la validité des conventions sur la preuve dans les domaines où l'ordre public n'est pas en cause apparaît bien plus satisfaisant. D'une part, cette distinction permet de condamner l'idée suivant laquelle toutes les règles de preuve sont d'ordre public. D'autre part, elle permet d'expliquer les solutions retenues par la Cour de cassation.

D'ailleurs, la doctrine contemporaine admet globalement la validité des conventions sur la preuve lorsqu'elles portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition<sup>813</sup>. Elle affirme que ces conventions sont valables, à moins que ne soient en jeu des droits dont les parties ne peuvent pas disposer librement, tels que ceux qui relèvent de l'état ou de la capacité des personnes. En somme, la disponibilité des droits est la condition *sine qua non* de l'aménagement des règles de preuve<sup>814</sup>.

---

<sup>809</sup> M. COCURAL, *Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, en droit civil français*, Thèse Toulouse, Imp. H. BASUYAU & C<sup>ie</sup>, 1933, pp. 47 et ss.

<sup>810</sup> M. COCURAL, *th. préc.*, p. 51.

<sup>811</sup> M. COCURAL, *th. préc.*, p. 52 ainsi que p. 114. Cep., les conventions relatives à la preuve des conséquences financières de l'état des personnes sont valables, v. M. COCURAL, *th. préc.*, p. 52.

<sup>812</sup> M. COCURAL, *th. préc.*, p. 53. Toutefois, M. COCURAL n'admet que les conventions expresses et subordonne leur existence au respect de plusieurs conditions : un objet certain, le consentement des parties et une cause licite, v. M. COCURAL, *th. préc.*, p. 38 ainsi que p. 51.

<sup>813</sup> Sur la validité de principe des conventions sur la preuve, v. par ex., assez récemment, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 182, pp. 362 et ss. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 5, pp. 7 et ss. ; H., L. & J. MAZEAUD & Fr. CHABAS, *op. cit.*, n° 373, p. 526 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 631, p. 605 ; *contra*, contestant, voire critiquant, la validité des conventions sur la preuve, G. VIRASSAMY, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 novembre 1989 (deux arrêts), J.C.P. (G), 1990, II, 21576.

<sup>814</sup> Pour autant, certaines règles de preuve ont un caractère impératif et ne peuvent être conventionnellement aménagées par les parties, v. *infra* n° 180.

**174. L'aménagement des règles de preuve en fonction de leur objet**<sup>815</sup>. Enfin, un dernier courant retient la validité des conventions sur la preuve en procédant à une distinction selon la nature des règles de preuve aménagées. En effet, dans sa thèse de doctorat consacrée aux conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur, G.-M. SESCOREANO admet en partie les conventions sur la preuve.

Se fondant sur le raisonnement de Sir H. SUMNER MAINE, amélioré par É. BARTIN<sup>816</sup>, il estime que les règles relatives aux procédés de preuve ne peuvent pas être aménagées<sup>817</sup>, parce que le législateur entend leur conférer un caractère impératif<sup>818</sup>. En effet, le législateur n'aurait pas pris le soin de fixer les conditions d'admissibilité des procédés de preuve et leur force probante si les parties pouvaient les écarter librement<sup>819</sup>. En revanche, il considère que les règles relatives au fait à prouver – celui-ci pose les deux questions de la décomposition et du déplacement de la preuve – peuvent être aménagées, parce que le législateur n'a rien dit et qu'elles appartiennent au « *domaine du raisonnement pur* »<sup>820</sup>.

Par conséquent, selon G.-M. SESCOREANO, les parties ne peuvent pas « *modifier les règles relatives aux procédés de preuves pris en eux-mêmes et dans l'état à eux assigné par le législateur* », mais sont « *libres de s'entendre comme elles veulent pour la détermination du fait à prouver* »<sup>821</sup>. Autrement dit, les parties peuvent « *fixer la quantité des éléments de certitude que doivent fournir les plaideurs (décomposition)* », « *préciser lequel des deux doit les produire (charge de la preuve)* » et « *indiquer le fait voisin ou connexe au fait direct qui est en jeu (déplacement)* »<sup>822</sup>.

Ainsi, proclamer la validité des conventions sur la preuve en fonction de la nature des règles de preuve aménagées paraît séduisant. À dire vrai, le choix de distinguer selon la règle de preuve aménagée a une fois encore le mérite de condamner l'idée suivant laquelle toutes

---

<sup>815</sup> En ce sens, v. A. AYEWOUDAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Préf. H. KENFACK, Larcier, Coll. Création Information Communication, 2012, n° 158, pp. 174 et ss., spéc. p. 176.

<sup>816</sup> G.-M. SESCOREANO, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, Thèse Paris, E. Duchemin, 1920, n° 15, pp. 38 et ss.

<sup>817</sup> G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 15, pp. 38 et ss., spéc. p. 39, souligne que le moyen ou procédé de preuve est « *nécessaire pour démontrer l'existence du fait auquel est subordonné le gain de la cause* ».

<sup>818</sup> G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 15, pp. 38 et ss., spéc. p. 39.

<sup>819</sup> G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 15, pp. 38 et ss., spéc. p. 39.

<sup>820</sup> G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 15, pp. 38 et ss., spéc. pp. 39 et ss.

<sup>821</sup> G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 15, pp. 38 et ss., spéc. p. 40.

<sup>822</sup> G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 15, pp. 38 et ss., spéc. p. 40. Néanmoins, G.-M. SESCOREANO subordonne l'existence de ces conventions au respect de plusieurs conditions, v. G.-M. SESCOREANO, *th. préc.*, n° 16, pp. 40 et ss.

les règles de preuve sont d'ordre public. En revanche, l'absence de précision sur les matières dans lesquelles de tels aménagements peuvent intervenir est regrettable.

Néanmoins, depuis la réforme du droit de la preuve opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, le débat sur la validité des conventions sur la preuve est définitivement clos. En effet, l'ancien article 1316-2 du Code civil prévoyait seulement la possibilité de conclure des conventions sur la preuve dans la situation particulière du conflit de preuve littérale<sup>823</sup>. Or, le nouvel article 1356 du Code civil consacre sans détour la validité de principe des conventions sur la preuve<sup>824</sup>. D'ailleurs, une telle reconnaissance avait été préconisée non seulement par l'avant-projet Catala<sup>825</sup>, mais également par l'avant-projet Terré<sup>826</sup>.

Ainsi, en affirmant la validité de principe des conventions sur la preuve, le législateur reconnaît pleinement aux parties la faculté de gérer directement le doute. En effet, il ne leur offre plus seulement la possibilité de conclure des conventions sur la preuve dans le cas bien particulier du conflit de preuve littérale ; il va au-delà en posant clairement un cadre général.

Pour autant, à la lecture de l'article 1356 du Code civil, la validité des conventions sur la preuve est doublement limitée. Autrement dit, la possibilité reconnue aux parties de gérer directement le doute est étroitement contrôlée.

## § II : La gestion du doute encadrée

**175.** Aux termes mêmes de l'article 1356 du Code civil, les parties ne peuvent pas toujours gérer le doute directement. En effet, à la lecture de cette disposition novatrice, le législateur encadre doublement la validité des conventions sur la preuve. D'une part, il souligne qu'elles doivent porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition (alinéa 1<sup>er</sup>). D'autre part, il énonce deux séries d'exceptions relatives tant aux présomptions irréfragables qu'à la force

---

<sup>823</sup> En ce sens, v. not. Th. DOUVILLE et alii, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, dir. Th. DOUVILLE, Gualino – Lextenso éditions, 2016, p. 408.

<sup>824</sup> En réalité, à la lecture du nouvel art. 1356 du C. civ., il n'est plus question de conventions sur la preuve, mais de « *contrats sur la preuve* ». Toutefois, cette dénomination apparaît inappropriée, v. en ce sens, G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1117, p. 954.

<sup>825</sup> Cet avant-projet proposait d'affirmer la validité des conventions sur la preuve, sous certaines limites, à l'art. 1289 du C. civ.

<sup>826</sup> Le premier volet proposait de remplacer l'incise présente à l'art. 1316-2 du C. civ., « *à défaut de convention valable entre les parties* », par « *Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* » (art. 142), tandis que le troisième volet proposait de consacrer une nouvelle disposition (art. 163) : « *Les contrats sur la preuve sont valables, sauf les exceptions prévues par la loi, lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* » (al. 1<sup>er</sup>).

probante de l'aveu et du serment (alinéa 2<sup>ème</sup>). Aussi le législateur limite-t-il expressément la validité des conventions sur la preuve en réglementant leur domaine (A) et leur objet (B).

### A) Le domaine des conventions sur la preuve

**176. La détermination explicite du domaine des conventions sur la preuve.** Les parties ne peuvent pas directement gérer le doute en aménageant les règles de preuve des droits dont elles n'ont pas la libre disposition<sup>827</sup>.

En effet, aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article 1356 du Code civil, la validité des conventions sur la preuve est subordonnée à la disponibilité des droits : « *Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* ».

Selon A. AYNÈS, cette limite s'explique alors par le fait que de telles conventions sont semblables à des renonciations<sup>828</sup>. Toutefois, elle n'a rien d'inédit<sup>829</sup>. D'une part, la majorité de la doctrine moderne considérait déjà que les conventions sur la preuve étaient valables, à moins que ne soient en cause des droits dont les parties n'avaient pas la libre disposition<sup>830</sup>. D'autre part, dans deux arrêts du 8 novembre 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que les conventions sur la preuve étaient valables pour les droits dont les parties avaient la libre disposition<sup>831</sup>.

En l'espèce, la société Crédicas avait consenti à deux clientes une ouverture de crédit utilisable par fractions, dans la limite de 5 000 francs, en vue de financer des achats dans des

---

<sup>827</sup> Sur la libre disposition des droits, v. not. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. Y. LEQUETTE, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1996, n° 93 et ss., pp. 57 et ss.

<sup>828</sup> A. AYNÈS, *Conventions sur la preuve : validité limitée*, Dr. et patrimoine, septembre 2015, pp. 45 et ss., spéc. p. 46. D'ailleurs, les juges admettent assez facilement la renonciation tacite des parties à se prévaloir des règles de preuve, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avril 1960, Bull. civ. I, n° 207 (la partie qui coopère à une enquête sans protestation ni réserve renonce tacitement à l'application de l'art. 1341 du C. civ.) ; Cass. soc., 24 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 264 (la partie qui prend activement part à l'audition des témoins cités par l'autre partie renonce tacitement à la règle de l'art. 1341 du C. civ.) – les juges du fond doivent toutefois relever de façon expresse les circonstances dont peut être induite la renonciation des parties aux règles de preuve, v. par ex., Cass. civ., 1<sup>er</sup> juin 1893, S. 1893, I, p. 285. En revanche, si les parties souhaitent bénéficier des règles de preuve, elles doivent le demander expressément : la violation d'un texte en la matière ne peut être relevée d'office par le juge, v. Cass. req., 1<sup>er</sup> août 1906, D.P. 1909, I, p. 398.

<sup>829</sup> En ce sens, v. A. AYNÈS, *art. préc.*, p. 46.

<sup>830</sup> V. *supra* n° 173.

<sup>831</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 novembre 1989 (deux arrêts), Bull. civ. I, n° 342 ; D. 1991, somm. comm., p. 38, obs. M. VASSEUR ; D. 1990, somm. comm., p. 327, obs. J. HUET ; D. 1990, jur., p. 369, note Ch. GAVALDA ; J.C.P. (G), 1990, II, 21576, obs. G. VIRASSAMY ; I. DE LAMBERTERIE, *De la validité des conventions de preuve (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> ch. civ., du 8 novembre 1989)*, Cah. Lamy du droit de l'informatique, suppl. au n° 17 – août 1990, pp. 1 et ss. ; R.T.D. com., 1990, p. 78, obs. M. CABRILLAC & B. TEYSSIÉ.

magasins définis ; le contrat prévoyait l'usage par l'emprunteur d'une carte magnétique et la composition concomitante d'un code confidentiel valant ordre, pour l'organisme prêteur, de verser au vendeur le prix d'achat. Cependant, les clientes ont ultérieurement refusé de régler des sommes dont la société Crédicas s'estimait créancière en vertu de la convention. Aussi la société Crédicas les a-t-elle toutes deux assignées en paiement. Pour rejeter sa demande, le tribunal d'instance avait alors considéré « *que si, pour les créances inférieures à 5 000 francs la preuve (était) libre, il (était) néanmoins nécessaire, quelles que soient les conventions des parties, que soient produits des éléments propres à entraîner la conviction du juge* » ; puis, il avait retenu « *que la simple production de documents dactylographiés émanant de la société demanderesse, ou, pour le moins et selon ses dires, d'une machine dont elle (avait) la libre et entière disposition, (était) inopérante à constituer la preuve de l'engagement de rembourser consécutif à l'utilisation d'une fraction de l'ouverture de crédit consentie* ». Toutefois, la Cour de cassation a cassé le jugement du tribunal d'instance, au visa des articles 1134 et 1341 du Code civil : « *qu'en statuant ainsi, alors que la société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le Tribunal a violé les textes susvisés* ».

Autrement dit, les parties ne peuvent pas directement gérer le doute en aménageant les règles de preuve dans des matières où l'ordre public est en jeu, comme le droit du travail et l'état ou la capacité des personnes<sup>832</sup>. D'ailleurs, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 25 mars 2009 fournit une illustration<sup>833</sup>.

En l'espèce, une salariée avait conclu un contrat de travail comprenant une clause de non-concurrence, « *assortie d'une contrepartie financière* », et après avoir démissionné, elle avait saisi la juridiction prud'homale pour en solliciter le paiement. Cependant, condamné au paiement de cette contrepartie par la Cour d'appel de Rennes, l'employeur s'était pourvu en cassation. Au soutien de son pourvoi, il affirmait que « *les parties (étaient) libres d'aménager contractuellement les règles de preuve comme elles le (souhaitaient) dès lors que la preuve (n'était) pas impossible à rapporter* ». Puis, il estimait que la preuve à la charge de la salariée

---

<sup>832</sup> Par ex., en matière d'état des personnes, il n'est pas possible de déroger aux règles formulées par le C. civ. à l'art. 194 (mariage), à l'art. 310-3 (filiation) ou à l'art. 104 (domicile).

<sup>833</sup> Cass. soc., 25 mars 2009, Bull. civ. V, n° 85 ; Dr. soc. 2009, p. 740, obs. J. MOULY ; J.C.P. (S), 2009, 1241, obs. I. BEYNEIX ; D. 2009, pan., p. 1443, note S. ROBINNE ; D. 2009, pan., p. 2132, note Br. REYNÈS.

était facile à rapporter, parce qu'elle pouvait établir l'absence de violation de son obligation de non-concurrence par tout moyen, par exemple en produisant une attestation Assedic ou un bulletin de salaire. Toutefois, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « *Attendu, ensuite, qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une éventuelle violation de la clause de non-concurrence et que la cour d'appel a décidé à bon droit que la clause contractuelle disposant du contraire était inopérante* ».

Ainsi, les parties ne pouvaient pas aménager la charge de la preuve dans l'hypothèse d'une clause de non-concurrence. Mieux, elles ne pouvaient pas convenir du paiement d'une contrepartie financière sous réserve que la salariée parvienne à établir l'absence de violation de son obligation de non-concurrence par tout moyen.

En effet, comme le souligne J. MOULY, les parties ne peuvent pas omettre la situation d'infériorité du salarié et l'impérativité des règles constituant le corpus du droit du travail<sup>834</sup>. Aussi la clause ne pouvait-elle pas heurter la règle selon laquelle l'employeur doit prouver la violation par le salarié d'une clause de non-concurrence s'il souhaite s'exonérer du paiement de la contrepartie financière<sup>835</sup>.

D'ailleurs, la solution contraire aurait eu des conséquences désastreuses : d'une part, elle pouvait priver le salarié du droit à contrepartie s'il n'était pas matériellement en mesure de démontrer le respect de son obligation ; d'autre part, elle pouvait légitimer des tentatives conventionnelles de remise en cause, par les règles de preuve, d'un droit substantiel d'ordre public<sup>836</sup>.

Autrement dit, les parties ne peuvent pas directement gérer le doute en aménageant les règles de preuve des droits dont elles ne disposent pas librement, parce que le législateur entend vigoureusement préserver le fond du droit.

Si la faculté de gérer directement le doute est limitée par le domaine des conventions sur la preuve, elle l'est également par leur objet.

---

<sup>834</sup> J. MOULY, obs. sous Cass. soc., 25 mars 2009, *préc.*, p. 741.

<sup>835</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 06-46.310 (inédit) ; Cass. soc., 22 mars 2006, Bull. civ. V, n° 120 ; D. 2006, I.R., p. 1063.

<sup>836</sup> En ce sens, v. Br. REYNÈS, note sous Cass. soc., 25 mars 2009, *préc.*, p. 2133.

## B) L'objet des conventions sur la preuve

**177.** Alors même qu'elles ont la libre disposition de leurs droits, les parties ne peuvent pas toujours gérer le doute directement. En effet, au regard du second alinéa de l'article 1356 du Code civil, les conventions sur la preuve ne peuvent pas procéder à certains aménagements : ceux-ci intéressent l'objet de la preuve et la force probante de deux modes de preuve (l'aveu extrajudiciaire et le serment décisoire). De plus, nonobstant le silence du législateur, elles ne peuvent pas aménager les règles de preuve qui ont un caractère impératif, c'est-à-dire celles qui sont relatives à l'organisation de la justice. Tel est notamment le cas de la force probante des moyens de preuve. Ainsi, la gestion du doute souffre non seulement de limites spéciales (1), mais également de limites générales (2).

### 1) Les limites spéciales

**178. L'interdiction de créer une présomption conventionnelle irréfragable.** Tout d'abord, les parties ne peuvent pas directement gérer le doute en instaurant au profit de l'une d'elles une présomption conventionnelle irréfragable.

En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1356 du Code civil, les conventions sur la preuve « *ne peuvent (...) établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable* ».

Autrement dit, une partie ne peut jamais reconnaître l'existence d'un fait et interdire à l'autre de démontrer son inexactitude au cours du procès. Elle n'a pas le pouvoir d'imposer une « vérité conventionnelle », comme le législateur a celui d'imposer une vérité légale<sup>837</sup>.

Or, en prévoyant que les conventions sur la preuve ne peuvent instaurer en faveur de l'une des parties une présomption irréfragable, le législateur interdit la réduction du « doute factuel » d'une manière définitive<sup>838</sup>. En effet, les parties ne peuvent pas supprimer le débat probatoire sur un fait en le considérant *ab initio* vrai. Elles ne peuvent que réduire le « doute

---

<sup>837</sup> D'ailleurs, aux termes de l'al. 2 de l'art. 1356 du C. civ., les conventions sur la preuve « *ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi* ». Autrement dit, le législateur interdit aux parties de remettre en cause une vérité légale, soit incidemment, de porter atteinte à la réduction du « doute factuel » agencée par lui-même. Sur la réduction du « doute factuel » par les présomptions légales irréfragables, v. *supra* n° 29.

<sup>838</sup> Sur la réduction du « doute factuel » d'une manière définitive, v. *supra* n° 29.

factuel » d'une manière non définitive, en instituant une présomption conventionnelle mixte ou simple<sup>839</sup>.

D'ailleurs, dans un arrêt du 6 décembre 2017 rendu avant l'application de la réforme du droit de la preuve, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà affirmé que les parties ne pouvaient pas instituer une présomption conventionnelle irréfragable au profit de l'une d'elles<sup>840</sup>.

En l'occurrence, la société R.B.I. avait signé avec la société B.I.T. un contrat de licence et de distribution portant sur le progiciel « B.I.T.-Estim » le 17 juin 2011. Néanmoins, comme le progiciel présentait des dysfonctionnements, la société R.B.I. avait mis fin à ce contrat par une lettre du 1<sup>er</sup> mars 2012. Considérant cette résiliation infondée et brutale, la société B.I.T. avait alors assigné la société R.B.I. en paiement de dommages-intérêts, tandis que la société R.B.I. avait demandé, à titre reconventionnel, la résolution judiciaire du contrat. Toutefois, la Cour d'appel de Versailles ayant prononcé la résolution judiciaire du contrat, la société B.I.T. s'était pourvue en cassation. À l'appui de son pourvoi, elle invoquait notamment l'article 6.1 du contrat de licence et de distribution, lequel prévoyait, non seulement que la société R.B.I. pouvait dénoncer tout dysfonctionnement du progiciel en remplissant une fiche individuelle d'identification écrite dans un délai de quinze jours à compter de sa livraison, mais aussi que le progiciel devait être considéré comme tacitement recetté à défaut de réserves respectant ce formalisme<sup>841</sup>. Aussi la Cour d'appel n'avait-elle pas à proscrire l'idée que le progiciel avait fait l'objet d'une recette tacite en faisant seulement état de maintes observations relatives à son fonctionnement ; elle devait rechercher, comme l'y invitait l'article 6.1, si la société R.B.I. avait émis des réserves respectant le formalisme prévu dans le délai convenu. Or, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Tout d'abord, elle a jugé « *que si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable* ». Puis, elle a ajouté que la Cour d'appel avait pu admettre que la présomption de recette tacite avait été renversée par la société R.B.I., en rapportant la preuve que la société B.I.T. ne lui avait pas livré un progiciel

---

<sup>839</sup> Sur la réduction du « doute factuel » d'une manière non-définitive, v. *supra* n° 30 et ss.

<sup>840</sup> Cass. com., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-19.615 (publié au bulletin) ; Gaz. Pal. 9 janvier 2018, p. 34, note D. HOUTCIEFF ; A.J. Contrat 2018, p. 37, obs. Th. DOUVILLE ; R.T.D. civ., 2018, p. 123, obs. H. BARBIER ; D. 2018, p. 327, note G. LARDEUX.

<sup>841</sup> En matière informatique, la recette a deux sens : elle renvoie non seulement à la réception et à l'acceptation d'un matériel ou d'un logiciel, mais aussi aux tests qui ont précédé la réception.

qui pouvait fonctionner et être commercialisé, et qu'elle n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par la société B.I.T.

Ainsi, dans cet arrêt rendu avant la réforme du droit de la preuve, la Haute Juridiction a nettement dénié aux parties la possibilité de créer contractuellement une présomption qui ne souffre pas de la preuve contraire, soit celle de réduire le « doute factuel » d'une manière définitive.

**179. L'impossibilité de donner une force probante plus grande à l'aveu extrajudiciaire et au serment supplétoire**<sup>842</sup>. Ensuite, les parties ne peuvent pas directement gérer le doute en conférant une force probante plus grande à l'aveu extrajudiciaire et au serment supplétoire.

En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1356 du Code civil, les conventions sur la preuve « *ne peuvent (...) modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment* ».

Autrement dit, une partie ne peut pas accorder à l'aveu extrajudiciaire et au serment supplétoire la force probante d'une « preuve parfaite »<sup>843</sup>. Elle ne peut pas définir leur crédit en prévoyant qu'ils feront « foi » à certaines conditions. En effet, le juge doit être laissé libre de les apprécier souverainement, comme le Code civil le précise à l'alinéa 2 de l'article 1383-1 (aveu extrajudiciaire)<sup>844</sup> et à l'alinéa 3 de l'article 1386 (serment supplétoire)<sup>845</sup>. Ce sont les circonstances qui le justifient : l'aveu extrajudiciaire est une déclaration qui intervient hors la présence du juge ou en justice, mais à l'occasion d'une autre instance, tandis que le serment supplétoire est une mesure d'instruction qui vise à éclairer le juge sur les circonstances de la cause<sup>846</sup>.

Or, en signalant que les conventions sur la preuve ne peuvent modifier la foi attachée à l'aveu et au serment, et tout particulièrement, celle de l'aveu extrajudiciaire et du serment supplétoire, le législateur exclut la réduction du « doute intellectuel ». En effet, les parties ne

---

<sup>842</sup> Sur la force probante de l'aveu extrajudiciaire et du serment supplétoire, v. *supra* n° 49.

<sup>843</sup> En ce sens, à propos de l'aveu extrajudiciaire, v. A. AYNÈS, *art. préc.*, p. 48.

<sup>844</sup> L'al. 2 de l'art. 1383-1 du C. civ. consacre une solution jurisprudentielle constante. Sur le principe que le juge apprécie librement la portée probatoire de l'aveu extrajudiciaire, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 1970, Bull. civ. I, n° 287 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juillet 2001, Bull. civ. I, n° 213 ; R.G.D.A., 2001, p. 999, note L. MAYAUX.

<sup>845</sup> L'al. 3 de l'art. 1386 du C. civ. consacre une solution qui ne faisait aucun doute pour la jurisprudence. Sur le principe que le juge apprécie librement la portée probatoire du serment supplétoire ou le refus de le prêter, v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 février 1971, Bull. civ. II, n° 50 ; Cass. com., 4 octobre 1988, pourvoi n° 86-13.156 (inédit).

<sup>846</sup> Pour une présentation du serment supplétoire comme une mesure d'instruction, v. L. CADIET & E. JEULAND, *op. cit.*, n° 587 et 588, pp. 524 et ss.

peuvent pas encadrer de manière stricte le pouvoir d'appréciation du juge ; elles porteraient gravement atteinte à sa fonction juridictionnelle.

Si la faculté de gérer directement le doute est tempérée par des limites spéciales, elle l'est encore par des limites plus générales.

## 2) Les limites générales

**180. L'impossibilité de conférer une force probante plus grande à des moyens de preuve autres que ceux visés par le législateur à l'article 1356 du Code civil.** Les parties ne peuvent pas directement gérer le doute en accordant une force probante plus grande aux moyens de preuve « imparfaits ».

En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1356 du Code civil, les conventions sur la preuve ne connaissent pas de limites propres à la force probante des modes de preuve autre que celle de ne pas « *modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment* »<sup>847</sup>. Toutefois, en dépit du silence de ce texte, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à penser que les parties ne peuvent pas aménager certaines règles de preuve en raison de leur caractère impératif, dont la force probante des moyens de preuve<sup>848</sup>.

Autrement dit, une partie ne peut pas accorder à des « preuves imparfaites » la force probante d'une « preuve parfaite ». Elle ne peut pas définir leur crédit en prévoyant *ab initio* qu'elles feront « foi » à certaines conditions. Tel est tout particulièrement le cas de la preuve testimoniale produite en justice sous la forme d'une attestation. En effet, le juge doit encore être laissé libre de les apprécier souverainement au regard des circonstances dans lesquelles elles interviennent.

Or, en proclamant le caractère impératif de certaines règles de preuve, comme celles relatives à la force probante des modes de preuve, la jurisprudence et la doctrine interdisent la réduction du « doute intellectuel ». En effet, les parties ne peuvent pas agencer le pouvoir du juge d'apprécier la preuve, quelle que soit sa nature. Elles ne peuvent aucunement porter atteinte à sa fonction juridictionnelle.

---

<sup>847</sup> V. *supra* n° 179.

<sup>848</sup> Par ex., la force probante des écrits authentiques, la discussion contradictoire des preuves (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 février 1997, Bull. civ. II, n° 62), l'obligation de recourir à la procédure d'inscription de faux pour démontrer l'inexactitude d'un écrit authentique (Cass. civ., 14 janvier 1885, S. 1888, I, p. 13) ou l'interdiction faite au juge de déléguer son pouvoir d'appréciation des preuves (Cass. civ., 15 décembre 1930, S. 1931, I, p. 68).

Ainsi, au regard de la typologie des limites modelant la validité des conventions sur la preuve, la faculté reconnue aux parties de gérer directement le doute apparaît conséquente. En effet, les parties bénéficient d'une grande marge de manœuvre pour conclure toute sorte de conventions sur la preuve et, consécutivement, gérer le doute.

## **SECTION II : LES MODALITÉS**

**181.** Pour gérer directement le doute, les parties peuvent pleinement agir sur les procédés de preuve, l'objet de la preuve et la charge de la preuve. Autrement dit, dans un esprit assez semblable à celui du législateur, elles peuvent directement gérer le doute en organisant non seulement sa réduction (§ I), mais également son traitement (§ II).

### **§ I : La réduction du doute**

**182.** Pour réduire le doute de façon directe, les parties sont libres de recourir à toute sorte de conventions sur la preuve. Tout d'abord, elles peuvent instaurer en faveur de l'une d'elles une présomption conventionnelle (simple ou mixte). Ensuite, elles peuvent limiter les modes de preuve légalement admissibles ou les augmenter, voire les écarter au profit de nouveaux modes de preuve qui résultent de techniques modernes<sup>849</sup>. Enfin, elles peuvent conforter la recevabilité de modes de preuve unilatéraux ou prévoir un conflit de preuve écrite. Aussi les parties peuvent-elles aménager les règles sur l'objet de la preuve (A) ou celles sur les modes de preuve (B).

#### **A) L'aménagement des règles sur l'objet de la preuve**

**183. La réduction du doute à l'aide d'une présomption conventionnelle simple ou mixte.** Les parties peuvent réduire le doute en instaurant au profit de l'une d'elles une présomption conventionnelle simple ou mixte.

En effet, à l'aune des indications énoncées par le nouvel article 1356 du Code civil, les parties peuvent prévoir que l'existence d'un fait devra être reconnue par le juge dès lors que d'autres faits auront été effectivement démontrés. Par exemple, la livraison de tel bien peut être présumée à défaut de contestation par le client de la facture qui lui a été adressée dans

---

<sup>849</sup> Pour un aperçu des conventions sur la preuve envisageables, v. M. COTTET, *Les conventions sur la preuve*, in *Hommage à Robert Le Balle*, dir. D. CHOLET, Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2016, pp. 47 et ss., spéc. pp. 48 et ss.

un délai déterminé<sup>850</sup>. Toutefois, elles ne peuvent pas empêcher celle contre laquelle joue la présomption de la combattre. Celle-ci doit pouvoir la remettre en cause, par tous moyens ou par certains moyens.

Ainsi, en instituant au profit de l'une d'elles une présomption conventionnelle simple ou mixte, les parties peuvent véritablement réduire le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, mais pas d'une manière définitive<sup>851</sup>. En effet, par le biais de ces deux sortes de présomptions, le fait présumé peut ultérieurement entrer dans le champ de la preuve et, éventuellement, du doute, parce que le débat probatoire demeure plus ou moins ouvert<sup>852</sup>.

D'ailleurs, la jurisprudence a toujours reconnu que les parties pouvaient instaurer des présomptions conventionnelles. Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation en date du 16 février 1903 en offre une illustration<sup>853</sup>.

En l'espèce, un contrat de mariage instituant la séparation de biens des époux portait cette clause : « *Les meubles meublants, ustensiles de ménage et autres objets mobiliers, les deniers comptants et les valeurs au porteur, qui existeront dans les lieux où les époux auront leur domicile ou leur résidence, seront la propriété exclusive de la future épouse, sans que le futur époux y ait aucun droit, à moins que lui ou ses représentants ne justifient de ses droits par titres réguliers [...]* ».

Or, dans le cadre d'une action de l'épouse tendant à contester l'état liquidatif dressé par le notaire à la suite du décès de l'époux, la Cour de cassation a affirmé, en application de la clause, que les titres de rente litigieux appartenaient bien au mari, parce qu'ils avaient été trouvés dans une villa qui n'avait jamais constitué la résidence commune du couple.

Ainsi, à la présentation des titres de propriété, a été préférée la preuve d'une simple situation de fait, la présence des meubles au domicile ou à la résidence des époux, en vue de procéder à la répartition.

---

<sup>850</sup> En ce sens, v. W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2016, V° Preuve, pp. 640 et ss., spéc. p. 643.

<sup>851</sup> Sur la réduction du « doute factuel » d'une manière non-définitive, v. *supra* n° 30 et ss.

<sup>852</sup> V. *supra* n° 30 et ss.

<sup>853</sup> Cass. req., 16 février 1903, S. 1904, I, p. 34.

Si les parties peuvent en amont réduire le doute en aménageant l'objet de la preuve, elles peuvent aussi le réduire en aménageant les modes de preuve.

## **B) L'aménagement des règles sur les modes de preuve**

**184. La réduction du doute par l'admissibilité d'un mode de preuve issu d'une technique moderne**<sup>854</sup>. Tout d'abord, les parties peuvent réduire le doute en prévoyant qu'un mode de preuve issu d'une technique moderne sera recevable en justice.

À dire vrai, avec le développement de la technologie, des nouveaux modes de preuve gagnent nécessairement la sphère du contrat. Toutefois, ils peuvent se heurter aux principes fondamentaux du droit de la preuve en vigueur. Par exemple, avant l'intervention législative du 13 mars 2000, les nouveaux modes de preuve avaient tous en commun d'évincer l'écrit et l'élément majeur de la signature<sup>855</sup>. Aussi ne permettaient-ils pas de prouver valablement un acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant de 5000 francs<sup>856</sup>. Tel pouvait être le cas de l'usage d'une carte magnétique et de la composition concomitante d'un code confidentiel pour prouver un ordre de paiement.

Ainsi, en retenant par avance un mode de preuve issu d'une technique moderne dans le contrat, les parties réduisent le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elles le rendent admissible en justice. En effet, le juge pourra l'examiner et le prendre en considération pour forger sa conviction.

**185. La réduction du doute par l'admissibilité d'un écrit électronique non fiable.** De plus, les parties peuvent réduire le doute en admettant qu'un écrit électronique non fiable pourra constituer un mode de preuve.

En effet, depuis la loi du 13 mars 2000 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », l'écrit électronique est un mode de preuve au même titre que l'écrit sur support papier. Cependant, il constitue une

---

<sup>854</sup> Sur l'idée que les conventions sur la preuve permettent l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies, v. not. M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>e</sup> partie)*, R.D.C., avril 2009, n° 2, pp. 453 et ss., spéc. p. 455 ; Cl. LUCAS DE LEYSSAC, *Les conventions sur la preuve en matière informatique*, in *Informatique et droit de la preuve*, dir. X. LINANT DE BELLEFONDS, Travaux de l'association française de droit de l'informatique, éd. Des Parques, 1987, pp. 143 et ss., spéc. p. 152.

<sup>855</sup> En ce sens, v. H. CROZE, *Informatique, preuve et sécurité*, D. 1987, Chron., pp. 165 et ss., spéc. n° 5, p. 166.

<sup>856</sup> Sur la preuve d'un acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant de 5000 francs (aujourd'hui 1 500 euros), v. *supra* n° 36.

« preuve parfaite » sous réserve de satisfaire aux conditions posées par les nouveaux articles 1366 et 1367 du Code civil, qui reprennent largement les anciens articles 1316-1 et 1316-4.

Ainsi, aux termes de l'article 1366, il faut non seulement que l'identité de la personne dont le document émane soit certaine, mais encore que les conditions d'établissement et de conservation du document en garantissent l'intégrité. En outre, aux termes de l'article 1367, il faut que la signature électronique « *consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ».

Toutefois, les exigences techniques pour créer un écrit électronique et, spécialement, une signature électronique, apparaissent contraignantes et s'opposent à la généralisation de l'écrit électronique fiable au sens de la loi<sup>857</sup>.

Aussi les conventions sur la preuve peuvent-elles indéniablement offrir aux parties un moyen de contourner ces difficultés d'ordre simplement technique. Elles peuvent permettre l'admission d'« écrits électroniques » comme modes de preuve sans que ceux-ci satisfassent aux exigences légales. C'est le cas, par exemple, de la clause qui prévoit des enregistrements informatiques pour constater les opérations réalisées par cartes bancaires.

Or, en admettant un écrit électronique « non fiable » comme mode de preuve dans le contrat, les parties réduisent là encore le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elles le rendent recevable en justice. En effet, le juge pourra à nouveau l'examiner et le prendre en considération pour former sa conviction.

**186. La réduction du doute par la restriction des modes de preuve admissibles.** En outre, les parties peuvent réduire le doute en restreignant les modes de preuve d'un acte juridique ou d'un fait juridique.

Tout d'abord, au regard des dispositions prévues par le Code civil, le législateur exclut très largement la preuve écrite pour prouver un acte juridique. En effet, il écarte la première

---

<sup>857</sup> En ce sens, avant la réforme du droit de la preuve, v. L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC & L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014, n° 39, pp. 26 et ss., spéc. p. 27. D'ailleurs, pour qu'un écrit électronique puisse être admis en tant que preuve par les tribunaux, une procédure fondée sur un document appelé « Politique de gestion de preuve » peut être utilisée : elle permet de garantir la preuve et de se ménager la preuve de la validité d'un écrit électronique, v. en ce sens, É. A. CAPRIOLI, *Signature électronique et dématérialisation*, *Droit et pratiques*, Préf. J. HUET, LexisNexis, Coll. Droit & professionnels, 2014, n° 142, p. 121 ainsi que n° 146 et ss., pp. 125 et ss.

règle de l'article 1359 du Code civil pour les actes juridiques en deçà d'une somme ou d'une valeur de 1 500 euros<sup>858</sup>. De plus, il écarte les deux règles de l'article 1359 du Code civil pour les actes juridiques en matière commerciale<sup>859</sup>.

Aussi les conventions sur la preuve peuvent-elles permettre aux parties de limiter les modes de preuve d'un acte juridique en substituant une preuve écrite à une preuve par tous moyens. Par exemple, en matière civile, les parties peuvent convenir qu'un acte juridique en deçà d'une somme ou d'une valeur de 1 500 euros pourra être prouvé par un écrit.

Or, en décidant de prouver un acte juridique, non plus par tous moyens, mais par une preuve écrite, les parties réduisent fortement deux types de doutes. En effet, elles réduisent non seulement le « doute matériel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, parce qu'elles préfèrent une preuve qui offre la sécurité d'une vérité plus fiable en raison même de son support, mais aussi le « doute intellectuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, parce qu'elles « brident » le pouvoir d'appréciation du juge.

Ensuite, au regard des dispositions prévues par le Code civil, le législateur autorise en principe une preuve par tous moyens pour prouver un fait juridique<sup>860</sup>. En effet, il indique au cœur du nouvel article 1358 que « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* ».

Aussi les conventions sur la preuve peuvent-elles permettre aux parties de limiter les modes de preuve d'un fait juridique en substituant une preuve par des moyens déterminés à une preuve par tous moyens.

D'ailleurs, la jurisprudence offre plusieurs exemples de pareils aménagements.

Ainsi, dans un arrêt en date du 30 juillet 1884, la chambre des requêtes de la Cour de cassation a énoncé que l'ancienneté d'un ouvrier, pour obtenir une pension conventionnelle

---

<sup>858</sup> V. *supra* n° 39.

<sup>859</sup> V. *supra* n° 39.

<sup>860</sup> V. *supra* n° 39.

de retraite, devait être prouvée conformément au règlement de la caisse des retraites d'une compagnie minière<sup>861</sup>.

En l'occurrence, la Compagnie des mines de Roche-la-Morlière octroyait une pension conventionnelle de retraite à ses ouvriers. Néanmoins, le règlement de la caisse des retraites de la Compagnie imposait à l'ouvrier de démontrer « *trente ans de services effectifs dans les exploitations de la Compagnie* » « *par des documents écrits* ». En outre, il excluait tout autre mode de preuve. Or, la Haute Juridiction a reconnu la validité d'une telle clause, alors même qu'elle paraissait assez sévère pour l'ouvrier. Autrement dit, elle a considéré que la clause du contrat pouvait limiter les modes de preuve d'un fait juridique.

De même, dans un arrêt plus récent en date du 10 janvier 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que le droit au gain d'un joueur devait être démontré conformément au règlement de la Loterie nationale<sup>862</sup>.

En l'espèce, un joueur avait demandé le paiement de son gain après un tirage du Loto national. Néanmoins, il n'avait pas pu présenter le reçu ou le double de son bulletin. Pour lui reconnaître le droit de percevoir de la société Française des jeux un lot de 1 941 270 francs, la Cour d'appel avait alors estimé qu'« *en l'absence d'une disposition excluant expressément toute autre preuve du droit du parieur, on (devait) admettre la possibilité de prouver par tous moyens le droit au gain réclamé* ». Or, la Cour de cassation a cassé l'arrêt, au visa de l'article 1134 du Code civil. Tout d'abord, elle a mentionné l'article 14 du règlement du Loto national aux termes duquel « *les gains (étaient) payables sur remise du reçu ou du double du bulletin, sans que le requérant ait à justifier de son identité* ». Puis, elle a souligné que la Cour d'appel avait dénaturé les termes clairs et précis du contrat. Autrement dit, le parieur ne pouvait pas prouver qu'il avait joué les bons numéros par tous moyens ; il devait uniquement le faire par les moyens de preuve spécifiés dans le règlement du Loto national<sup>863</sup>.

---

<sup>861</sup> Cass. req., 30 juillet 1884, S. 1885, I, p. 374 : « *qu'en déclarant inadmissible la preuve testimoniale interdite par la convention, souverainement interprétée par lui, l'arrêt attaqué, loin de violer les art. 1341, 1347 et 1348, C. civ., dont l'application dans la cause est repoussée par cette convention même, n'a fait qu'obéir aux prescriptions de l'art. 1134* ».

<sup>862</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 26 ; Defrénois 1995, art. 36100, n° 64, p. 746, note Ph. DELEBECQUE.

<sup>863</sup> D'ailleurs, les juges avaient déjà estimé qu'une telle preuve ne pouvait être rapportée autrement que par les moyens prévus dans le règlement de la Loterie nationale, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 février 1994, Bull. civ. I, n° 53. Pour autant, une approche autre que probatoire existe : le bulletin gagnant peut être qualifié de titre au porteur, ce

Or, en imposant de prouver un fait juridique, non plus par tous moyens, mais par des moyens de preuve définis dans le contrat, les parties réduisent le « doute matériel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, parce qu'elles écartent *de facto* ceux qui susciteraient une certaine méfiance, comme les témoignages ou les présomptions.

**187. La réduction du doute par l'extension des modes de preuve admissibles.** De même, les parties peuvent réduire le doute en libéralisant les modes de preuve d'un acte juridique.

En effet, aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1359 du Code civil, le législateur prévoit un écrit pour établir un acte juridique excédant une somme ou une valeur de 1 500 euros<sup>864</sup>.

Aussi les conventions sur la preuve peuvent-elles permettre aux parties de libéraliser les modes de preuve d'un acte juridique en substituant, par exemple, une preuve libre à une preuve écrite.

Or, en convenant de prouver un acte juridique, non plus par une preuve écrite, mais par une preuve libre (ou par tous moyens), les parties réduisent le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elles augmentent l'assiette probatoire sur laquelle s'exerce le pouvoir d'appréciation du juge. En somme, ce n'est plus la qualité de la preuve qui réduit le doute, mais la quantité de preuves.

**188. La réduction du doute par le choix d'une preuve établie d'une façon unilatérale.** Par ailleurs, les parties peuvent réduire le doute en retenant une preuve établie unilatéralement par l'une d'elles pour prouver un fait juridique.

À dire vrai, la preuve d'un fait juridique peut en principe être faite par tous moyens, y compris par une preuve unilatérale<sup>865</sup>.

En effet, contrairement à ce qu'affirme souvent la doctrine, le « principe »<sup>866</sup> « Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ne fixe pas une règle d'irrecevabilité de la preuve auto-constituée<sup>867</sup>. Le sens et la portée d'un tel principe sont bien plus obscurs.

---

qui exclut tout paiement sans sa remise, v. Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 janvier 1995, *préc.*, p. 747, et de manière plus détaillée, O. AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, Préf. Ph. DELEBECQUE, L.G.D.J., Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, 2004, n° 411, p. 324 ainsi que n° 441, pp. 340 et ss.

<sup>864</sup> V. *supra* n° 36.

<sup>865</sup> V. *supra* n° 39.

D'une part, au regard de la jurisprudence récente de la Haute Juridiction, il s'applique à la seule preuve des actes juridiques, non à celle des faits juridiques<sup>868</sup>. De nombreux arrêts le proclament constamment<sup>869</sup>. Ainsi, lorsqu'un élément de preuve unilatéral est produit par une partie pour prouver un fait juridique, il doit être librement admis et apprécié par le juge.

D'autre part, il doit être bien distingué du principe « *Nul ne peut se constituer de titre à soi-même* », consacré *in extremis* par le nouvel article 1363 du Code civil<sup>870</sup>. En effet, inséré dans une section du Code civil propre à la seule preuve par écrit, le principe « Nul ne peut se constituer de titre à soi-même » interdit uniquement à une partie de se créer elle-même une preuve littérale, c'est-à-dire une « preuve parfaite », pour prouver un acte juridique<sup>871</sup>. Aussi n'est-il rien d'autre qu'une « *coquille vide* », puisque les règles de confection des écrits (sous signature privée et authentiques) excluent *de facto* la preuve d'un acte juridique par un écrit que le plaideur se serait unilatéralement constitué<sup>872</sup>.

Ainsi, alors même qu'un fait juridique peut toujours être prouvé à l'aide d'un procédé de preuve unilatéral, les conventions sur la preuve peuvent s'avérer très utiles. Elles peuvent légitimer le recours à une preuve unilatérale dans l'hypothèse spécifique où un fait juridique serait quasiment impossible à prouver de manière différente.

---

<sup>866</sup> L. LEVENEUR le qualifie même de « *grand principe* », v. L. LEVENEUR, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 novembre 1997, C.C.C., 1998, comm. n° 21.

<sup>867</sup> Pour une critique de ce principe, v. not. Cl. MOULY-GUILLEMAUD, *La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme*, R.T.D. civ., 2007, pp. 253 et ss. ainsi que *Nul ne peut se constituer de titre à soi-même... C'est-à-dire ?*, R.T.D. civ., 2018, pp. 45 et ss. ; P. LEMAY, *Retour sur l'adage « Nul ne peut se constituer une preuve à soi-même »*, la Cour de cassation veille au grain, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mars 2014 et Cass. soc., 19 mars 2014, J.C.P. (G), 2014, 679, pp. 1169 et ss.

<sup>868</sup> Plus largement, il ne s'appliquerait pas dans toutes les matières où la preuve est libre, v. en ce sens, Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 246, pp. 222 et ss., spéc. p. 223.

<sup>869</sup> V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2005, pourvoi n° 02-19.757 (inédit) ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mars 2014, Bull. civ. II, n° 65 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-18.908 (inédit) ; Cass. soc., 12 mai 2010, pourvoi n° 08-45.416 (inédit) ; Cass. com., 27 mai 2014, pourvoi n° 13-14.106 (inédit).

<sup>870</sup> Ce principe ne figurait pas dans le projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015.

<sup>871</sup> En ce sens, v. not. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 854 et ss. ; É. VERGÈS, *Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil*, in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, pp. 155 et ss., spéc. p. 161.

<sup>872</sup> G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 1174, pp. 997 et ss., spéc. p. 998.

Tel est le cas des clauses stipulées dans les « contrats de fourniture »<sup>873</sup> (en eau, gaz, électricité ou téléphone) qui prévoient que la preuve de la consommation du client sera faite par le relevé établi par le fournisseur<sup>874</sup>.

Or, en convenant de prouver un fait juridique par une preuve unilatérale définie dans le contrat, les parties réduisent le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elles confortent la recevabilité d'un tel élément de preuve au cours d'un éventuel procès. En effet, cet élément de preuve unilatéral apparaît d'autant plus à même de prouver un fait juridique qu'il a été contractuellement accepté en amont.

**189. La réduction du doute par la résolution des conflits de preuve écrite.** Finalement, les parties peuvent réduire le doute en prévenant un conflit de preuve littérale.

En effet, lorsque les parties constatent leur accord, elles peuvent choisir d'y procéder sur support électronique et sur support papier. Toutefois, une discordance peut être décelée entre ces deux documents.

Dans le silence de la loi et du contrat, l'article 1368 du Code civil<sup>875</sup> laisse alors le juge libre de résoudre un tel conflit<sup>876</sup>. Il « *rend in fine le juge seul évaluateur de la preuve* », en le laissant déterminer le titre le plus crédible par tous moyens<sup>877</sup>.

Or, en instaurant une hiérarchie entre un écrit électronique et un écrit papier dans le contrat, les parties réduisent le « doute matériel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir

---

<sup>873</sup> La qualification de « contrats d'abonnement », qui est très souvent utilisée (v. par ex., W. DROSS, *dict. préc.*, V° Preuve, pp. 640 et ss., spéc. p. 647) semble inadaptée, v. en ce sens, D. AMMAR, *Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique*, R.T.D. civ., 1993, pp. 499 et ss.

<sup>874</sup> V. par ex., pour une consommation de gaz, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1991, Bull. civ. I, n° 181 ; R.T.D. civ., 1992, p. 404, obs. P.-Y. GAUTIER ; d'eau, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 1999, *préc.* ; d'électricité, Cass. com., 24 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 131 ; et de téléphone, C.A. Paris, 8<sup>e</sup> ch. B, 19 décembre 1996, C.C.C., 1997, comm. n° 140, note crit. G. RAYMOND.

<sup>875</sup> Ce texte reprend l'ancien art. 1316-2 du C. civ. en allégeant sa formulation.

<sup>876</sup> Sur l'entière liberté conférée au juge pour régler les conflits de preuve littérale dans le silence de la loi et du contrat, quels qu'ils soient, v. not. A. AYEWOADAN, *th. préc.*, n° 168, p. 188 ; L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC & L. MORLET-HAÏDARA, *op. cit.*, n° 40, pp. 28 et ss., spéc. p. 29 ; P. CATALA, *Écriture électronique et actes juridiques*, in Mélanges M. CABRILLAC, Litec, 1999, pp. 91 et ss., spéc. p. 103.

<sup>877</sup> A. AYEWOADAN, *th. préc.*, n° 168, p. 188.

de la fiabilité de la preuve, parce qu'elles signalent au juge celui qui doit être analysé comme digne de confiance<sup>878</sup>.

Pour gérer directement le doute, les parties peuvent encore organiser son traitement en agissant sur la charge de la preuve.

## § II : Le traitement du doute

**190. Le traitement du doute par l'aménagement de la charge de la preuve<sup>879</sup>.** Les parties peuvent organiser le traitement du doute en modifiant les principes retenus par le juge pour attribuer la charge de la preuve à l'une d'elles.

En effet, le juge traite le doute en se référant aux choix opérés par le législateur ou en interprétant les règles de droit applicables à chaque litige<sup>880</sup>. Aussi existe-t-il des principes d'origine légale ou jurisprudentielle qui permettent d'attribuer la charge de la preuve à l'une des parties plutôt qu'à l'autre dans une situation donnée.

Cependant, à l'aune des indications énoncées par le nouvel article 1356 du Code civil, les parties peuvent organiser le traitement du doute en renonçant aux principes habituels de répartition de la charge de la preuve. En effet, la lettre du texte ne s'y oppose pas. D'ailleurs, la jurisprudence en offre plusieurs illustrations.

**191. L'exemple du mandat d'intérêt commun.** Ainsi, à titre d'exemple, les parties peuvent aménager la charge de la preuve du caractère abusif d'une rupture dans un mandat d'intérêt commun.

En effet, contrairement au mandat, un mandat d'intérêt commun n'est pas librement révocable<sup>881</sup> : il ne peut être révoqué que du consentement mutuel des parties, ou pour une cause reconnue en justice, ou suivant les clauses et conditions spécifiées par le contrat<sup>882</sup>.

---

<sup>878</sup> Sur la possibilité d'instaurer une hiérarchie entre un écrit papier et un écrit électronique, v. W. DROSS, *dict. préc.*, V° Preuve, pp. 640 et ss., spéc. pp. 647 et ss. ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5<sup>ème</sup> éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD & J.-B. SEUBE, Francis Lefebvre, 2017, n° 1337, p. 427.

<sup>879</sup> Les parties peuvent simplement rappeler les principes de répartition de la charge de la preuve, v. en ce sens, J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 1331, p. 425.

<sup>880</sup> V. *supra* n° 108 et ss.

<sup>881</sup> Le mandat est librement révocable, v. art. 2004 du C. civ.

<sup>882</sup> Cass. civ., 13 mai 1885, D.P. 1885, I, p. 350 ; *adde*, Cass. com., 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 172.

Néanmoins, lorsque la révocation d'un mandat d'intérêt commun se produit de façon unilatérale, elle n'est pas inefficace. Le mandataire a droit à des dommages-intérêts, à moins que la révocation soit justifiée par une faute du mandataire<sup>883</sup> ou une cause légitime<sup>884</sup>, dont il incombe au mandant de prouver l'existence<sup>885</sup>.

Or, les parties peuvent prévoir que le mandataire devra établir le caractère abusif du droit de révocation exercé par le mandant pour obtenir des dommages-intérêts. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 juillet 1965 en témoigne<sup>886</sup>.

Dans cette affaire, la « société Manil » avait signé un contrat le 6 mai 1924, par lequel elle avait chargé « Stevens », agent commercial, de représenter ses produits. Puis, le 3 juillet 1954, elle l'avait résilié. Pour déclarer la rupture de contrat abusive et reconnaître à Stevens le droit à une indemnité compensatrice, la Cour d'appel avait alors admis que le contrat du 6 mai 1924, à durée indéterminée, constituait un mandat d'intérêt commun et qu'il ne pouvait être révoqué que pour une cause légitime dont le mandant devait rapporter la preuve. Ainsi, au regard des circonstances entourant la rupture du contrat, elle avait jugé que la Société ne pouvait pas rapporter la preuve, à sa charge, d'un motif de rupture, et que les juges du fond avaient à bon droit estimé abusive la résiliation du contrat. Cependant, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa de l'article 1134 du Code civil. En effet, elle a précisé que le contrat du 6 mai 1924 comportait une clause de rupture, qui prévoyait que chaque partie pouvait mettre fin au contrat, moyennant un délai de préavis de trois mois, et ce, sans aucune indemnité ou redevance d'aucune sorte, quelle que soit la cause de cette rupture. En déclarant abusive la résiliation du contrat, au seul motif que la Société n'avait pas rapporté la preuve d'une cause légitime de rupture, alors qu'il pouvait être mis fin au contrat de Stevens par application des clauses et conditions claires et précises de la convention, sauf preuve à sa charge, d'un abus de droit de révocation imputable à la Société, la Cour d'appel avait donc purement méconnu la portée de celles-ci.

---

<sup>883</sup> Cass. com., 6 janvier 1981, Bull. civ. IV, n° 3.

<sup>884</sup> Est not. reconnue comme une cause légitime la réorganisation de l'entreprise, v. Cass. com., 11 juillet 1963, Bull. civ. III, n° 376.

<sup>885</sup> En ce sens, v. J. RAYNARD & J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 9<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2017, n° 553, pp. 465 et ss., spéc. p. 465.

<sup>886</sup> Cass. com., 19 juillet 1965, Bull. civ. III, n° 456.

Ainsi, dans cet arrêt du 19 juillet 1965, la Haute Juridiction a considéré que les parties pouvaient exclure le principe habituel de répartition de la charge de la preuve. En effet, elles pouvaient prévoir que le mandataire ait à prouver le caractère abusif du droit de révocation exercé par le mandant pour obtenir des dommages-intérêts.

Par conséquent, en modifiant les principes classiques de répartition de la charge de la preuve, les parties organisent le traitement du doute à leur gré. Elles conviennent en amont de celle d'entre elles qui devra prouver un fait et perdre le procès en cas de doute subsistant dans l'esprit du juge.

Néanmoins, quand les parties aménagent la charge de la preuve, elles intervertissent en général le risque de succomber au procès. Aussi la partie qui assume la charge de prouver tel ou tel fait, conformément au contrat, se prive-t-elle clairement d'un avantage qui lui était reconnu par la loi !

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**192. La gestion du doute possible.** Les parties peuvent directement gérer le doute à l'aide de conventions sur la preuve.

En effet, depuis la réforme du droit de la preuve, l'article 1356 du Code civil proclame sans détour la validité de principe des conventions sur la preuve ; il n'offre plus seulement la possibilité de conclure des conventions sur la preuve dans le cas bien particulier du conflit de preuve littérale, comme le faisait l'ancien article 1316-2 du Code civil.

**193. La gestion du doute vaste.** Ainsi, dans le respect des limites textuelles ou non posées à la validité des conventions sur la preuve, les parties peuvent très largement gérer le doute.

D'une part, elles peuvent le réduire en agissant sur l'objet de la preuve (par exemple, en instituant une présomption conventionnelle mixte) ou les modes de preuve (par exemple, en limitant les modes de preuve légalement recevables ou en prévenant un conflit de preuve littérale). D'autre part, elles peuvent le traiter en agissant sur la charge de la preuve.

Si les parties peuvent directement gérer le doute au moyen du contrat, elles peuvent encore le gérer indirectement, c'est-à-dire d'une manière plus insidieuse.

## **CHAPITRE II : LA GESTION INDIRECTE**

**194.** Pour gérer indirectement le doute, les parties peuvent faire appel à une vaste palette de clauses qui n'agissent à première vue pas sur la preuve. D'une part, elles peuvent recourir à des clauses dont l'objet est de créer des droits ou des obligations (elles sont nombreuses) : à titre d'illustrations, tel est le cas de la clause résolutoire qui permet de supprimer la preuve d'une inexécution contractuelle suffisamment grave ou de la clause de conciliation préalable obligatoire qui permet de susciter un débat sur la preuve entre les parties. D'autre part, elles peuvent recourir à des clauses dont l'objet n'est pas à proprement parler de créer des droits ou des obligations, mais de constater un fait ou un état de fait<sup>887</sup>. À titre d'illustration, tel est le cas de la clause dans laquelle l'acheteur reconnaît qu'il a pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il les a acceptées. En effet, elle permet de préconstituer une preuve écrite, d'exiger une preuve contraire par un écrit et d'encadrer le pouvoir du juge lors de son appréciation. D'une façon plus générale, les parties peuvent donc recourir à des clauses dont l'objet est manifestement d'organiser leur relation contractuelle ou de résoudre un éventuel litige. Ainsi, elles peuvent indirectement gérer le doute tant sur le plan substantiel (Section I) que sur le plan processuel (Section II).

### **SECTION I : LA GESTION INDIRECTE DU DOUTE SOUS UN ANGLE**

#### **SUBSTANTIEL**

**195.** Pour gérer indirectement le doute, les parties peuvent recourir à de très nombreuses clauses. En effet, d'aucunes leur permettent d'agir indirectement sur l'objet de la preuve, les modes de preuve et leur force probante. Par exemple, la clause résolutoire agit sur l'objet de la preuve en éliminant la preuve d'une inexécution contractuelle suffisamment grave, tandis que les clauses de constatation agissent sur les procédés de preuve et leur force probante en préconstituant une preuve écrite, en exigeant une preuve contraire par écrit et en encadrant le pouvoir du juge de l'apprécier. En outre, d'autres leur permettent d'agir indirectement sur la charge de la preuve. Par exemple, la clause qui modifie l'intensité de certaines obligations agit sur la charge de la preuve en l'inversant. Ainsi, dans un esprit assez semblable à celui du

---

<sup>887</sup> Les clauses qui constatent uniquement un fait ou un état de fait ne sont parfois pas considérées comme des clauses contractuelles, parce qu'elles ne créent pas à proprement parler des droits ou des obligations.

législateur, les parties peuvent indirectement gérer le doute en organisant non seulement sa réduction (§ I), mais également son traitement (§ II).

### **§ I : La réduction du doute**

**196.** Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent sélectionner deux catégories de clauses. D'une part, elles peuvent recourir à des clauses qui créent simplement des droits ou des obligations. Tel est le cas de la clause résolutoire. De prime abord, comme l'expose B. FAGES, elle est « *celle qui prévoit qu'en cas d'inexécution de telle ou telle de ses obligations par le débiteur, la résolution du contrat interviendra de plein droit* »<sup>888</sup>. Néanmoins, de façon accessoire, elle est celle qui élimine la preuve d'une inexécution contractuelle suffisamment grave. D'autre part, elles peuvent recourir à des clauses qui ne créent pas véritablement des droits ou des obligations, mais se bornent à constater un fait ou un état de fait. Tel est le cas de la clause par laquelle l'acheteur déclare qu'il a pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il les a acceptées. De prime abord, elle constate uniquement l'existence de tel ou tel fait. Néanmoins, de façon accessoire, elle préconstitue une preuve écrite, impose une preuve contraire par un écrit et encadre le pouvoir du juge au moment de son appréciation. Aussi les parties peuvent-elles indirectement réduire le doute à l'aide de clauses qui ont des conséquences sur leurs droits ou leurs obligations de façon immédiate (A) ou médiate (B).

#### **A) Les clauses aux conséquences immédiates sur les droits et obligations des parties**

**197.** Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent stipuler des clauses dans des hypothèses extrêmement sensibles : celle où le contrat n'est pas exécuté (ou mal) et celle où il est ambigu ou incomplet. En d'autres termes, elles peuvent indirectement réduire le doute à l'aide de clauses relatives à l'inexécution du contrat (1) et à l'interprétation du contrat (2).

##### **1) Les clauses relatives à l'inexécution du contrat**

**198.** Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent très largement déployer des clauses relatives à l'inexécution du contrat. En effet, dans l'hypothèse où le contrat n'est pas exécuté (ou mal), la partie insatisfaite a toujours disposé de plusieurs sanctions. Toutefois, le Code civil de 1804 n'en donnait qu'une présentation peu ordonnée et très incomplète. Aussi

---

<sup>888</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2017, n° 300, pp. 255 et ss., spéc. p. 255.

l'ordonnance du 10 février 2016 les a-t-elle regroupées et enrichies dans une section propre à « *L'inexécution du contrat* » et énoncées à titre liminaire dans un nouvel article 1217. Ainsi, depuis la réforme du droit des contrats, le créancier insatisfait dispose d'une large palette de cinq sanctions, qu'il peut très librement mettre en œuvre : les quatre premières ont trait à la force obligatoire du contrat (exception d'inexécution, exécution forcée en nature, réduction du prix et résolution du contrat), tandis que la dernière a trait au débiteur défaillant (mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle)<sup>889</sup>. Pour autant, les parties sont libres de prévoir et façonner les différents remèdes qui, le moment venu, seront à la disposition du créancier en cas d'inexécution de sa prestation par le débiteur. En définitive, elles peuvent indirectement réduire le doute par des clauses relatives à la résolution (a) et à la responsabilité (b).

#### a) Les clauses relatives à la résolution

**199. La réduction du doute par une clause résolutoire = l'évincement de la preuve d'une inexécution contractuelle suffisamment grave.** Les parties peuvent indirectement réduire le doute par une clause résolutoire<sup>890</sup>.

En effet, depuis la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1224 du Code civil consacre expressément trois modes de résolution du contrat : elle peut découler d'une décision de justice, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une clause résolutoire<sup>891</sup>.

Toutefois, le législateur ne fait que tirer les conséquences de la jurisprudence et de la pratique qui s'étaient très progressivement développées sur le fondement de l'ancien article 1184 du Code civil. D'une part, ce texte n'avait pas empêché la Cour de cassation d'admettre la possibilité d'une résolution unilatérale aux risques et périls du créancier dès la fin du XX<sup>ème</sup>

---

<sup>889</sup> Cette classification des sanctions a été élaborée par P. GROSSER, v. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Thèse Paris I, 2000. Néanmoins, si le créancier insatisfait est en principe libre de mettre en œuvre la sanction de son choix, encore faut-il que les conditions de celle-ci soient réunies.

<sup>890</sup> Sur la clause résolutoire, v. not. G. CHANTEPIE, *La gestion contractuelle de la rupture*, A.J.C.A., 2016, pp. 130 et ss. ; N. BLANC & FI. DE SAINT MAURICE, *Les clauses relatives à l'exécution et à l'inexécution*, J.C.P. (N), 2015, 1210, pp. 44 et ss. ; M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 29-30 avril 2015, pp. 1338 et ss. ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, Préf. J. DEVÈZE, L.G.D.J., 1996.

<sup>891</sup> Le C. civ. accueille ces trois modes de résolution avec la même bienveillance, v. en ce sens, B. FAGES, *op. cit.*, n° 299, pp. 254 et ss., spéc. p. 255 ; O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 497 ; *contra*, Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2017, n° 544, pp. 498 et ss., spéc. p. 499.

siècle<sup>892</sup>. D'autre part, en dépit de la formule aux termes de laquelle la résolution devait être demandée en justice, il n'avait pas découragé les praticiens, soutenus par les juges, de faire usage de leur liberté contractuelle pour attacher à l'inexécution un effet résolutoire de plein droit.

Aussi le régime de la clause résolutoire, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, est-il dans une large mesure celui qui avait été affiné progressivement par la Cour de cassation.

En effet, aux termes de l'article 1225 du Code civil, l'efficacité de la clause résolutoire est subordonnée au respect de plusieurs conditions. Tout d'abord, aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup>, il faut qu'elle précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. Autrement dit, la clause doit simplement être rédigée de manière à ce que le débiteur puisse identifier les obligations dont l'inexécution pourra entraîner l'anéantissement du contrat<sup>893</sup> ; elle n'a pas à définir la gravité de l'inexécution<sup>894</sup>. Puis, aux termes de l'alinéa 2, il faut que le débiteur ait été vainement mis en demeure<sup>895</sup>. Enfin, malgré le silence du texte, il faut que le créancier la mette en œuvre de bonne foi<sup>896</sup>. Cette exigence paraît résulter de la prescription générale de l'article 1104 du Code civil, qui indique que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

Cependant, en dépit de la mise en œuvre d'une clause résolutoire, toute intervention judiciaire n'est pas nécessairement évincée<sup>897</sup>. En particulier, si le fait même de l'inexécution reprochée au débiteur est contesté, le procès ne pourra pas être élué<sup>898</sup>. Mais alors, le juge n'a pas le pouvoir d'apprécier la gravité de l'inexécution contractuelle : soit il constate qu'il y

---

<sup>892</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 février 2001, Bull. civ. I, n° 40 ; D. 2001, p. 1568, note Ch. JAMIN ; Defrénois 2001, art. 37365, n° 41, p. 705, note É. SAVAUX ; R.T.D. civ., 2001, p. 363, obs. J. MESTRE & B. FAGES.

<sup>893</sup> En ce sens, v. not. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 499.

<sup>894</sup> En ce sens, v. not. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 498.

<sup>895</sup> Cep., s'il a été stipulé que la résolution résulterait du seul fait de l'inexécution, la mise en demeure n'est pas nécessaire.

<sup>896</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 juillet 1992, Bull. civ. III, n° 254 ; D. 1992, somm. comm., p. 399, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 février 1999, Bull. civ. I, n° 52 ; Defrénois 2000, art. 37107, n° 9, p. 248, note D. MAZEAUD ; D. 2000, somm. comm., p. 360, obs. D. MAZEAUD ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 2009, pourvoi n° 08-11.090 (inédit) ; Cass. com., 15 mai 2012, pourvoi n° 10-26.391/11-13.972 (inédit) ; R.T.D. civ., 2012, p. 727, obs. B. FAGES ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 novembre 2015, pourvoi n° 14-18.487 (inédit).

<sup>897</sup> En ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 276, pp. 282 et ss., spéc. p. 283.

<sup>898</sup> En ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *ibid.*, n° 276, pp. 282 et ss., spéc. p. 283.

a inexécution et se borne à constater la résolution du contrat déjà survenue ; soit il constate qu'il n'y a pas inexécution et écarte le jeu de la clause résolutoire<sup>899</sup>.

En définitive, le juge doit se contenter de vérifier que le manquement, spécifié par les parties et sanctionné par la clause, est bien caractérisé : par exemple, un manquement grave entrant dans la liste arrêtée par les contractants<sup>900</sup> ou une faute quelconque du débiteur<sup>901</sup>.

Or, en prévoyant *ab initio* les faits matériels de l'inexécution susceptibles de produire la résolution du contrat, la clause résolutoire réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle supprime tout bonnement la preuve d'une inexécution contractuelle suffisamment grave. Seule la preuve d'une inexécution sera exigée pour anéantir le contrat ; pas celle d'une inexécution grave.

Dans le cadre de l'inexécution du contrat, les parties peuvent encore réduire le doute d'une manière détournée par des clauses relatives à la responsabilité.

#### **b) Les clauses relatives à la responsabilité**

**200.** Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent très largement déployer des clauses relatives à la responsabilité. À l'analyse, elles peuvent utiliser des clauses qui portent non seulement sur la force majeure, mais également sur l'étendue de la réparation. Aussi les parties peuvent-elles indirectement réduire le doute par des clauses relatives aux conditions de la responsabilité ( $\alpha$ ) et aux effets de la responsabilité ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ ) Les clauses relatives aux conditions de la responsabilité**

**201. La réduction du doute par une clause de force majeure = l'élimination – partielle ou totale – de la preuve des caractères de la force majeure.** Les parties peuvent indirectement réduire le doute par une clause de force majeure<sup>902</sup>.

---

<sup>899</sup> En ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *ibid.*, n° 276, pp. 282 et ss., spéc. p. 283.

<sup>900</sup> Cass. com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-23.067 (inédit) ; R.T.D. civ., 2012, p. 726, obs. B. FAGES.

<sup>901</sup> Cass. com., 10 juillet 2012, Bull. civ. IV, n° 150 ; D. 2013, pan., p. 401, note S. AMRANI-MEKKI & M. MEKKI ; R.D.C., janvier 2013, n° 1, p. 86, obs. Y.-M. LAITHIER ; B. FAGES, *obs. préc.*

<sup>902</sup> Sur la clause de force majeure, v. récemment M. POUMARÈDE, *La clause de force majeure dans les contrats de construction, Validité et rédaction*, R.D. imm., 2017, pp. 456 et ss. ; M. MARTIN, *Pratique contractuelle, Contrats de l'informatique, Les clauses de force majeure dans les contrats informatiques*, C.C.E., 2017, Fiche pratique n° 3, pp. 42 et ss. ; E. SEIFERT, *Liberté contractuelle et force majeure*, R.C.A., 2015, form. n° 5, pp. 43 et ss. ; A.-S. LUCAS-PUGET, *La clause de force majeure*, C.C.C., 2015, form. n° 2, pp. 46 et ss.

À dire vrai, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle suppose la réunion de trois conditions : il faut l'inexécution d'une obligation contractuelle, un dommage ainsi qu'un lien de causalité entre les deux.

Néanmoins, lorsque le débiteur d'une obligation contractuelle engage à première vue sa responsabilité, il peut toujours s'exonérer en établissant un événement de force majeure. En effet, si l'article 1228 du Code civil n'affirme pas très clairement le caractère exonératoire de la force majeure, l'article 1231-1, qui reprend en substance l'ancien article 1147, souligne que le débiteur ne doit pas de dommages et intérêts lorsque l'exécution a été empêchée par la force majeure.

Pour autant, la définition de la force majeure est insatisfaisante. Plus exactement, les caractères constitutifs d'un événement de force majeure suscitent encore des questions.

En effet, avant la réforme du droit des contrats, la force majeure avait longtemps été définie comme un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'activité du débiteur<sup>903</sup>. Puis, la jurisprudence de la Cour de cassation était devenue plus incertaine<sup>904</sup>. En particulier, la première chambre civile était allée jusqu'à affirmer que l'irrésistibilité constituait le critère essentiel de la force majeure, sinon l'unique<sup>905</sup> ! Aussi, par deux arrêts d'assemblée plénière du 14 avril 2006, la Haute Juridiction s'était-elle efforcée de mettre un terme aux dissensions de la jurisprudence sur les conditions de la force majeure<sup>906</sup> : elle l'avait alors définie comme un événement à la fois irrésistible et imprévisible, sans plus parler du caractère d'extériorité, mais sans l'abandonner non plus<sup>907</sup>. Cependant, deux années plus tard, la première chambre civile s'était finalement ravisée en adoptant sans ambiguïté le principe formulé par l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006<sup>908</sup>.

---

<sup>903</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *op. cit.*, n° 757, pp. 683 et ss., spéc. p. 684.

<sup>904</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *ibid.*, n° 757, pp. 683 et ss., spéc. p. 684.

<sup>905</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 novembre 2002, Bull. civ. I, n° 258 ; C.C.C., 2003, comm. n° 53, note L. LEVENEUR ; R.D.C., octobre 2003, n° 1, p. 59, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

<sup>906</sup> Cass. ass. plén., 14 avril 2006 (deux arrêts), Bull. ass. plén., n° 5 et 6 ; J.C.P. (G), 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; D. 2006, p. 1577, note P. JOURDAIN ; R.T.D. civ., 2006, p. 775, obs. P. JOURDAIN ; C.C.C., 2006, comm. n° 152, note L. LEVENEUR ; Defrénois 2006, art. 38433, n° 42, p. 1212, note É. SAVAUX ; R.D.C., octobre 2006, n° 4, p. 1083, obs. Y.-M. LAITHIER ainsi que p. 1207, obs. G. VINEY ; R.L.D.C., juillet/août 2006, n° 29, p. 17, note M. MEKKI.

<sup>907</sup> Le communiqué accompagnant ces arrêts manifestait l'attachement des juges au caractère d'extériorité !

<sup>908</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 octobre 2008, Bull. civ. I, n° 243 ; R.T.D. civ., 2009, p. 126, obs. P. JOURDAIN ; C.C.C., 2009, comm. n° 3, note L. LEVENEUR ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 2935, note I. GALLMEISTER ; J.C.P. (G), 2009, I, 123, n°

Or, depuis la réforme du droit des contrats, la force majeure en matière contractuelle est définie à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1218 du Code civil d'une manière imprécise.

À première vue, le législateur a vraisemblablement consacré la définition classique de la force majeure en admettant trois critères : il exige que l'événement échappe « *au contrôle du débiteur* » (caractère d'extériorité), qu'il n'ait pas pu « *être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat* » (caractère d'imprévisibilité) et que ses effets n'aient pas pu « *être évités par des mesures appropriées* » (caractère d'irrésistibilité)<sup>909</sup>.

Cependant, le législateur n'a pas défini assez précisément le caractère d'extériorité, si tant est que celui-ci corresponde effectivement au critère de « l'absence de contrôle »<sup>910</sup>. Un exemple peut être proposé par la maladie. En effet, si le juge applique le critère de l'absence de contrôle à la survenance de la maladie, il pourra rejeter la force majeure dans l'hypothèse où le comportement du débiteur l'a favorisée ; en revanche, s'il l'applique à l'évolution de la maladie, il retiendra toujours la force majeure, même si sa survenance peut être imputée au débiteur<sup>911</sup>.

L'économie du nouvel article 1218 du Code civil invite dès lors clairement les parties à aménager librement la force majeure dans leur contrat. D'ailleurs, aucune raison ne justifie que cette disposition soit considérée comme d'ordre public.

Pour réduire autant que faire se peut le doute, les parties peuvent alors aménager la force majeure d'une double manière.

D'une part, elles peuvent prévoir qu'un événement réponde uniquement à un critère énoncé par le législateur, au lieu des trois, pour être constitutif de force majeure<sup>912</sup>. En effet, en qualifiant un obstacle dans l'exécution du contrat d'événement de force majeure dès lors

---

10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; J.C.P. (G), 2008, II, 10198, note P. GROSSER ; Defrénois 2008, art. 38874, n° 3, p. 2509, note É. SAVAUX.

<sup>909</sup> L'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 1218 du C. civ. définit la force majeure en matière contractuelle.

<sup>910</sup> En effet, le rapport remis au président de la République expose très clairement que l'extériorité n'est pas un élément constitutif de la force majeure. En outre, la doctrine est partagée : d'aucuns estiment que la condition est maintenue, v. en ce sens, M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI)*, P.A., 4 avril 2016, n° 67, pp. 5 et ss., spéc. p. 6 ; G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 619, pp. 533 et ss., spéc. p. 533 ; d'autres admettent qu'elle a disparu, v. en ce sens, S. BROS, *La force majeure, Dr. et patrimoine*, juin 2016, pp. 40 et ss., spéc. p. 41 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 956, pp. 547 et ss., spéc. p. 547.

<sup>911</sup> En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 619, pp. 533 et ss., spéc. p. 534.

<sup>912</sup> En ce sens, v. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 808, pp. 255 et ss., spéc. p. 255.

qu'il répond à un critère légal sur trois, la clause de force majeure réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle évince *ab initio* la preuve des autres critères. En somme, le doute ne peut survenir que de la preuve d'un fait et non de trois.

D'autre part, les parties peuvent prédéfinir les événements qui seront constitutifs de force majeure<sup>913</sup>. Plus précisément, elles peuvent répertorier des obstacles dans leur contrat qui seront d'emblée constitutifs d'événements de force majeure<sup>914</sup>. En effet, en exposant les obstacles qui devront être accueillis par le juge comme des événements de force majeure, la clause de force majeure réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle évince *ab initio* la triple preuve des critères traditionnels de la force majeure. En définitive, le doute ne peut naître que de la preuve des faits recensés par le contrat qui sont constitutifs d'événements de force majeure.

Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent aussi aménager les effets de la responsabilité.

### **β) Les clauses relatives aux effets de la responsabilité**

**202. La réduction du doute par une clause pénale = l'éviction de la preuve de l'existence d'un préjudice + l'éviction de la preuve de la véritable teneur d'un éventuel préjudice.** Tout d'abord, les parties peuvent indirectement réduire le doute par une clause pénale<sup>915</sup>.

À dire vrai, avant la réforme du droit des contrats, la clause pénale était réglementée aux articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil. Aussi revêtait-elle une double fonction : d'une part, elle servait à inciter le débiteur à s'exécuter (une fonction comminatoire) ; d'autre part, elle servait à déterminer à l'avance l'indemnité due par le débiteur en cas d'inexécution (une fonction indemnitaire)<sup>916</sup>.

---

<sup>913</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *ibid.*, n° 757, pp. 683 et ss., spéc. p. 684.

<sup>914</sup> En ce sens, v. not. W. PISSOORT & P. SAERENS, *Initiation au droit commercial international*, Préf. A. DE DECKER, Bruxelles, De Boeck, Coll. Droit-Économie, 2004, n° 2.1.4, p. 195.

<sup>915</sup> Sur la clause pénale, v. not. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf. Fr. CHABAS, L.G.D.J., 1992.

<sup>916</sup> L'incitation du débiteur provient de la menace d'une sanction immédiate de l'inexécution, jointe à la fixation de la peine à un montant relativement élevé.

Néanmoins, depuis la réforme du droit des contrats, la clause pénale a sans conteste subi « *une cure d'amincissement drastique* »<sup>917</sup>. En effet, les anciens articles 1226 et suivants du Code civil, qui régissaient la clause pénale au sens strict, soit « *la clause comminatoire qui garantit l'exécution et qui fixe une peine forfaitaire en cas d'inexécution* », ont été supprimés en quasi-totalité<sup>918</sup> ! Seul un article du Code civil lui est maintenant réservé, le nouvel article 1231-5, qui reprend en substance les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil.

Ainsi, à s'en tenir seulement à la lettre de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1231-5 du Code civil, la clause pénale ne serait rien d'autre qu'une « *banale clause d'indemnisation forfaitaire* », à défaut d'une mise en exergue de son caractère punitif<sup>919</sup>.

En revanche, au regard des alinéas suivants de ce texte, qui reconnaissent un pouvoir de révision au juge<sup>920</sup>, la clause pénale demeurerait une « vraie » clause pénale, en raison de l'emploi du terme « *pénalité* »<sup>921</sup>. En somme, comme le fait remarquer D. MAZEAUD, celui-ci réintroduirait le caractère punitif inhérent à la clause<sup>922</sup>.

Or, distinguer ou non la clause pénale d'une simple clause d'indemnisation forfaitaire est primordial, notamment pour sa mise en œuvre. En effet, si la clause pénale est purement assimilée à une clause d'indemnisation forfaitaire, au regard de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1231-5 du Code civil, sa mise en œuvre supposera l'existence d'un préjudice. À l'inverse, si la clause pénale est distinguée d'une clause d'indemnisation forfaitaire, au regard des alinéas suivants de ce texte, sa mise en œuvre supposera seulement l'existence d'une inexécution imputable au débiteur.

En définitive, la lettre de l'article 1231-5 du Code civil est clairement équivoque. Pour autant, la deuxième interprétation de ce texte devrait être préférée afin que la clause pénale demeure utile et efficace, non seulement sous un angle contractuel, mais également sous un angle probatoire.

---

<sup>917</sup> G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 687, pp. 597 et ss., spéc. p. 597.

<sup>918</sup> D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 14 juin 2016, D. 2016, pp. 1628 et ss., spéc. n° 10, p. 1630.

<sup>919</sup> M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, R.D.C., juin 2016, n° 2, pp. 400 et ss., spéc. p. 402.

<sup>920</sup> V. art. 1231-5 al. 2 et 3 du C. civ.

<sup>921</sup> En ce sens, v. D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 14 juin 2016, *préc.*, spéc. n° 10, p. 1630.

<sup>922</sup> En ce sens, v. D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 14 juin 2016, *préc.*, spéc. n° 10, p. 1630.

En effet, dans l'hypothèse où la mise en œuvre de la clause pénale impose seulement l'existence d'une inexécution imputable au débiteur, elle réduit le doute d'une double façon.

D'une part, la clause pénale dispense le créancier de prouver qu'il a subi un préjudice du fait de l'inexécution contractuelle du débiteur. Puisque la somme forfaitairement prévue par la clause conserve le caractère de dommages-intérêts contractuels<sup>923</sup>, on pourrait penser que, pour en obtenir le paiement, le créancier ait à prouver toutes les conditions nécessaires à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire l'inexécution de l'obligation et le préjudice qu'il a subi de ce fait<sup>924</sup>. Néanmoins, cette solution n'est pas retenue. En effet, la jurisprudence<sup>925</sup>, généralement approuvée par la doctrine<sup>926</sup>, soutient que le dommage n'est pas une condition d'exigibilité de la pénalité, à moins que les parties aient fait connaître une intention contraire<sup>927</sup>. Autrement dit, pour obtenir le paiement de la somme forfaitairement fixée par la clause pénale, le créancier doit uniquement prouver l'inexécution de l'obligation dont la clause était précisément destinée à garantir le respect<sup>928</sup>. Or, en exigeant de prouver la seule et unique inexécution du débiteur pour obtenir le paiement de l'indemnité, la clause pénale réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle supprime *ab initio* non seulement la preuve de l'existence d'un préjudice, mais également celle du lien de causalité entre l'inexécution contractuelle et le préjudice. En définitive, le doute est réduit en évinçant la preuve de deux conditions sur trois.

D'autre part, la clause pénale dispense le créancier de démontrer la teneur exacte de son éventuel préjudice. En effet, puisqu'elle fixe par avance la somme due par le débiteur en cas d'inexécution contractuelle qui lui soit imputable, la clause pénale rend tout bonnement vaine la preuve de la consistance exacte du préjudice. D'ailleurs, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1231-

---

<sup>923</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN & S. CARVAL, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2017, n° 403, p. 573.

<sup>924</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN & S. CARVAL, *ibid.*, n° 403, p. 573.

<sup>925</sup> En ce sens, v. not. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 323 ; R.T.D. civ., 1975, p. 130, obs. G. CORNU ; D. 1975, jur., p. 1, note G. DELTEL ; Cass. soc., 21 mars 1978, Bull. civ. V, n° 218 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 janvier 1994, Bull. civ. III, n° 5 ; R.T.D. civ., 1994, p. 605, obs. J. MESTRE ; J.C.P. (G), 1994, I, 3809, n° 18, obs. G. VINEY ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 décembre 2006, Bull. civ. III, n° 256 ; J.C.P. (G), 2007, II, 10024, note D. BAKOUCHE.

<sup>926</sup> En ce sens, v. M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1974, spéc. p. 72 ; D. MAZEAUD, *th. préc.*, n° 461, pp. 262 et ss. ainsi que n° 561 à 566, pp. 321 et ss. ; G. PAISANT, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975)*, R.T.D. civ., 1985, pp. 647 et ss., spéc. n° 35 et 36, pp. 662 et ss.

<sup>927</sup> En ce sens, v. D. MAZEAUD, *th. préc.*, n° 592 et 593, p. 337.

<sup>928</sup> En ce sens, v. D. MAZEAUD, *th. préc.*, n° 459 à 467, pp. 262 et ss. ainsi que n° 562 et 563, p. 322 ; G. VINEY, P. JOURDAIN & S. CARVAL, *op. cit.*, n° 404, pp. 573 et ss., spéc. p. 573.

5 du Code civil affirme très clairement le caractère supplétif de la « réparation intégrale » ou de « l'équivalence entre dommage et réparation », parce qu'il exige du juge d'appliquer telle quelle la réparation prévue par les parties, sans qu'il y ait lieu d'apprécier son adéquation au préjudice réel<sup>929</sup>. En appréciant à l'avance ce qui sera dû par le débiteur en cas d'inexécution contractuelle qui lui soit imputable, la clause pénale réduit alors le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle supprime *ab initio* tout débat probatoire sur la teneur du préjudice. En définitive, le doute est réduit en rendant une telle preuve superflue.

**203. La réduction du doute par une clause limitative de réparation = le rejet de la preuve d'une faute simplement légère.** Ensuite, les parties peuvent indirectement réduire le doute par une clause limitative de réparation<sup>930</sup>.

À dire vrai, le débiteur d'une obligation est normalement tenu de réparer le préjudice entier qui découle d'une inexécution. Toutefois, puisque l'obligation trouve sa source dans la volonté des parties, celles-ci peuvent en principe aménager, dès la conclusion du contrat, les conséquences d'une inexécution<sup>931</sup>, notamment en définissant un plafond à la responsabilité du débiteur<sup>932</sup>.

La clause limitative de réparation présente alors un intérêt économique majeur : elle permet au débiteur de l'obligation de souscrire une assurance bien plus aisément, parce que

---

<sup>929</sup> En ce sens, v. not. G. VINEY, P. JOURDAIN & S. CARVAL, *op. cit.*, n° 406, p. 575. Du moins est-ce le principe, puisque, dès 1975, le législateur a conféré au juge le pouvoir de modérer la clause pénale chaque fois qu'il y a excès. Sur le pouvoir modérateur du juge, v. not. Ph. MALAURIE, *La révision judiciaire de la clause pénale (Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975)*, Defrénois 1976, art. 31075, pp. 533 et ss. ; Fr. PASQUALINI, *La révision des clauses pénales*, Defrénois 1995, art. 36106, pp. 769 et ss. ; B. BOCCARA, *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire*, J.C.P. (G), 1975, I, 2742. ; Fr. CHABAS, *La réforme de la clause pénale (Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975)*, D. 1976, Chron., pp. 229 et ss.

<sup>930</sup> Sur la clause limitative de réparation, v. not. M. LEVENEUR-AZÉMAR, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Préf. Y. LEQUETTE, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2017 ; D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons*, D. 2008, pp. 1776 et ss. ; Ph. DELEBECQUE & D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales*, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, dir. M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001, pp. 361 et ss. ; Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille III, 1981.

<sup>931</sup> En ce sens, v. not. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 432, p. 335.

<sup>932</sup> En ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 246, p. 247.

l'assureur peut chiffrer le risque qu'il garantit<sup>933</sup>. Pour autant, elle semble aussi présenter un intérêt probatoire important, celui de réduire le doute d'une manière efficace.

En effet, lorsque la clause limitative de réparation est valable, le créancier doit établir une faute légère ou ordinaire pour obtenir une indemnisation<sup>934</sup>. Si le préjudice est inférieur au plafond fixé par la clause, il obtiendra alors la réparation de son entier dommage<sup>935</sup>. Mais si le préjudice est supérieur au plafond fixé par la clause, il ne pourra aucunement prétendre à une indemnité d'un montant plus élevé<sup>936</sup>. La seule possibilité pour obtenir une réparation intégrale du préjudice, et écarter la limitation, est dès lors de démontrer une faute lourde ou dolosive du débiteur<sup>937</sup>.

Or, en augmentant sensiblement le seuil de gravité de la faute, la clause limitative de réparation réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle impose au créancier d'établir, non plus la faute simplement légère du débiteur, mais une faute plus grave, pour obtenir la réparation intégrale de son préjudice. En définitive, le doute est réduit en écartant la preuve d'une faute légère ou ordinaire au profit d'une faute plus conséquente.

Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent aussi prévoir dans le contrat des clauses relatives à l'interprétation.

## 2) Les clauses relatives à l'interprétation du contrat

**204. La réduction du doute par une clause d'intégralité = le rejet de preuves écrites.** Tout d'abord, les parties peuvent indirectement réduire le doute par une clause d'intégralité<sup>938</sup>.

---

<sup>933</sup> En ce sens, v. not. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 437, pp. 338 et ss., spéc. p. 338.

<sup>934</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 987, pp. 571 et ss., spéc. p. 571. Par ailleurs, sur la nécessité pour le créancier de prouver le dommage qu'il a subi, v. not. Ch. LARROUMET & S. BROS, *Traité de droit civil sous la direction de Christian Larroumet, Les obligations, Le contrat, Tome III*, 8<sup>ème</sup> éd., Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2016, n° 696, p. 781.

<sup>935</sup> En ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *ibid.*, n° 246, p. 247.

<sup>936</sup> En ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *ibid.*, n° 246, p. 247.

<sup>937</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*, n° 987, pp. 571 et ss., spéc. p. 571.

<sup>938</sup> Sur la clause d'intégralité, v. not. Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Variations sur la clause d'intégralité à l'heure de la réforme du droit des contrats*, A.J. Contrat 2017, pp. 374 et ss. ; J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 1322, pp. 421 et ss. ; W. DROSS, *dict. préc.*, V° Intégralité, pp. 421 et ss. ; O. DORCHIES, *Pratique contractuelle, La clause d'intégralité dans les contrats informatiques et télécoms*, C.C.E., 2016, Fiches pratiques n° 2, pp. 54 et ss. ; A.-S. LUCAS-PUGET, *La clause d'intégralité*, R.C.A., 2016, form. n° 5, pp. 38 et ss. ; D. MAZEAUD, *L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation*, R.D.C., mars 2015, n° 1, pp. 187 et ss.

À l'origine, la clause d'intégralité est issue de la pratique anglo-américaine<sup>939</sup> et liée à l'application d'une règle très spécifique, la « *Parol Evidence Rule* »<sup>940</sup>. En effet, aux termes de cette règle, aucune preuve extrinsèque, quelle que soit sa nature (les preuves orales ne sont pas les seules à être visées), ne peut être apportée ni pour ajouter à un contrat écrit, ni pour en modifier ou en contredire les termes : « *Quand un écrit constatant un accord de volonté est établi, la règle générale est qu'une preuve n'est pas permise pour ajouter, modifier ou contredire l'écrit* »<sup>941</sup>. Pour autant, maintes incertitudes entourent l'application de la « *Parol Evidence Rule* » ; plus précisément, ses conditions d'application et exceptions sont telles que son effectivité est incertaine en pratique<sup>942</sup>. Aussi, pour garantir une application de la « *Parol Evidence Rule* », les parties recourent-elles à une clause d'intégralité, qui n'est, en définitive, qu'une « *affirmation conventionnelle de la Parol Evidence Rule* »<sup>943</sup>.

Ainsi, en droit français, la clause d'intégralité a tout au moins pour objet « *d'affirmer que l'intégralité de l'accord des parties figure dans le contrat écrit* »<sup>944</sup>, c'est-à-dire « *de faire coïncider les limites du negotium et de l'instrumentum* »<sup>945</sup>. En effet, elle consiste à prévoir *a minima* que le contrat écrit renferme l'entente complète entre les parties<sup>946</sup>. D'ailleurs, cette volonté de calquer le *negotium* sur l'*instrumentum* est mieux mise en exergue par une autre appellation de la clause d'intégralité, qui est celle de « clause des quatre coins », car « *par sa*

---

<sup>939</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. MESTRE, Thèse Aix-Marseille, P.U.A.M., 2006, n° 173, pp. 178 et ss.

<sup>940</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 176, pp. 182 et ss., spéc. p. 182.

<sup>941</sup> J. HERBOTS, *La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé : ne point prouver contre ou outre l'écrit*, in Mélanges M. FONTAINE, Larcier, 2003, pp. 379 et ss., n° 6, pp. 385 et ss., spéc. p. 385 ; *adde*, dans le même sens, M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 167, pp. 171 et ss., spéc. p. 171.

<sup>942</sup> En ce sens, v. not. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 176, pp. 182 et ss.

<sup>943</sup> M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 179, pp. 186 et ss., spéc. p. 186.

<sup>944</sup> M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 174, pp. 179 et ss., spéc. p. 179 ; *adde*, dans le même sens, W. DROSS, *dict. préc.*, V° Intégralité, pp. 421 et ss., spéc. p. 422 ; J. MESTRE & J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, Coll. Les intégrales 3, 2011, V° Clause d'intégralité, pp. 511 et ss., spéc. n° 895, p. 511.

<sup>945</sup> J. FERRARIS, *Le Rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Publibook, Coll. Droit & Sciences-Politiques, Sous-Coll. Droit – Recherches, 2003, n° 88, pp. 67 et ss., spéc. p. 67. En effet, il existe manifestement deux catégories de clauses d'intégralité, v. en ce sens, E. RAWACH, *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat*, D. 2001, Chron., pp. 223 et ss.

<sup>946</sup> En ce sens, v. Ch. LEBRUN, *La clause d'intégralité au Québec*, in Rev. bar. 2007-2008, Tome 67, pp. 41 et ss., spéc. p. 44 ainsi que pp. 57 et ss. ; J. MESTRE & J.-C. RODA (dir.), *dict. préc.*, V° Clause d'intégralité, pp. 511 et ss., spéc. n° 895, p. 511.

*vertu, les parties signifient leur volonté d'encadrer leurs engagements à l'intérieur des quatre coins d'un écrit »*<sup>947</sup>.

Aussi, d'un point de vue probatoire, la clause d'intégralité permet-elle aux parties de réduire le doute en paralysant la seconde règle fixée par l'article 1359 du Code civil. En effet, contrairement aux principes et à la pratique du droit anglo-américain, l'article 1359 du Code civil ne proscrie pas toutes les preuves extrinsèques pour prouver outre ou contre un écrit ; il écarte uniquement celles qui ne sont pas écrites<sup>948</sup>. Autrement dit, il présume que le contrat définitif constitue la seule preuve des engagements des parties jusqu'à preuve « spécifique » contraire<sup>949</sup>. Or, en neutralisant la deuxième règle énoncée par l'article 1359 du Code civil, la clause d'intégralité réduit le « doute matériel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, parce qu'elle permet indubitablement de consolider l'*instrumentum*, c'est-à-dire « *de poser, de manière irréfragable, le document contractuel comme seul témoin et preuve du contenu du negotium* »<sup>950</sup>. En somme, le doute est réduit en faisant simplement de l'écrit définitif la seule preuve des obligations des parties.

**205. La réduction du doute par une clause de non-renonciation = l'exclusion de la preuve d'un fait.** Ensuite, les parties peuvent indirectement réduire le doute par une clause de non-renonciation<sup>951</sup>.

À dire vrai, la clause de non-renonciation est une simple clause d'interprétation ; elle se contente de spécifier « *que le comportement des parties ne saurait être interprété comme valant renonciation aux droits conférés par le contrat* »<sup>952</sup>. Pour autant, en pratique, la clause de non-renonciation peut parfaitement réduire le doute en matière probatoire.

En effet, face à l'inexécution du contrat, le créancier peut se montrer tolérant envers le débiteur : il peut s'abstenir de réclamer la sanction de sa défaillance pendant une certaine période, plus ou moins longue. Toutefois, dans l'esprit du débiteur, la tolérance du créancier

---

<sup>947</sup> Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. CHABAS, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, n° 437, pp. 926 et ss., spéc. p. 927.

<sup>948</sup> V. *supra* n° 41 (le serment décisoire et l'aveu judiciaire sont toutefois recevables à titre de « preuves parfaites »).

<sup>949</sup> En ce sens, v. J. FERRARIS, *op. cit.*, n° 88, pp. 67 et ss., spéc. p. 68.

<sup>950</sup> J. FERRARIS, *ibid.*, n° 88, pp. 67 et ss., spéc. p. 68.

<sup>951</sup> Sur la clause de non-renonciation ou « clause de tolérance », v. not. H. SKRZYPNIAK, *La clause de tolérance*, D. 2016, pp. 218 et ss. ; D. MAZEAUD, *art. préc.* ; F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, Coll. Dalloz Référence, 2010, n° 52.01, p. 222.

<sup>952</sup> B. FAGES, *op. cit.*, n° 260, p. 228.

peut avoir entraîné une confiance légitime dans la pérennisation de cette situation. Ainsi, en réclamant ensuite la sanction de l'inexécution jusque-là tolérée, le créancier se contredit au détriment du débiteur. Son comportement dégénère alors en une incohérence contractuelle qui peut parfois le priver du droit de l'exiger !

Or, en prévoyant que le comportement de l'une des parties, notamment sa tolérance ou son abstention, ne saurait être interprété comme valant renonciation à un droit, la clause de non-renonciation réduit le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elle rend la preuve d'une croyance légitime dans l'abandon d'un tel droit impossible. En somme, la tolérance ou l'abstention de l'une des parties ne peut plus constituer une croyance légitime de nature à reconnaître une incohérence contractuelle.

Un arrêt du 17 juillet 2001 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation peut l'illustrer<sup>953</sup>.

En l'espèce, un concédant avait résilié un contrat de concession en raison d'incidents de paiement du concessionnaire. Aussi le concessionnaire l'avait-il assigné en responsabilité, en lui reprochant, notamment, une résiliation abusive du contrat. Néanmoins, débouté de sa demande par la Cour d'appel, il s'était ensuite pourvu en cassation. À l'appui de son pourvoi, le concessionnaire faisait grief aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'audit envisagé par les parties, joint à la tolérance passée du concédant à l'égard des impayés, n'avaient pas suscité dans son esprit l'anticipation légitime d'une poursuite des relations contractuelles et n'établissaient pas à tout le moins la légèreté blâmable de la rupture. Or, la Haute Juridiction a rejeté le pourvoi, en prenant soin de relever la clause de non-renonciation : « *Mais attendu qu'en retenant que la circonstance que le concédant n'ait pas usé de sa faculté contractuelle de résiliation en raison des impayés précédents ne le privait pas du droit de s'en prévaloir par la suite, d'autant que le contrat prévoyait qu'une telle tolérance ne valait pas renonciation [...]; que le moyen n'est pas fondé* ». En définitive, la Haute Juridiction a écarté l'incohérence du comportement du concédant soulevée par le concessionnaire en s'appuyant sur la clause de non-renonciation : celle-ci attestait que le concédant n'avait pas laissé le concessionnaire croire légitimement en l'abandon de sa faculté conventionnelle de résiliation.

---

<sup>953</sup> Cass. com., 17 juillet 2001, Bull. civ. IV, n° 153 ; R.T.D. civ., 2002, p. 93, obs. J. MESTRE & B. FAGES.

Pour réduire indirectement le doute, les parties peuvent encore mettre en œuvre des clauses qui ne créent pas à proprement parler des droits ou des obligations, mais constatent un fait ou un état de fait.

## **B) Les clauses aux conséquences médiates sur les droits et obligations des parties**

**206. La réduction du doute par les « clauses de constatation » = la préconstitution d'une preuve écrite + la production d'une preuve contraire écrite + l'encadrement du juge lors de son appréciation<sup>954</sup>.** Les parties peuvent indirectement réduire le doute par des « clauses de constatation »<sup>955</sup>.

À dire vrai, ces clauses constatent seulement l'existence d'un fait<sup>956</sup> : par exemple, les parties, ou l'une d'elles, peuvent constater que les informations utiles ont été délivrées, que tel ou tel élément du contrat a été déterminant de leur consentement (ou, au contraire, que telle déclaration précontractuelle ou publicitaire issue de l'une des parties n'a pas déterminé le consentement de l'autre), que l'acquéreur a pris connaissance des conditions générales de vente et les a acceptées, voire qu'il a examiné le bien vendu et en a accepté les vices<sup>957</sup>. Pour autant, elles réduisent indirectement le doute en matière probatoire d'une manière efficace.

**207. La confection *ab initio* d'une preuve écrite.** Tout d'abord, les clauses de constatation réduisent le doute en permettant à l'une des parties de se ménager une preuve écrite<sup>958</sup>.

Par exemple, lorsque le professionnel doit prouver que l'acheteur a pris connaissance des conditions générales de vente et les a acceptées, il peut en principe le faire au moyen de tous modes de preuve, puisque les faits juridiques se prouvent librement<sup>959</sup>. Cependant, une

---

<sup>954</sup> Cette appellation est utilisée par M. LAMOUREUX, v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 201 et ss., pp. 204 et ss.

<sup>955</sup> Ces clauses sont aussi appelées « clauses déclaratives » (v. P. ANCEL, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. P. ANCEL & M.-C. RIVIER, Economica, 2001, pp. 6 et ss., spéc. pp. 16 et ss.) ou « stipulations de constatation » (v. J. MORET-BAILLY, *Les stipulations de constatation*, R.R.J., 2001, pp. 489 et ss.).

<sup>956</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 201, pp. 204 et ss. ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Préf. L. AYNÈS, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 2012, n° 596, pp. 307 et ss., spéc. p. 307 ; M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>e</sup> partie)*, *art. préc.*, p. 460.

<sup>957</sup> Pour la présentation de ces ex. ou d'autres, v. not. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 201, pp. 204 et ss., spéc. p. 205 ; G. HELLERINGER, *th. préc.*, n° 596, pp. 307 et ss., spéc. p. 307 ; M. MEKKI, *art. préc.*, p. 460 ; P. ANCEL, *art. préc.*, p. 16 ; J. MORET-BAILLY, *art. préc.*, p. 489 ; J. MESTRE & J.-C. RODA (dir.), *dict. préc.*, V° Clause de constatation, pp. 217 et ss., spéc. n° 358, p. 217.

<sup>958</sup> Sur l'idée que les clauses de constatation permettent de préconstituer une preuve, v. not. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 205, pp. 207 et ss., spéc. p. 208 ainsi que n° 209, pp. 209 et ss., spéc. p. 210 ; G. HELLERINGER, *th. préc.*, n° 596, pp. 307 et ss., spéc. p. 307.

<sup>959</sup> Sur la preuve des faits juridiques, v. *supra* n° 39.

telle preuve est bien plus délicate à apporter qu'il n'y paraît. En relatant que l'acheteur a pris connaissance des conditions générales de vente et les a acceptées, la clause de constatation permet alors au professionnel de se ménager une preuve écrite de ce fait.

Or, en préconstituant en amont la preuve écrite de tel ou tel fait juridique, les clauses de constatation réduisent très fortement deux catégories de doutes. En effet, elles réduisent véritablement le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elles permettent de démontrer le fait juridique bien plus facilement. En outre, elles réduisent sensiblement le « doute matériel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, parce qu'elles préétablissent une preuve offrant la sécurité d'une vérité plus fiable en raison même de son support.

**208. L'obligation d'apporter la preuve contraire par un autre écrit.** Ensuite, les clauses de constatation réduisent le doute en obligeant l'une des parties à produire la preuve contraire par un autre écrit<sup>960</sup>.

Par exemple, lorsque l'acheteur entend démontrer qu'il n'a pas pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il ne les a pas acceptées, il peut normalement le faire au moyen de tous modes de preuve<sup>961</sup>. Toutefois, lorsqu'une clause de constatation précise que l'acheteur a pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il les a acceptées, elle le contraint à rapporter la preuve contraire par un autre écrit, puisque l'article 1359 du Code civil interdit de prouver outre ou contre les énonciations d'un écrit par des modes de preuve autres qu'un écrit<sup>962</sup>. En révélant que l'acheteur a pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il les a acceptées, la clause de constatation permet alors au professionnel de restreindre les modes de preuve recevables ou d'augmenter « *le seuil probatoire en exigeant un certain mode de preuve* »<sup>963</sup>.

---

<sup>960</sup> Sur l'idée que les clauses de constatation obligent à rapporter la preuve contraire par le biais d'un écrit, v. not. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 210, pp. 210 et ss., spéc. p. 210 ; G. HELLERINGER, *th. préc.*, n° 596, pp. 307 et ss., spéc. p. 308 ; M. MEKKI, *art. préc.*, p. 460 ; P. ANCEL, *art. préc.*, p. 16 ; J. MORET-BAILLY, *art. préc.*, pp. 507 et ss. ; P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, R.T.D. civ., 1999, pp. 771 et ss., spéc. note 46, p. 779 ; *contra*, au sujet des clauses de connaissance (une variété de clauses de constatation), O. AUDIC, *th. préc.*, n° 266 et ss., pp. 207 et ss.

<sup>961</sup> La preuve des faits juridiques est libre, v. *supra* n° 39.

<sup>962</sup> Sur la règle de l'art. 1359 du C. civ. qui prohibe en principe de prouver outre ou contre les énonciations d'un écrit par des modes de preuve autres qu'un écrit, v. *supra* n° 38.

<sup>963</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, p. 460.

Or, en imposant la preuve contraire de tel ou tel fait juridique par un écrit, les clauses de constatation réduisent à nouveau le « doute matériel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la fiabilité de la preuve, parce qu'elles écartent *ab initio* des modes de preuve qui susciteraient une certaine méfiance, comme les témoignages ou les présomptions.

**209. L'encadrement du juge pour apprécier la preuve contraire requise.** Enfin, les clauses de constatation réduisent le doute en « liant » le juge, c'est-à-dire en restreignant le pouvoir qu'il a d'apprécier la preuve contraire<sup>964</sup>.

Par exemple, lorsque l'acheteur entend démontrer qu'il n'a pas pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il ne les a pas acceptées, il peut en principe produire des modes de preuve « imparfaits », c'est-à-dire des modes de preuve dont la force probante est librement appréciée par le juge<sup>965</sup>. Néanmoins, lorsqu'une clause de constatation mentionne que l'acheteur a pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il les a acceptées, elle le contraint à apporter la preuve contraire par des modes de preuve « parfaits », c'est-à-dire par des modes de preuve dont la force probante est prédéfinie par la loi<sup>966</sup>. En exposant que l'acheteur a pris connaissance des conditions générales de vente et qu'il les a acceptées, la clause de constatation permet alors au professionnel de préférer un mode de preuve dont le juge ne peut pas apprécier librement la force probante.

Or, en imposant un mode de preuve dont la force probante est en amont arrêtée par la loi, les clauses de constatation réduisent le « doute intellectuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la force de la preuve, parce qu'elles lient le juge en paralysant le pouvoir qu'il a de déterminer librement son crédit<sup>967</sup>.

---

<sup>964</sup> Sur l'idée que les clauses de constatation lient le juge et restreignent son pouvoir pour apprécier la preuve contraire, v. not. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 210 et ss., pp. 210 et ss. ; G. HELLERINGER, *th. préc.*, n° 596, pp. 307 et ss., spéc. p. 308 ; P. ANCEL, *art. préc.*, p. 16 ; J. MORET-BAILLY, *art. préc.*, pp. 508 et ss.

<sup>965</sup> Sur la faculté de démontrer un fait juridique au moyen de modes de preuve imparfaits et la liberté conférée au juge pour les apprécier, v. *supra* n° 39 et 49.

<sup>966</sup> Sur les modes de preuve parfaits et leur appréciation par le juge, v. *supra* n° 50 et ss.

<sup>967</sup> De surcroît, les clauses de constatation brouillent la répartition des pouvoirs entre les juges du fond et la C. cass. en jouant sur la distinction entre le fait et le droit : en l'absence d'une clause de constatation, les juges du fond apprécient librement le fait litigieux et la C. cass. n'exerce qu'un contrôle restreint de leur motivation ; or, en présence d'une clause de constatation, le fait constaté devient en quelque sorte un élément de droit soumis au contrôle de la C. cass., v. en ce sens, M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 211, pp. 211 et ss.

**210. L'impossibilité de remettre en cause le fait constaté.** D'ailleurs, à bien y réfléchir, les clauses de constatation réduisent plus globalement le doute en faisant « *preuve irréfragable du fait constaté* »<sup>968</sup>.

En effet, dans l'hypothèse où l'une des parties a constaté un fait lors de la conclusion du contrat, elle ne peut ultérieurement plus le contester, sauf à se contredire elle-même<sup>969</sup> ! Sa remise en cause est rendue impossible.

Ainsi, en constatant un fait, les clauses de constatation réduisent le « doute factuel », c'est-à-dire le doute qui pourrait advenir de la preuve des faits, parce qu'elles paralysent en aval tout débat probatoire sur ce fait : « [...] *elles font preuve du fait constaté sans que celui-ci, expressément reconnu par les parties lors de la conclusion du contrat, puisse ensuite être contesté par l'une d'entre elles* »<sup>970</sup>.

Lorsque l'une des parties vient à contester le fait qu'elle a constaté devant le juge, sa demande est donc rejetée ! Comme le souligne M. LAMOUREUX, « *La constatation chasse la contestation, tel est l'enseignement de la jurisprudence dominante* »<sup>971</sup>.

À titre d'exemple, dans un arrêt du 27 mars 1990, la chambre commerciale de la Cour de cassation a effectivement souligné que la nullité d'une clause d'indexation s'étendait à un contrat de location-gérance en donnant plein effet à une clause d'indivisibilité<sup>972</sup>.

Dans cette affaire, le propriétaire d'un fonds de commerce avait conclu un contrat de location-gérance, tout en vendant son stock de marchandises. Un acte notarié précisait alors que le contrat durerait quatre années et que la redevance serait indexée sur l'indice des prix à la consommation des ménages urbains, série France entière. Toutefois, la location-gérance ayant été résiliée judiciairement, le propriétaire du fonds a assigné en paiement du stock le gérant et ses cautions, qui l'ont ensuite assigné pour obtenir la nullité de la location-gérance,

---

<sup>968</sup> M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 201, pp. 204 et ss., spéc. p. 204.

<sup>969</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 201, pp. 204 et ss., spéc. p. 205 ainsi que n° 205, pp. 207 et ss., spéc. p. 208 ; J. MESTRE & J.-C. RODA (dir.), *dict. préc.*, V° Clause de constatation, pp. 217 et ss., spéc. n° 358, p. 217.

<sup>970</sup> J. MESTRE & J.-C. RODA (dir.), *dict. préc.*, V° Clause de constatation, pp. 217 et ss., n° 361, pp. 219 et ss., spéc. p. 220.

<sup>971</sup> M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 201, pp. 204 et ss., spéc. p. 205.

<sup>972</sup> Cass. com., 27 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 93 ; R.T.D. civ., 1991, p. 112, obs. J. MESTRE ; D. 1991, jur., p. 289, note F.-X. TESTU ; *adde*, dans le même sens, Cass. com., 19 janvier 1967, Bull. civ. III, n° 39 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 juin 1971, J.C.P. (G), 1972, II, 17191, obs. J. GHESTIN.

ainsi que celle du cautionnement, en raison du caractère illicite de l'indexation arrêtée. Or, si la Cour d'appel avait pensé opportun de reconnaître que « *la nullité de la clause d'indexation ne s'étendait pas au contrat de location-gérance* », la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil : « *Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'une stipulation précisait « toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur, chacune d'elles est condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n'auraient pas contracté* », la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis ». En définitive, la Cour de cassation a donné plein effet à la volonté déclarée des parties ; les juges du fond ne pouvaient pas affirmer que la nullité effective de la clause d'indexation ne s'étendait pas au contrat de location-gérance en dépit d'une déclaration expresse d'indivisibilité<sup>973</sup>.

Pour gérer indirectement le doute, les parties peuvent aussi explorer une autre voie : celle d'organiser son traitement.

## § II : Le traitement du doute

**211. Le traitement du doute par la modification de l'intensité des obligations.** Les parties peuvent organiser le traitement du doute en aménageant l'intensité de leurs obligations.

À dire vrai, depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle, l'intensité des obligations est abordée par la traditionnelle distinction proposée par R. DEMOGUE entre les obligations de moyens et les obligations de résultat<sup>974</sup>.

Ainsi, l'obligation de moyens est celle par laquelle le débiteur promet d'apporter tous ses soins et diligences à sa mission, sans s'engager sur son succès<sup>975</sup> : « *Il promet de déployer une certaine activité, mais le résultat de cette activité demeure incertain* »<sup>976</sup>. L'exemple type est celui du médecin ou de l'avocat : ils s'engagent à faire tout leur possible, à employer tous les moyens médicaux ou juridiques disponibles, mais non à garantir la guérison du patient ou

---

<sup>973</sup> Pour d'autres ex., v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 décembre 1991, Bull. civ. I, n° 342 (rejet du pourvoi d'un acquéreur, qui invoquait la méconnaissance des conditions générales de vente, et donc l'inopposabilité de leur contenu, pour se délier de ses obligations) ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 mars 2001, pourvoi n° 99-14.399 (inédit) ; C.C.C., 2001, comm. n° 101, note L. LEVENEUR ; R.T.D. civ., 2001, p. 904, obs. P.-Y. GAUTIER (cassation d'un arrêt ayant accueilli une action en nullité sur le fondement du dol exercée par des acquéreurs qui s'estimaient victimes d'une publicité mensongère annonçant des avantages fiscaux en réalité inexistantes).

<sup>974</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I. Sources des Obligations (Suite et fin), Tome V*, Paris, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1925, n° 1237, pp. 536 et ss.

<sup>975</sup> En ce sens, v. not. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 410, pp. 321 et ss., spéc. p. 321.

<sup>976</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 942, pp. 536 et ss., spéc. p. 536.

le gain du procès. Aussi le créancier ne peut-il rechercher la responsabilité du débiteur qu'en démontrant que celui-ci n'a pas mis en œuvre tous les moyens possibles<sup>977</sup>. Il doit prouver sa faute<sup>978</sup>. Cependant, le débiteur peut toujours s'exonérer. S'il réussit à établir « *qu'il a mis en œuvre tout son art, ses soins et sa capacité pour exécuter son obligation, il ne peut être tenu responsable de la non-obtention du résultat* »<sup>979</sup>.

À l'inverse, l'obligation de résultat est celle par laquelle le débiteur s'engage à fournir un résultat particulier, coûte que coûte<sup>980</sup>. L'exemple topique est celui du transporteur ou de l'entrepreneur : l'un s'engage à livrer la chose, l'autre à faire les travaux<sup>981</sup>. Aussi le créancier peut-il rechercher la responsabilité du débiteur en démontrant que celui-ci n'a pas tenu son engagement<sup>982</sup> et que le dommage a trouvé son origine dans la prestation à accomplir<sup>983</sup>. En définitive, l'inexécution de l'obligation contractuelle parle d'elle-même et constitue en faute le débiteur ! Cependant, s'il existe une « présomption de faute » du débiteur<sup>984</sup>, celui-ci peut s'exonérer en établissant que l'inexécution contractuelle provient de la force majeure ou du fait du créancier<sup>985</sup>.

Toutefois, « *L'infinie subtilité de la pratique a conduit au raffinement exagéré de cette distinction originellement simple* »<sup>986</sup>. En effet, les obligations de moyens, tout comme celles de résultat, peuvent être aménagées d'une manière plus ou moins rigoureuse : elles peuvent

---

<sup>977</sup> En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS & Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*, n° 942, pp. 536 et ss., spéc. p. 536.

<sup>978</sup> En ce sens, v. not. A. BÉNABENT, *ibid.*, n° 410, pp. 321 et ss., spéc. p. 321.

<sup>979</sup> Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 3123.31, pp. 1250 et ss., spéc. p. 1251.

<sup>980</sup> En ce sens, v. not. Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 3123.51, pp. 1253 et ss., spéc. p. 1253.

<sup>981</sup> En ce sens, v. not. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 411, p. 322.

<sup>982</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 avril 2008, pourvoi n° 07-12.373 (inédit).

<sup>983</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 1995, Bull. civ. I, n° 122 ; P.A., 7 février 1996, n° 17, p. 21, note D. R. MARTIN ; R.T.D. civ., 1995, p. 635, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 octobre 2001, pourvoi n° 99-16.854 (inédit) ; R.T.D. civ., 2002, p. 514, obs. P. JOURDAIN ; C.C.C., 2002, comm. n° 25, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 22 janvier 2002, pourvoi n° 00-13.510 (inédit) ; R.T.D. civ., 2002, p. 514, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 décembre 2004, Bull. civ. I, n° 322 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012, Bull. civ. I, n° 104. Cep., des arrêts reconnaissent une présomption de faute et une présomption de causalité entre la faute et le dommage, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 février 1994, Bull. civ. I, n° 41 ; J.C.P. (G), 1994, II, 22294, note Ph. DELEBECQUE ; R.T.D. civ., 1994, p. 613, obs. P. JOURDAIN.

<sup>984</sup> Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 3123.102, p. 1259, expose que l'expression « *présomption de faute* » est incorrecte : il explique que la présomption de faute peut en toute rigueur être écartée par l'auteur présumé de la faute en prouvant l'absence de faute ; or, cette présomption-ci ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère.

<sup>985</sup> En présence d'une faute de la victime, l'exonération du débiteur est tout du moins partielle, v. Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2005, pourvoi n° 03-19.470 (inédit). Toutefois, la faute d'un voyageur ne peut qu'exonérer totalement le transporteur (transport ferroviaire), v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2008, Bull. civ. I, n° 76 ; D. 2008, Act. Jurispr., p. 920, note I. GALLMEISTER ; J.C.P. (G), 2008, II, 10085, note P. GROSSER ; R.T.D. civ., 2008, p. 312, obs. P. JOURDAIN ; C.C.C., 2008, comm. n° 173, note L. LEVENEUR ; R.T.D. com., 2008, p. 843, obs. B. BOULOC.

<sup>986</sup> D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 3<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Coll. Paradigme – Manuels, 2017, n° 1044, p. 603.

être atténuées ou renforcées. D'ailleurs, Ph. LE TOURNEAU souligne que « *les degrés qui ont été aménagés dans les deux types sont devenus si nombreux et si subtils qu'ils évoquent plus l'image des querelles byzantines que celle de l'ordonnance d'un palais classique* »<sup>987</sup>.

Ainsi, lorsque l'obligation est de moyens « renforcée », la diligence requise de la part du débiteur est très grande et le créancier peut avoir à prouver qu'il a commis une faute très légère<sup>988</sup>, voire qu'il n'a pas pris toutes les mesures appropriées<sup>989</sup> ; mieux, le débiteur peut avoir à démontrer qu'il n'a pas commis de faute<sup>990</sup>. En réalité, cette obligation est elle-même susceptible de plusieurs degrés. À l'inverse, lorsque l'obligation est de moyens « atténuée », la diligence requise de la part du débiteur est bien moins grande et le créancier peut avoir à démontrer qu'il a commis une faute lourde<sup>991</sup>. En tout cas, la faute exigée est d'une certaine gravité et peut parfois s'apparenter à une faute lourde<sup>992</sup>.

En outre, lorsque l'obligation est de résultat « atténuée », le débiteur peut se libérer en démontrant qu'il n'a commis aucune faute<sup>993</sup> et, lorsqu'elle est de résultat « renforcée », il ne peut s'exonérer qu'en prouvant certains cas de force majeure<sup>994</sup>. Toutefois, à l'extrême, le débiteur peut ne pas être autorisé à se libérer ; il est dès lors tenu par une « obligation de garantie », qui peut être appelée « obligation de résultat absolue »<sup>995</sup>.

En définitive, la distinction habituellement admise entre les obligations de moyens et les obligations de résultat est aujourd'hui relative ; elle ne représente qu'approximativement la réalité<sup>996</sup>. D'ailleurs, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne l'a pas expressément consacrée, alors même que les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil, qui constituaient

---

<sup>987</sup> Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 3123.111, p. 1259.

<sup>988</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 janvier 1982, Bull. civ. I, n° 34 (le médecin exerçant dans une clinique psychiatrique n'avait pas prescrit au personnel une vigilance accrue d'un patient alors qu'il savait que celui-ci avait des intentions de suicide).

<sup>989</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juillet 1983, Bull. civ. I, n° 211 ; R.T.D. civ., 1984, p. 729, obs. J. HUET (l'hôtelier avait l'obligation de mettre à la disposition de ses clients des radiateurs à gaz munis de dispositifs de sécurité efficaces).

<sup>990</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 juin 1981, Bull. civ. I, n° 232 ; R.T.D. civ., 1982, p. 430, obs. Ph. RÉMY.

<sup>991</sup> En ce sens, v. par ex., plutôt récemment, Cass. soc., 19 janvier 2012, pourvoi n° 10-20.826 (inédit).

<sup>992</sup> En ce sens, v. not. M. MEKKI, *La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art*, R.D.A., février 2013, pp. 77 et ss., n° 24, pp. 84 et ss., spéc. p. 84.

<sup>993</sup> En ce sens, v. not. Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 3123.114, pp. 1260 et ss., spéc. p. 1260.

<sup>994</sup> En ce sens, v. not. Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 3123.114, pp. 1260 et ss., spéc. p. 1261.

<sup>995</sup> En ce sens, v. Ph. LE TOURNEAU et alii, *ibid.*, n° 3123.114, pp. 1260 et ss., spéc. p. 1261.

<sup>996</sup> À dire vrai, P. ESMEIN, *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, Études offertes à G. RIPERT, Tome II, La propriété – Contrats et obligations – La vie économique, L.G.D.J., 1950, pp. 101 et ss., spéc. p. 111, a souligné très tôt que la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat relevait d'une « *approximation grossière* ».

ses fondements textuels, ont été partiellement conservés. En effet, le nouvel article 1231-1 reprend l'ancien article 1147, tandis que le nouvel article 1197 a une portée beaucoup moins grande que l'ancien article 1137, puisqu'il ne traite que de l'obligation de conservation issue de l'obligation de délivrer (et non plus de toute obligation de conservation)<sup>997</sup>.

Reste que cette distinction doctrinale conserve « *au moins une valeur pédagogique et suggestive* » pour apprécier au mieux l'intensité des obligations<sup>998</sup>.

Or, en modifiant l'intensité de certaines d'entre elles, les parties peuvent organiser le traitement du doute ; plus précisément, elles peuvent intervertir la charge de la preuve de la commission d'une faute.

Par exemple, dans un dépôt salarié, le dépositaire doit normalement prouver qu'il n'a pas commis de faute : parce qu'il est tenu d'une obligation de moyens « renforcée », la faute de conservation est présumée en cas de désordres constatés sur la chose<sup>999</sup>. Pour autant, les parties peuvent librement aménager l'obligation de moyens « renforcée » du dépositaire en une obligation de moyens « simple », de telle sorte que le déposant devra prouver une faute du dépositaire. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 30 octobre 2007 en atteste<sup>1000</sup>.

Dans cette affaire, une jument avait été placée en pension au sein d'un haras et avait été victime d'un accident. Aussi son propriétaire avait-il assigné la société exploitant le haras

---

<sup>997</sup> En ce sens, v. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 424.

<sup>998</sup> G. VINEY & P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 528, pp. 597 et ss., spéc. p. 597.

<sup>999</sup> En effet, l'obligation de conservation du dépositaire salarié est de moyens renforcée : le dépositaire salarié doit démontrer son absence de faute – ou un événement de force majeure, voire la détérioration de la chose lorsqu'il l'a reçue –, parce que la détérioration de la chose déposée fait présumer sa faute (la présomption de faute est simple), v. par ex., illustrant une jurisprudence constante, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 octobre 1980, Bull. civ. I, n° 240 ; R.T.D. civ., 1981, p. 405, obs. G. CORNU ; *adde*, dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 janvier 1990, Bull. civ. I, n° 6 ; R.T.D. civ., 1990, p. 517, obs. Ph. RÉMY. En revanche, si la simple mise en pension d'un cheval constitue un contrat de dépôt salarié, de sorte que le dépositaire doit prouver son absence de faute en cas d'accident, la mise en pension d'un cheval en vue de l'entraîner ou le dresser constitue un contrat d'entreprise ne contenant qu'une obligation de moyens pour l'entraîneur, de sorte que sa faute doit être prouvée en cas d'accident, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 avril 1980, Bull. civ. I, n° 115 ; J.C.P. (G), 1980, II, 19402, obs. A. BÉNABENT (un contrat de dressage) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 décembre 1988, Bull. civ. I, n° 359 (un contrat d'entraînement). En effet, dans la dernière hypothèse, la conservation du cheval n'est que l'accessoire nécessaire à la mission de l'entrepreneur, c'est-à-dire l'entraîner ou le dresser. Pour autant, la mise en pension d'un cheval pour l'entraîner ou le dresser peut être qualifiée de contrat mixte, v. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juillet 2001, C.C.C., 2001, comm. n° 169, note L. LEVENEUR ; P.A., 5 avril 2002, n° 69, p. 17, note M. CARIUS.

<sup>1000</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 octobre 2007, Bull. civ. I, n° 328 ; D. 2008, pan., p. 2821, note Ph. DELEBECQUE ; R.D.C., avril 2008, n° 2, p. 252, obs. Y.-M. LAITHIER.

et son assureur en réparation du préjudice. Pour le débouter de sa demande, la Cour d'appel avait alors retenu qu'il devait prouver les manquements de la société exploitant le haras, aux termes des clauses du contrat, et qu'il n'y était pas parvenu. Or, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du propriétaire. Tout d'abord, elle a considéré que « *le contrat de mise en pension d'un cheval moyennant rétribution (était) un contrat de dépôt salarié* » et que « *les parties à un tel contrat (étaient) libres de convenir de mettre à la charge du déposant, qui (entendait) se prévaloir d'un manquement du dépositaire à l'obligation de moyens qui lui (incombait), la preuve de ce manquement* ». Puis, elle a ajouté que la Cour d'appel avait pu reconnaître, par une appréciation souveraine de la force probante des attestations contestées, que la preuve à la charge du propriétaire n'avait pas été rapportée.

Ainsi, dans cet arrêt du 30 octobre 2007, la Cour de cassation a estimé que les parties pouvaient se départir de la répartition normale de la charge de la preuve de la faute dans un dépôt salarié. Elles pouvaient convenir que le déposant ait à prouver la faute commise par le dépositaire en modifiant l'obligation du dépositaire en une obligation de moyens « simple ». Parce que le dépositaire n'était plus tenu d'une obligation de moyens « renforcée », la faute de conservation devait alors être prouvée par le déposant.

Si le doute peut être indirectement géré par les parties sur un plan substantiel, il peut également l'être sur un plan processuel.

## **SECTION II : LA GESTION INDIRECTE DU DOUTE SOUS UN ANGLE**

### **PROCESSUEL**

**212.** Pour gérer indirectement le doute, les parties peuvent recourir à des clauses relatives aux litiges<sup>1001</sup>. En effet, à tort ou à raison, la justice et le procès inquiètent les professionnels ; la solution judiciaire du litige est critiquée pour sa lenteur, sa publicité, son imprévisibilité et son inadaptation à la réalité des affaires<sup>1002</sup>. Ainsi, pour éviter une solution judiciaire du litige, les parties peuvent préférer l'arbitrage, en stipulant une clause compromissoire. Néanmoins, comme l'arbitrage n'est en réalité pas moins coûteux que le

---

<sup>1001</sup> Ces clauses sont aussi appelées « *clauses relatives au règlement des différends* » ou « *clauses de différend* », v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, p. 467.

<sup>1002</sup> En ce sens, v. L. CADIET, *Clauses relatives aux litiges (clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige – clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige)*, J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 190, 2016, n° 8 ; J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 1250, p. 395.

procès et qu'il n'est une justice qu'en partie contractuelle, car l'arbitre est un juge et sa sentence un jugement (article 1484 du Code de procédure civile), elles peuvent privilégier une justice encore plus extrajudiciaire et conventionnelle que l'arbitrage, avec le choix d'une solution transactionnelle du litige, en stipulant des clauses qui prévoient la participation active ou passive d'un tiers. D'un point de vue purement probatoire, l'intérêt de telles clauses n'est alors pas de gérer le doute au sens strict en organisant en amont sa réduction ou son traitement ; il est de le gérer au sens large en l'appréciant, c'est-à-dire en évaluant au mieux les contours et les conséquences. Aussi les parties peuvent-elles indirectement gérer le doute par le biais de clauses prévoyant l'aide d'un tiers actif (§ I) ou passif (§ II).

### **§ I : Les clauses prévoyant l'aide d'un tiers actif**

**213.** Pour apprécier indirectement le doute, les parties peuvent faire appel à deux espèces de clauses qui prévoient l'aide active d'un tiers pour parvenir à un accord : l'une est la clause de conciliation (A), l'autre est la clause de mini-trial (B).

#### **A) Les clauses de conciliation**

**214.** **L'appréciation du doute par une clause de conciliation = la discussion contradictoire des preuves**<sup>1003</sup>. Les parties peuvent apprécier le doute par une clause de conciliation<sup>1004</sup>.

À dire vrai, la clause de conciliation est fréquente dans les contrats complexes<sup>1005</sup> ; elle prévoit l'intervention d'un tiers pour aider les parties à trouver une solution à leur litige<sup>1006</sup>.

En effet, le tiers cherche « à rapprocher les points de vue et à susciter une solution du différend en proposant, au besoin, une base d'accord »<sup>1007</sup>.

Aussi, au sens strict, la finalité de la clause de conciliation est-elle d'éviter le recours à un juge (ou à un arbitre) pour trancher le litige. Cependant, au sens large, comme le souligne M. MEKKI, elle ne serait pas seulement de permettre aux parties « de tenter un arrangement

---

<sup>1003</sup> Dans le domaine extrajudiciaire, la qualification de conciliation ou de médiation n'a pas d'importance.

<sup>1004</sup> Sur la clause de conciliation, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *La clause de conciliation*, in *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, pp. 29 et ss.

<sup>1005</sup> En ce sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2014, n° 326, p. 380.

<sup>1006</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 124, pp. 478 et ss., spéc. p. 478.

<sup>1007</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 124, pp. 478 et ss., spéc. p. 478.

à l'amiable en vue d'éviter le procès, mais d'apprécier les chances de gain ou de perte d'un procès par une mise à l'épreuve de leurs preuves respectives »<sup>1008</sup>.

Or, en permettant un débat contradictoire sur la preuve entre les parties, la clause de conciliation peut manifestement servir à jauger le doute dans tous ses aspects, c'est-à-dire le doute factuel, le doute matériel et le doute intellectuel, ainsi que la survenance d'un doute irréductible<sup>1009</sup>. Autrement dit, elle peut être un moyen d'envisager un doute subsistant dans l'esprit du juge et ses conséquences, c'est-à-dire l'attribution du risque de la preuve, lorsque les parties entendraient le saisir pour trancher le litige.

**215. Les limites à l'appréciation du doute.** Néanmoins, l'appréciation du doute par le biais de la clause de conciliation est tributaire des modalités de sa mise en œuvre.

En effet, la conciliation peut être conçue par les parties comme une simple possibilité ou un préalable obligatoire à toute saisine d'une autorité judiciaire (ou arbitrale)<sup>1010</sup>.

Dans la première hypothèse, la conciliation n'a alors aucun caractère obligatoire ; elle dépend de l'initiative, éventuelle, de l'une des parties, de sorte que le juge peut directement être saisi par l'une ou l'autre<sup>1011</sup>. Aussi l'appréciation du doute peut-elle seulement avoir lieu d'une manière aléatoire.

Au contraire, dans la seconde hypothèse, la conciliation est obligatoire ; les parties ne doivent pas porter leur différend devant le juge tant que la clause de conciliation n'a pas été mise en œuvre et tant que la procédure de conciliation n'a pas conduit à un constat d'échec, voire tant qu'elles n'y ont pas expressément renoncé d'un commun accord<sup>1012</sup>. L'appréciation du doute peut donc intervenir d'une manière certaine.

D'ailleurs, la possibilité d'apprécier le doute se révèle importante, parce que la clause de conciliation préalable obligatoire a pour effet de rendre irrecevable une éventuelle action

---

<sup>1008</sup> M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>e</sup> partie)*, art. préc., p. 461.

<sup>1009</sup> V. *supra* n° 107 et ss.

<sup>1010</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 124, pp. 478 et ss., spéc. p. 479.

<sup>1011</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 124, pp. 478 et ss., spéc. p. 479. Un résultat analogue est obtenu lorsque la clause de conciliation est stipulée dans l'intérêt d'une seule partie : elle peut y renoncer et préférer saisir le juge.

<sup>1012</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 124, pp. 478 et ss., spéc. pp. 479 et ss.

en justice tant que les parties n'ont pas tenté de résoudre le différend à l'amiable<sup>1013</sup>, à moins qu'elle ne soit exercée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>1014</sup>.

En effet, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 28 mars 2007, la saisine du juge des référés pour solliciter une expertise *in futurum* aurait pu être jugée impossible, au motif qu'une clause de conciliation préalable obligatoire interdisait la saisine de tout juge avant une tentative de conciliation<sup>1015</sup>. Or, la Haute Juridiction a retenu que la clause de conciliation préalable obligatoire interdisait uniquement la saisine d'un juge du fond pour trancher le litige, non celle du juge des référés pour demander une expertise *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

D'un strict point de vue probatoire, la solution peut alors être saluée : l'article 145 du Code de procédure civile et la clause de conciliation préalable obligatoire peuvent permettre aux parties, ensemble ou séparément, d'apprécier le doute.

Néanmoins, du point de vue de la recherche d'une solution conventionnelle au litige, elle n'échappe pas à une violente critique : la mesure d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile (un instrument judiciaire) peut fortement amenuiser l'intérêt de la clause de conciliation préalable obligatoire (un instrument contractuel). En effet, la saisine du juge des référés pour demander une mesure *in futurum* peut nuire à la conciliation, car la partie qui l'a réclamée peut être tentée de ne pas réellement s'investir dans le processus de conciliation en attendant de prendre connaissance des éléments de preuve espérés<sup>1016</sup>.

---

<sup>1013</sup> Cass. ch. mixte, 14 février 2003, Bull. civ. ch. mixte, n° 1 ; J.C.P. (G), 2003, I, 128, n° 17, obs. L. CADJET ; J.C.P. (G), 2003, I, 164, n° 9, obs. Ch. SERAGLINI ; D. 2003, p. 1386, note P. ANCEL & M. COTTIN ; R.T.D. civ., 2003, p. 349, obs. R. PERROT ; R.T.D. civ., 2003, p. 294, obs. J. MESTRE & B. FAGES ; C.C.C., 2003, comm. n° 84, note L. LEVENEUR ; Rev. arb., 2003, p. 403, note Ch. JARROSSON ; Procédures 2003, comm. n° 96, note H. CROZE ; *adde*, dans le même sens, Cass. com., 17 juin 2003, Bull. civ. IV, n° 101 ; C.C.C., 2003, comm. n° 134, note L. LEVENEUR. Toutefois, le non-respect d'une clause de conciliation préalable obligatoire stipulée dans un contrat de travail n'est pas sanctionné par une fin de non-recevoir, v. en ce sens, Cass. soc., 5 décembre 2012, Bull. civ. V, n° 326 ; D. 2013, Chron., p. 121, obs. P. BAILLY ; J.C.P. (S), 2013, 1075, note G. FRANÇOIS ; Dr. soc. 2013, p. 178, obs. D. BOULMIER.

<sup>1014</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 2007, Bull. civ. III, n° 43 ; Procédures 2007, comm. n° 104, note R. PERROT ; J.C.P. (G), 2007, I, 200, n° 9, obs. Th. CLAY ; R.T.D. civ., 2007, p. 807, obs. Ph. THÉRY.

<sup>1015</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *art. préc.*, p. 461.

<sup>1016</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI & Y. STRICKLER, *op. cit.*, n° 146, pp. 271 et ss., spéc. p. 271. Par ailleurs, S. AMRANI-MEKKI & Y. STRICKLER, *ibid.*, n° 146, pp. 271 et ss., spéc. p. 271, soulignent que l'élément de preuve obtenu peut influencer la conciliation : « *La conciliation risque [...] de changer de physionomie pour devenir une négociation visant à transiger sur le résultat probable d'une décision de justice à venir* ».

Pour gérer indirectement le doute, les parties peuvent également prévoir des clauses de mini-trial.

## B) Les clauses de mini-trial

**216. L'appréciation du doute par une clause de mini-trial = l'échange d'informations.** Les parties peuvent apprécier le doute par une clause de mini-trial<sup>1017</sup>.

En dépit de sa dénomination, le mini-trial n'est pas « *une sorte de procès abrégé* »<sup>1018</sup> ; il est un mode amiable de solution des litiges<sup>1019</sup>. Plus exactement, il correspond à une « *sorte de conciliation* » qui prend la forme d'un procès simulé<sup>1020</sup> et qui présente « *la caractéristique d'associer à la recherche d'une solution les responsables des entreprises en conflit* »<sup>1021</sup>. Ainsi, dans un premier temps, les conseils des entreprises en conflit échangent leurs conclusions – comme les pièces – et plaident devant un « panel », qui est constitué des représentants des entreprises (ce sont souvent les dirigeants eux-mêmes) et d'un tiers indépendant ; puis, dans un second temps, des discussions commencent entre les représentants des entreprises dans la perspective de parvenir à un accord.

Aussi, au sens strict, le but de la clause de mini-trial est-il là encore d'éviter le recours à un juge (ou à un arbitre) pour trancher le litige. En effet, dans le milieu des affaires, trouver un accord, sans vainqueur ni vaincu, et préserver les relations futures, importent beaucoup. Toutefois, au sens large, il serait également de permettre aux parties d'apprécier les chances de gain ou de perte d'un procès, non seulement par l'échange d'informations, mais aussi par l'avis en principe émis par le tiers à défaut d'accord acceptable sur le fond<sup>1022</sup>.

Or, en permettant une confrontation des arguments et un échange d'informations, la clause de mini-trial peut encore servir à jauger le doute dans tous ses aspects, c'est-à-dire le

---

<sup>1017</sup> Sur le mini-trial, v. P. E. HERZOG, *Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution de controverses (Alternative dispute resolution – A.D.R.) aux États-Unis*, R.G.D.P., 1999, pp. 774 et ss., spéc. pp. 787 et ss. ; J. EL-HAKIM, *Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats*, R.I.D.C., 1997, pp. 347 et ss., spéc. p. 351 ; É. TEYNIER, *Régler les litiges commerciaux grâce à l'arbitrage (1<sup>re</sup> partie)*, Option finance, 10 juin 2003, n° 740, pp. 31 et ss., spéc. p. 32.

<sup>1018</sup> B. OPPETIT, *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique*, Justices, 1995, n° 1, pp. 53 et ss., spéc. p. 57.

<sup>1019</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 118, pp. 458 et ss., spéc. p. 463.

<sup>1020</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 118, pp. 458 et ss., spéc. p. 463.

<sup>1021</sup> G. KEUTGEN & G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Préf. E. KRINGS, Tome I, *Le droit belge*, 2<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 36, pp. 41 et ss., spéc. p. 41.

<sup>1022</sup> Sur l'idée que le tiers émet en principe un avis sur ce qui serait, selon lui, l'issue probable du litige en cas de saisine du juge, v. É. TEYNIER, *art. préc.*, p. 32.

doute factuel, le doute matériel et le doute intellectuel, ainsi que la survenance d'un doute irréductible<sup>1023</sup>. Autrement dit, elle peut être un moyen d'envisager un doute subsistant dans l'esprit du juge et ses conséquences, c'est-à-dire l'attribution du risque de la preuve, lorsque les parties entendraient le saisir pour trancher le litige.

Pour gérer indirectement le doute, les parties peuvent encore stipuler des clauses qui prévoient l'aide d'un tiers passif.

## § II : Les clauses prévoyant l'aide d'un tiers passif

**217. L'appréciation du doute par une clause d'expertise = l'utilité du rapport de l'expert.**  
Les parties peuvent apprécier le doute par une clause d'expertise<sup>1024</sup>.

À dire vrai, la clause d'expertise est particulièrement adaptée aux relations d'affaires comportant des aspects techniques ou économiques complexes<sup>1025</sup> ; elle est « *un élément de management des contrats* »<sup>1026</sup> et prévoit la désignation d'un expert dont la mission varie<sup>1027</sup>.

En effet, l'expert peut être tenu « *de suivre l'exécution du contrat pour éviter que des difficultés d'exécution n'apparaissent et, au cas où ces difficultés apparaîtraient, de les régler d'un strict point de vue technique au fur et à mesure de leur survenance* »<sup>1028</sup>. En outre, il peut être simplement désigné en cas de différend et être tenu « *d'établir un rapport sur les divers aspects du contentieux en train de se constituer* »<sup>1029</sup>.

Aussi le rapport établi par l'expert remplit-il traditionnellement deux fonctions. D'une part, il peut permettre de « *désamorcer le contentieux en dédramatisant le conflit* »<sup>1030</sup>, c'est-à-dire d'éclairer respectivement les parties sur l'état réel d'exécution du contrat<sup>1031</sup>. D'autre part, il peut permettre aux parties d'apprécier leurs chances possibles de succès à

---

<sup>1023</sup> V. *supra* n° 107 et ss.

<sup>1024</sup> Ces clauses sont aussi dénommées « *clauses d'expert* » ou « *clauses d'expert neutre* », v. not. L. CADIET & E. JEULAND, *op. cit.*, n° 384, pp. 323 et ss., spéc. p. 323.

<sup>1025</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 123, pp. 477 et ss., spéc. p. 477.

<sup>1026</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 123, pp. 477 et ss., spéc. p. 477.

<sup>1027</sup> En ce sens, v. not. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 123, pp. 477 et ss., spéc. p. 477.

<sup>1028</sup> L. CADIET & E. JEULAND, *ibid.*, n° 384, pp. 323 et ss., spéc. p. 323.

<sup>1029</sup> L. CADIET & E. JEULAND, *ibid.*, n° 384, pp. 323 et ss., spéc. p. 323.

<sup>1030</sup> L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 123, pp. 477 et ss., spéc. p. 478.

<sup>1031</sup> En ce sens, v. L. CADIET & E. JEULAND, *ibid.*, n° 384, pp. 323 et ss., spéc. p. 323.

l'occasion d'un éventuel contentieux et, corrélativement, de décourager l'une d'elles ou les deux d'agir en justice<sup>1032</sup>.

Toutefois, en mettant en exergue la réalité des difficultés rencontrées par les parties, le rapport de l'expert peut présenter une autre fonction : il peut servir à jauger le doute dans tous ses aspects, c'est-à-dire le doute factuel, le doute matériel et le doute intellectuel, ainsi que la survenance d'un doute irréductible. Autrement dit, il peut être un moyen d'envisager un doute subsistant dans l'esprit du juge et ses conséquences, c'est-à-dire l'attribution du risque de la preuve, au cas où les parties entendraient le saisir pour trancher le litige.

D'ailleurs, la possibilité d'apprécier le doute se révèle importante, parce que la clause d'expertise rend une éventuelle action en justice irrecevable tant qu'elle n'a pas été mise en œuvre<sup>1033</sup>.

---

<sup>1032</sup> En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *ibid.*, n° 123, pp. 477 et ss., spéc. p. 478.

<sup>1033</sup> En ce sens, v. Cass. com., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.864 (inédit) ; Procédures 2013, comm. n° 3, note R. PERROT.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**218. La gestion *stricto sensu* du doute.** Tout d'abord, sur le terrain substantiel, les parties peuvent indirectement gérer le doute en organisant sa réduction ou son traitement.

En effet, la réduction du doute peut être organisée à l'aide de clauses dont l'objet est non seulement de créer des droits ou des obligations, mais encore de constater un fait ou un état de fait. Les premières sont alors extrêmement variées, parce qu'elles peuvent intéresser l'inexécution ou l'interprétation du contrat. À titre d'illustrations, la clause résolutoire réduit le doute en éludant la preuve d'une inexécution contractuelle suffisamment grave, alors que la clause d'intégralité (ou « clause des quatre coins ») le réduit en faisant de l'écrit définitif la seule preuve des obligations des parties.

En outre, le traitement du doute peut être organisé à l'aide de clauses qui aménagent l'intensité des obligations. À titre d'illustration, dans le cadre d'un dépôt salarié, la clause qui transforme l'obligation de moyens « renforcée » du dépositaire en une obligation de moyens « simple » inverse la charge de la preuve de la commission d'une faute.

**219. La gestion *lato sensu* du doute.** Ensuite, sur le terrain processuel, les parties peuvent indirectement gérer le doute en organisant son appréciation.

En effet, l'appréciation du doute peut être organisée à l'aide de clauses qui prévoient l'intervention active ou passive d'un tiers pour parvenir à un accord. À titre d'illustrations, tel est le cas de la clause de conciliation ou de la clause d'expertise qui, chacune à leur manière, par la discussion contradictoire des preuves ou la rédaction d'un rapport technique, peuvent servir à jauger le doute dans tous ses aspects ainsi que la survenance d'un doute irréductible dans l'esprit du juge.

## CONCLUSION DU TITRE I

**220. Le choix entre deux options pour gérer le doute.** Pour gérer conventionnellement le doute, les parties ont clairement le choix entre deux possibilités : elles peuvent le faire d'une manière frontale ou insidieuse.

**221. La gestion du doute d'une manière frontale.** D'une part, elles peuvent recourir à des clauses qui agissent directement sur la preuve, c'est-à-dire à des conventions sur la preuve.

En effet, ces conventions peuvent organiser la réduction du doute, en intervenant sur l'objet de la preuve ou les moyens de preuve.

C'est le cas, entre autres, de celle instituant une présomption conventionnelle simple ou mixte en faveur de l'une des parties, qui réduit le doute factuel, ou de celle imposant une preuve écrite à la place d'une preuve libre pour prouver un acte juridique, qui réduit à la fois le doute matériel et le doute intellectuel.

En outre, elles peuvent organiser le traitement du doute, en intervenant sur la charge de la preuve.

C'est le cas de celle prévoyant que le mandataire devra prouver le caractère abusif du droit de révocation exercé par le mandant pour obtenir des dommages-intérêts.

**222. La gestion du doute d'une manière insidieuse.** D'autre part, elles peuvent recourir à des clauses qui agissent indirectement sur la preuve.

En effet, d'aucunes peuvent organiser la réduction et le traitement du doute (comme les conventions sur la preuve), tandis que d'autres peuvent organiser son appréciation.

À titre d'exemples, la clause résolutoire réduit le doute factuel, la clause qui convertit l'obligation de moyens renforcée du dépositaire en une obligation de moyens simple dans le contrat de dépôt salarié traite le doute et la clause de mini-trial peut servir à jauger le doute dans tous ses aspects.

Pour autant, cette gestion conventionnelle du doute n'est pas absolue. Elle se heurte à de nombreux obstacles. Parfois, le doute s'avère donc intangible.

## **TITRE II : L'INTANGIBILITÉ DU DOUTE PROBATOIRE**

**223.** La gestion conventionnelle du doute n'est bien évidemment pas sans limites. Qu'elle soit organisée d'une manière directe ou indirecte, elle connaît de nombreux tempéraments.

Tout d'abord, elle est toujours limitée par les règles du droit commun des contrats et parfois par les règles du droit spécial des contrats, en l'espèce, le droit des contrats spéciaux et le droit de la consommation.

Ensuite, elle est ponctuellement limitée (ou pourrait l'être) par des règles qui tendent à protéger les pouvoirs du juge et à respecter les garanties du procès équitable<sup>1034</sup>.

En d'autres termes, la gestion conventionnelle du doute connaît des limites de nature substantielle (Chapitre I) et processuelle (Chapitre II).

---

<sup>1034</sup> Sur les autres limites à la gestion directe du doute, v. *supra* n° 178 et ss.

## **CHAPITRE I : LES LIMITES SUBSTANTIELLES**

**224.** À l'analyse, la gestion conventionnelle du doute apparaît strictement encadrée sur le plan substantiel, et ce, qu'elle soit organisée d'une manière directe ou indirecte. D'une part, cette gestion conventionnelle est naturellement limitée par les règles propres à la formation et à l'exécution du contrat. Par exemple, toute clause doit assurément abriter une obligation qui repose sur un objet et une cause licites pour être valable et la clause résolutoire doit être nécessairement mise en œuvre de bonne foi par le créancier pour être efficace. D'autre part, cette gestion conventionnelle est parfois limitée par le droit des contrats spéciaux et le droit de la consommation<sup>1035</sup>. Par exemple, la clause résolutoire stipulée en faveur du bailleur est incontestablement interdite dans le contrat de bail rural et la clause limitative de réparation l'est dans le contrat de consommation<sup>1036</sup>. En d'autres termes, la gestion conventionnelle du doute est strictement limitée par des règles tenant au droit commun des contrats (Section I) et au droit spécial des contrats (Section II).

### **SECTION I : LES RÈGLES DU DROIT COMMUN DES CONTRATS**

**225.** La gestion conventionnelle du doute semble strictement encadrée par une multitude de règles tenant au droit commun des contrats. Tout d'abord, elle l'est par des règles qui ont trait au contrat lui-même. Ainsi, à titre d'illustration, toute clause doit abriter une obligation qui repose sur un objet et une cause licites pour être valable. Ensuite, elle l'est par des règles qui ont trait aux contractants, comme celle qui impose que la clause limitative de réparation doit avoir été connue et acceptée par le contractant qui en subit les effets pour être efficace. Enfin, elle l'est encore par des règles qui ont trait aux contractants, mais plus spécialement à leur comportement, comme celle qui impose que la clause résolutoire soit mise en œuvre de bonne foi par le créancier pour être efficace. En somme, la gestion conventionnelle du doute est strictement limitée par des règles qui sont liées non seulement à la formation du contrat (§ I), mais encore à l'exécution du contrat (§ II).

---

<sup>1035</sup> Elle peut aussi l'être par le droit de la concurrence, qui offre une protection au professionnel contre l'abus de dépendance économique et les pratiques discriminatoires ou anticoncurrentielles, v. art. L. 442-6, I, 2° du C. com.

<sup>1036</sup> V. l'art. L. 411-31 du C. rur. et l'art R. 212-1, 6°, du C. consom.

## § I : Les règles relatives à la formation du contrat

**226.** La gestion conventionnelle du doute est encadrée par de nombreuses règles relatives à la formation du contrat : à l'analyse, d'aucunes sont propres au contrat lui-même (A), alors que d'autres sont propres aux contractants (B).

### A) Les règles propres au contrat

**227.** La gestion conventionnelle du doute est étroitement encadrée par des règles propres au contrat : d'aucunes contrôlent la licéité de son objet et de sa cause (1), alors que d'autres contrôlent son équilibre (2).

#### 1) Le contrôle de la licéité du contrat

**228.** La conformité des « *stipulations* » du contrat et de son « *but* » à l'ordre public<sup>1037</sup>. La gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve est sans surprise limitée par l'article 1162 du Code civil.

À dire vrai, jusqu'à la réforme du droit des contrats, l'article 1108 du Code civil posait « *Quatre conditions (...) essentielles pour la validité d'une convention* » : « *Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

Toutefois, depuis la réforme du droit des contrats, le nouvel article 1128 du Code civil a purement remplacé ce légendaire quadrige – consentement, capacité, objet et cause – par un simple triptyque, dont le dernier élément est « *Un contenu licite et certain* ». En effet, aux termes mêmes de ce texte, « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ».

Ainsi, à la lecture du nouvel article 1128 du Code civil, les deux notions traditionnelles d'objet et de cause ont disparu et ont été remplacées par celle, assez obscure, de contenu.

Cependant, à lire le rapport remis au Président de la République sur l'ordonnance du 10 février 2016, « *Les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section* [la sous-section relative au contenu],

---

<sup>1037</sup> Les « *stipulations* » correspondent à l'objet et le « *but* » à la cause.

*de même que la portée des deux autres conditions de validité (consentement et capacité) ne se comprend que par les dispositions de chacune des sous-sections qui y sont attachées ».*

Autrement dit, la notion de contenu doit vraisemblablement être appréhendée en se référant aux articles 1162 et suivants du Code civil, qui composent la sous-section relative au contenu du contrat.

Or, en examinant ces dispositions, « *qui donnent son véritable contenu (!) au contenu du contrat, on a vite fait de retrouver les conditions de cause et d'objet* »<sup>1038</sup>.

En définitive, les conditions de validité du contrat énoncées par le nouvel article 1128 du Code civil sont les mêmes que celles prévues par l'ancien article 1108 ! En effet, la notion de contenu du contrat ne doit pas faire illusion. « *Il ne faut y voir rien d'autre que le nouveau vêtement dont on habille, dans un souci moderniste, la théorie de l'objet et celle de la cause – ou du moins les règles majeures que l'on rattachait jusqu'à présent à ces théories* »<sup>1039</sup>.

D'ailleurs, les dispositions suivantes témoignent de « *cette vraie fausse disparition de l'objet et de la cause* », notamment le nouvel article 1162 du Code civil, qui dispose que « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* »<sup>1040</sup>.

Certes, ce texte ne fait aucune référence à l'objet et à la cause. Néanmoins, il désigne clairement l'objet par le terme « *stipulations* » et la cause par celui de « *but* »<sup>1041</sup>. Autrement dit, les « *tours de passe-passe sémantiques* » du législateur au sein du nouvel article 1128 du Code civil ne doivent encore pas faire illusion<sup>1042</sup> ! Ils ne changent pas les solutions retenues jusqu'à la réforme du droit des contrats relatives à l'objet et à la cause. Ainsi, les obligations nées du contrat doivent reposer sur un objet et une cause licites.

---

<sup>1038</sup> O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 170.

<sup>1039</sup> O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 260.

<sup>1040</sup> O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 171.

<sup>1041</sup> En ce sens, v. not. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 261 et ss.

<sup>1042</sup> O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 261.

D'ailleurs, ce texte ne détermine même pas d'une façon plus précise que par le passé le contenu de l'ordre public auquel doivent être confrontés l'objet et la cause des obligations nées du contrat ; il apparaît seulement « *plus englobant* » et toujours aussi « *mouvant* »<sup>1043</sup>.

Aussi le nouvel article 1128 du Code civil constitue-t-il une limite forte à la gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve. À titre d'exemple, ce texte pourrait limiter la validité d'une clause limitative de réparation en cas de dommages corporels causés à la personne<sup>1044</sup>.

Si la gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve est grandement limitée par l'article 1162 du Code civil, elle l'est également par les articles 1170 et 1171 de ce même Code, qui contrôlent l'équilibre du contrat.

## **2) Le contrôle de l'équilibre du contrat**

**229.** La gestion conventionnelle du doute est vigoureusement encadrée par des règles qui entendent lutter contre les excès les plus flagrants dans le contrat. Le Code civil en renferme deux : la première, énoncée par l'article 1170, élimine les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (a) ; la seconde, énoncée par l'article 1171, élimine celles qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (b).

### **a) L'éradication des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur**

**230.** La généralisation plus ou moins fidèle de la solution énoncée par les célèbres arrêts **Chronopost I** et **Faurecia II** sur les clauses limitatives de réparation. La gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve est substantiellement limitée par l'article 1170 du Code civil.

À dire vrai, ce texte – qui tend à compenser la disparition des textes relatifs à la cause – dispose que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Il est très souvent présenté comme une codification de la jurisprudence

---

<sup>1043</sup> O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 263.

<sup>1044</sup> Contestant clairement la validité des clauses limitatives de réparation en cas de dommages corporels, v. Ph. DELEBECQUE, *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Conventions relatives à la responsabilité*, J.-Cl. civ., Fasc. 21, 2017, n° 91. D'ailleurs, l'al. 2 de l'art. 1281 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 précise que « [...] la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel ».

Chronopost I (ou plus exactement Faurecia II) relative aux clauses limitatives de réparation. Toutefois, à l'analyse, ce texte va bien au-delà. Il étend considérablement sa portée.

En effet, dans un arrêt « Chronopost I » du 22 octobre 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait retenu un manquement du transporteur rapide à son obligation essentielle de livrer des plis dans un délai prédéfini et estimé, au nom de l'absence de cause, que la clause limitant l'indemnisation du retard au prix du transport devait être réputée non écrite parce qu'elle « *contredisait la portée de l'engagement pris* »<sup>1045</sup>.

S'en était alors suivie une « saga jurisprudentielle » qui avait longtemps fait craindre que les clauses limitatives de réparation portant sur une obligation essentielle ne soient plus valables.

Néanmoins, dans un arrêt « Faurecia II » du 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait dissipé ces craintes ; elle avait confirmé que « [...] *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* »<sup>1046</sup>. Autrement dit, deux conditions étaient exigées afin de réputer non écrite une clause limitative de réparation : il fallait que la clause porte sur une obligation essentielle et que celle-ci contredise la portée de l'engagement pris par le débiteur.

D'ailleurs, cette solution avait été reprise dans un arrêt de la troisième chambre civile du 23 mai 2003<sup>1047</sup>.

À l'analyse, le nouvel article 1170 du Code civil s'écarte donc bien de la jurisprudence Chronopost I et Faurecia II.

Certes, il pose des conditions d'application qui sont similaires.

En effet, en exigeant que la clause porte sur « *l'obligation essentielle du débiteur* », le texte reprend la première condition. De surcroît, il ne devrait pas manquer de raviver – voire d'entretenir – les incertitudes et interrogations liées à la notion d'« *obligation essentielle* ».

---

<sup>1045</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; R.T.D. civ., 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; R.T.D. com., 1997, p. 319, obs. B. BOULOC ; C.C.C., 1997, comm. n° 24, note L. LEVENEUR ; J.C.P. (G), 1997, I, 4002, n° 1 et ss., obs. M. FABRE-MAGNAN ainsi que 4025, n° 17 et ss., obs. G. VINEY ; R.T.D. civ., 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; Defrénois 1997, art. 36516, n° 20, p. 333, note D. MAZEAUD.

<sup>1046</sup> Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115 ; R.T.D. civ., 2010, p. 555, obs. B. FAGES ; J.C.P. (E), 2010, 1790, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; D. 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD.

<sup>1047</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-11.652 (inédit) ; D. 2013, p. 2142, note D. MAZEAUD.

À titre d'exemples, que faut-il entendre précisément par « *obligation essentielle* »<sup>1048</sup> ? Peut-il exister plusieurs obligations essentielles au sein du contrat<sup>1049</sup> ?

En outre, en exigeant que la clause « *prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* », le texte reprend la deuxième condition. Il est clair que la notion de « *substance* » est nouvelle et qu'elle dénote avec la jurisprudence antérieure<sup>1050</sup>. Toutefois, comme le fait observer M. MEKKI, elle « *ne devrait pas changer la donne* »<sup>1051</sup>. Elle « *doit surtout permettre de comprendre que toute atteinte à l'obligation essentielle est à elle seule insuffisante* »<sup>1052</sup>.

En revanche, il étend substantiellement son champ d'application. En effet, en visant « *toute clause* », le texte ne s'applique pas seulement aux clauses limitatives de réparation. Il est susceptible de s'appliquer à toute clause qui vient à vider une obligation essentielle de sa substance<sup>1053</sup>.

Aussi le nouvel article 1170 du Code civil constitue-t-il une limite sérieuse à la gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve ; il lutte semble-t-il contre les clauses excessives en éradiquant toutes celles qui porteraient atteinte au cœur même du contrat dans une mesure considérable.

Si la gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve est fraîchement limitée par l'article 1170 du Code civil, elle l'est encore par l'article 1171 du même Code.

---

<sup>1048</sup> L'obligation essentielle constituerait le « *noyau dur* » du contrat, v. en ce sens, Ph. DELEBECQUE, *th. préc.*, n° 132, pp. 164 et ss., spéc. p. 165.

<sup>1049</sup> Bien que le texte utilise le singulier, rien ne permet d'exclure l'existence de plusieurs obligations essentielles au sein d'un même contrat, comme la jurisprudence antérieure à l'ordonnance le laissait penser, v. en ce sens, M. MEKKI, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? (Les clauses)*, Rev. soc., 2016, pp. 563 et ss., spéc. n° 12, p. 565.

<sup>1050</sup> La « *substance* » désignerait « [...] le « *donné économique* » mis en œuvre juridiquement par le contrat », v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *op. cit.*, n° 438, pp. 360 et ss., spéc. p. 361.

<sup>1051</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, n° 12, p. 565.

<sup>1052</sup> M. MEKKI, *art. préc.*, n° 12, pp. 565 et ss.

<sup>1053</sup> Peuvent être visées, par ex., les clauses probatoires, les clauses de conciliation, les clauses indemnitaires, les clauses de couverture, les clauses de non-garantie, les clauses de réclamation, les clauses de répartition des risques, les clauses de divisibilité ou les clauses relatives à la prescription.

## **b) L'éradication des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties**

**231. La généralisation de la lutte contre les clauses abusives dans le Code civil.** La gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve peut fortement être limitée par l'article 1171 du Code civil.

À dire vrai, ce texte est le plus novateur de la réforme du droit des contrats ; il abrite la prohibition des clauses abusives au sein du Code civil. Néanmoins, ce texte est également de ceux qui ont suscité le plus de polémiques et de critiques.

En effet, le gouvernement entendait à l'origine insérer dans le Code civil un dispositif de lutte contre les clauses abusives susceptible de s'appliquer à tous contrats<sup>1054</sup>. Toutefois, face aux critiques et craintes émises par les universitaires, les praticiens et les représentants du monde économique au cours de la consultation publique organisée en 2015, il a choisi de conférer à ce dispositif une dimension moindre en le cantonnant aux contrats d'adhésion.

Aussi l'article 1171 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, se voulait-il probablement rassurant dans l'esprit du gouvernement en prévoyant que « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

Toutefois, si ce texte a sans doute tempéré les inquiétudes en limitant le dispositif de lutte contre les clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion, il ne manque pas de susciter un bon nombre de critiques et d'incertitudes.

Premièrement, la définition du contrat d'adhésion, essentielle pour appliquer ou non le dispositif de lutte contre les clauses abusives, est ambiguë. En effet, ce type de contrat est défini à l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Néanmoins, à l'aune des trois critères prévus par ce texte, la catégorie des contrats d'adhésion peut être interprétée de différentes façons : selon une première interprétation, elle peut renvoyer aux seuls contrats de masse ; selon une seconde, elle peut renvoyer non seulement aux contrats de masse, mais encore aux contrats de dépendance économique et aux contrats d'affaires –

---

<sup>1054</sup> V. art. 1169 du projet d'ord. de 2015.

entre parties qui ne présentent pas la même puissance économique<sup>1055</sup>. Or, plus la catégorie des contrats d'adhésion est entendue largement, plus la lutte contre les clauses abusives est étendue en droit commun des contrats.

Deuxièmement, la qualification de clause abusive apparaît très extensible. En effet, le texte vise « *toute clause* » à l'alinéa 1<sup>er</sup> et exclut seulement les clauses qui portent sur l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation à l'alinéa 2<sup>1056</sup>. De plus, il requiert simplement, à l'instar des textes spéciaux (les articles L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation), que la clause « *crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». De surcroît, si cette notion de « *déséquilibre significatif* » est dorénavant bien connue et renvoie très certainement aux différents indices éprouvés en droit de la consommation, elle reste toujours difficile à manier<sup>1057</sup>.

Troisièmement, l'articulation de ce texte avec les articles 1170 du Code civil, L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation est délicate : d'une part, l'article 1170 du Code civil peut vraisemblablement faire doublon avec l'article 1171 du Code civil ; d'autre part, les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne l'emportent pas nécessairement sur l'article 1171 du Code civil en vertu du principe *Specialia generalibus derogant* repris par l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil<sup>1058</sup>.

Reste qu'en dépit des critiques et incertitudes qu'il soulève, le nouvel article 1171 du Code civil peut constituer une limite vigoureuse à la gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve ; il peut lutter contre les clauses abusives dans la plus ou moins vaste catégorie des contrats d'adhésion.

Pour autant, à l'avenir, cette disposition devrait constituer une limite raisonnable à la gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve.

En effet, la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 a largement modifié l'article 1110 du Code civil. Il dispose dorénavant à l'alinéa 1<sup>er</sup> que le contrat de gré à gré est

---

<sup>1055</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, Gaz. Pal. 22 mars 2016, pp. 16 et ss., spéc. pp. 17 et ss.

<sup>1056</sup> Sur ce qu'est une clause au sens du nouvel art. 1171 du C. civ., v. M. MEKKI, *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ?*, Gaz. Pal. 10 mai 2016, pp. 11 et ss., spéc. pp. 12 et ss.

<sup>1057</sup> Sur cette notion de « *déséquilibre significatif* », v. M. MEKKI, *art. préc.*, pp. 13 et ss.

<sup>1058</sup> Sur l'articulation de l'art. 1171 du C. civ. avec les autres textes, v. M. MEKKI, *art. préc.*, pp. 15 et ss.

« celui dont les stipulations sont négociables entre les parties », et, à l’alinéa 2 que le contrat d’adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l’avance par l’une des parties ». Ainsi, la définition du contrat d’adhésion est cohérente avec celle du contrat de gré à gré et confirme que son caractère essentiel n’est pas la négociation effective, mais la négociabilité. Par ailleurs, elle annihile les discussions vaines sur le sens des « conditions générales » en les remplaçant par « un ensemble de clauses »<sup>1059</sup>. En définitive, il est clair que la définition du contrat d’adhésion ne sera pas limitée aux contrats de masse.

Cependant, la loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016 a corrélativement modifié l’alinéa 1<sup>er</sup> de l’article 1171 du Code civil. Après le terme « clause », sont dorénavant intégrés les vocables « non négociable, déterminée à l’avance par l’une des parties ». Aussi le texte ne pourra-t-il s’appliquer qu’aux seules clauses non négociables ; il ne permettra pas de qualifier des clauses négociées ou négociables d’abusives<sup>1060</sup>.

De surcroît, à l’aune des travaux préparatoires, l’article 1171 du Code civil sera écarté dans le champ d’application respectif des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Par conséquent, les craintes d’une invasion endémique du contrôle exercé à l’aide du nouvel article 1171 du Code civil semblent pour l’avenir endiguées.

Si la gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve est logiquement limitée par des règles qui sont propres au contrat lui-même, elle l’est aussi par des règles qui sont propres aux contractants.

## **B) Les règles propres aux contractants**

**232. Une volonté libre et éclairée du cocontractant.** La gestion indirecte du doute par une clause limitative de réparation est clairement limitée par l’exigence de sa connaissance et de son acceptation par le contractant qui en subit les effets.

---

<sup>1059</sup> Cep., cette exigence d’un « ensemble de clauses » devrait encore susciter des interprétations différentes, v. O. DESHAYES, Th. GENICON & Y.-M. LAITHIER, *Ratification de l’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*, J.C.P. (G), 2018, 529, pp. 885 et ss., spéc. n° 28, p. 891.

<sup>1060</sup> En ce sens, v. not. M. MEKKI, *La loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ?*, D. 2018, pp. 900 et ss., spéc. n° 31, pp. 909 et ss., spéc. p. 910.

En effet, la clause limitative de réparation tire son existence de la volonté des parties. Aussi les tribunaux veillent-ils à ce qu'elle repose bien sur l'accord de volontés des parties et exigent qu'elle soit connue et acceptée par le créancier à laquelle elle est opposée pour être efficace<sup>1061</sup>. À défaut, elle lui est inopposable.

D'ailleurs, en vue de protéger au mieux la volonté des parties, la gestion du doute par certaines clauses qui ont des effets indirects sur la preuve pourrait sans conteste être limitée par une exigence semblable ; les juges pourraient s'assurer de l'acceptation de telles clauses, ou du moins de leur connaissance, par le contractant qui en subit les conséquences.

En effet, lorsqu'elles ont des effets indirects sur la preuve, nombre de clauses portent sur les obligations contractuelles des parties et leur intensité. À titre d'exemple, tel est le cas de la clause qui transforme purement l'obligation de moyens « renforcée » du dépositaire en une obligation de moyens « simple »<sup>1062</sup>.

C'est pourquoi par précaution, sans aller jusqu'à exiger du bénéficiaire de ces clauses qu'il reçoive l'acceptation expresse et individualisée de son cocontractant, il devrait à tout le moins les porter effectivement à sa connaissance<sup>1063</sup>.

Si la gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve est grandement limitée par des règles relatives à la formation du contrat, elle l'est occasionnellement par des règles relatives à son exécution.

## § II : Les règles relatives à l'exécution du contrat

**233. La bonne foi du créancier dans la mise en œuvre de la clause résolutoire.** La gestion indirecte du doute par une clause résolutoire est indéniablement limitée par l'exigence de sa mise en œuvre de bonne foi par le créancier.

En effet, avant la réforme du droit des contrats, les tribunaux exigeaient que la clause résolutoire soit mise en œuvre de bonne foi par le créancier<sup>1064</sup>. À défaut, elle était écartée

---

<sup>1061</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. civ. IV, n° 289 ; Cass. com., 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 199 ; Cass. com., 26 mai 1992, Bull. civ. IV, n° 211.

<sup>1062</sup> V. *supra* n° 211.

<sup>1063</sup> En ce sens, v. M. MEKKI, *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>e</sup> partie)*, art. préc., p. 467.

<sup>1064</sup> V. *supra* n° 199.

ou paralysée<sup>1065</sup>. D'après J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, cette jurisprudence exprimait alors le désir des juges d'éviter que cette clause ne soit manipulée par l'une des parties pour sortir du contrat dans des conditions que l'autre n'avait pas voulu<sup>1066</sup>.

Or, si le nouvel article 1125 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, n'a pas repris cette exigence, elle paraît très logiquement résulter de la prescription générale du nouvel article 1104, qui indique que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

Aussi la gestion indirecte du doute par une clause résolutoire est-elle toujours limitée par l'exigence de sa mise en œuvre de bonne foi par le créancier.

D'ailleurs, d'une manière plus générale, la gestion du doute par certaines clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve pourrait être limitée par le comportement de l'une des parties, notamment celui du débiteur.

En effet, comme le souligne A. BÉNABENT, nombre d'entre elles reviennent « *souvent à rendre plus difficile la mise en œuvre de la responsabilité* »<sup>1067</sup>. Aussi pourraient-elles être traitées de la même manière que les clauses limitatives de réparation, c'est-à-dire être privées d'effets en cas de faute lourde (ou dolosive)<sup>1068</sup>.

La gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve est naturellement limitée par de très nombreuses règles du droit commun des contrats ; elle peut encore l'être par des règles du droit spécial des contrats.

## **SECTION II : LES RÈGLES DU DROIT SPÉCIAL DES CONTRATS**

**234.** La gestion conventionnelle du doute semble strictement encadrée par une multitude de règles tenant au droit spécial des contrats. En premier lieu, elle peut être écartée par des règles qui s'appliquent à des contrats spéciaux. Par exemple, l'article L. 411-31 du Code rural et de la pêche maritime prohibe la clause résolutoire (stipulée en faveur du bailleur) dans un bail rural et l'article 4 i) de la loi du 6 juillet 1989 prohibe la clause pénale (stipulée en faveur

---

<sup>1065</sup> En ce sens, v. D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 985, p. 570 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 276, pp. 282 et ss., spéc. p. 284.

<sup>1066</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT & É. SAVAUX, *ibid.*, n° 276, pp. 282 et ss., spéc. p. 284.

<sup>1067</sup> A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 435, pp. 337 et ss., spéc. p. 338.

<sup>1068</sup> En ce sens, v. A. BÉNABENT, *ibid.*, n° 435, pp. 337 et ss., spéc. p. 338.

du bailleur) dans un bail d'habitation. En deuxième lieu, elle peut être écartée par des règles qui s'appliquent aux contrats de consommation, c'est-à-dire aux contrats qui sont conclus non seulement entre un professionnel et un consommateur, mais également entre un professionnel et un non-professionnel. Par exemple, l'article R. 212-1, 12°, du Code de la consommation interdit tout bonnement les clauses qui inversent la charge légale de la preuve au détriment du consommateur. En définitive, la gestion conventionnelle du doute est strictement limitée par le droit des contrats spéciaux (§ I) et le droit de la consommation (§ II).

### **§ I : Le droit des contrats spéciaux**

**235.** La gestion indirecte du doute par des clauses relatives à l'inexécution du contrat peut être limitée dans certains contrats spéciaux. Plus exactement, elle ne peut fréquemment pas être organisée par des clauses relatives à la résolution (A) et à la responsabilité (B).

#### **A) Les clauses relatives à la résolution**

**236. L'interdiction exceptionnelle des clauses résolutoires par le législateur ou le juge.** La gestion indirecte du doute par une clause résolutoire est clairement impossible dans certains contrats spéciaux. Plusieurs exemples en témoignent.

**237. L'exemple du bail rural.** Ainsi, la clause résolutoire ne peut pas indirectement réduire le doute dans le bail rural.

En effet, aux termes mêmes des dispositions de l'article L. 411-31 du Code rural et de la pêche maritime, le législateur prohibe une telle clause, très certainement pour protéger le locataire rural : le propriétaire foncier ne doit pas être en mesure de le répudier avec trop de facilité, d'autant qu'il le prive de son outil de travail. D'ailleurs, le législateur exige du bailleur qu'il obtienne la résolution du bail nécessairement auprès du juge et seulement dans des cas déterminés<sup>1069</sup>.

**238. L'exemple du contrat de travail.** De même, la clause résolutoire stipulée en faveur de l'employeur ne peut pas indirectement réduire le doute dans le contrat de travail.

---

<sup>1069</sup> De même, une clause résolutoire est « incompatible avec l'emphytéose », v. C.A. Riom, 1<sup>re</sup> ch. civ., 15 janvier 2009, J.C.P. (G), 2009, IV, 1808.

D'une part, elle est prohibée dans un contrat à durée déterminée<sup>1070</sup>. En effet, dans la mesure où elle estime que l'article L. 1243-1 du Code de travail relatif aux causes de rupture du contrat de travail est une disposition d'ordre public, la jurisprudence admet que le salarié ne peut accepter par avance la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles envisagées par le texte<sup>1071</sup>. Ainsi, la clause résolutoire stipulée en faveur de l'employeur dans le contrat à durée déterminée est nulle et doit être réputée non écrite pour protéger le salarié placé en position de faiblesse : une clause du contrat de travail ne peut pas rompre la relation de travail à durée déterminée en allant au-delà des prescriptions de l'article L. 1243-1 du Code du travail<sup>1072</sup>.

D'autre part, elle est prohibée dans un contrat à durée indéterminée<sup>1073</sup>. En effet, aux termes mêmes de l'article L. 1231-4 du Code du travail, l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles sur la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Aussi la jurisprudence estime-t-elle que la clause résolutoire stipulée en faveur de l'employeur dans le contrat à durée indéterminée est nulle : une clause du contrat de travail ne peut pas valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement<sup>1074</sup>. Plus précisément, elle considère qu'il incombe au juge d'apprécier, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 1235-1 du Code du travail, la cause réelle et sérieuse du licenciement<sup>1075</sup>. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 14 novembre 2000 au sujet d'une clause d'objectifs en atteste<sup>1076</sup>.

En l'occurrence, une salariée avait été engagée par une société en qualité d'attachée technico-commerciale en 1985. Puis, elle avait été licenciée en 1994, motif pris, notamment, de la non-atteinte des objectifs pendant deux trimestres consécutifs, comme le prévoyait un

---

<sup>1070</sup> En ce sens, v. E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *Guide des clauses du contrat de travail 2017*, dir. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, n° 1434, p. 417.

<sup>1071</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, Bull. civ. V, n° 165 ; *adde*, Cass. soc., 16 décembre 1998, Bull. civ. V, n° 552 ; Cass. soc., 5 juillet 1995, pourvoi n° 92-40.095 (inédit) ; Cass. soc., 27 mai 1992, Bull. civ. V, n° 342.

<sup>1072</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-41.815 (inédit). Cep., la clause résolutoire stipulée au profit de l'employeur peut parfois être licite dans le contrat à durée déterminée du sportif et de l'entraîneur professionnels salariés, v. en ce sens, E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *op. cit.*, n° 1437, pp. 418 et ss., spéc. p. 418.

<sup>1073</sup> En ce sens, v. E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *op. cit.*, n° 1434, p. 417.

<sup>1074</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 367 ; Cass. soc., 6 mai 2002, pourvoi n° 00-41.992 (inédit) ; Cass. soc., 24 juin 2003, pourvoi n° 01-42.535 (inédit) ; Cass. soc., 2 mars 2005, pourvoi n° 02-46.534 (inédit).

<sup>1075</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 6 mai 2002, *préc.* ; Cass. soc., 3 février 1999, Bull. civ. V, n° 56.

<sup>1076</sup> Cass. soc., 14 novembre 2000, *préc.*

avenant à son contrat de travail intervenu en 1988. Aussi la salariée avait-elle saisi le Conseil des prud'hommes d'une demande tendant au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Or, si la Cour d'appel avait cru opportun d'infirmier le jugement de la juridiction prud'homale et de déclarer que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse, en soulignant que les objectifs sur le chiffre d'affaires local facturé n'avaient pas été atteints et que les conditions de la rupture étaient satisfaites, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa de l'article L. 122-14-3 du Code du travail (devenu l'article L. 1235-1). En effet, elle a énoncé qu'aucune clause du contrat de travail ne pouvait valablement décider qu'une circonstance quelconque constituerait une cause de licenciement, puis ajouté qu'il revenait au juge d'apprécier, dans le cadre des pouvoirs qu'il tenait de l'article L. 122-14-3, si les faits avancés par l'employeur dans la lettre de licenciement pouvaient constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. En statuant comme elle l'avait fait, la Cour d'appel avait dès lors méconnu ses pouvoirs : elle devait apprécier, d'une part, si les objectifs, fussent-ils définis au contrat, étaient réalistes, d'autre part, si la salariée était fautive de ne pas les avoir atteints.

En définitive, le juge tient à exercer un droit de regard sur la décision de l'employeur de rompre le contrat de travail, ou tout du moins, sur les motifs de sa décision. En vérité, les conséquences de la décision de licenciement à l'égard du salarié sont trop importantes pour que le juge daigne confier à l'employeur l'intégralité du processus de licenciement, d'autant que les relations de travail sont par nature déséquilibrées entre les parties dès la conclusion du contrat. Aussi la situation de faiblesse du salarié explique-t-elle encore l'interdiction de la clause résolutoire stipulée en faveur de l'employeur dans le contrat à durée indéterminée.

En revanche, la clause résolutoire stipulée en faveur du salarié peut a priori réduire le doute d'une façon indirecte. C'est le cas de la « clause de prise d'acte »<sup>1077</sup>, qui permet « à un salarié de rompre le contrat en raison d'un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles en lui faisant produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une rupture injustifiée d'un contrat à durée déterminée »<sup>1078</sup>.

En effet, la prise d'acte constitue un mode de rupture singulier du contrat de travail ; elle peut consister pour le salarié à prendre acte de la rupture du contrat de travail en raison

---

<sup>1077</sup> Cette clause est parfois prévue au profit de salariés débauchés pour leurs qualités, v. en ce sens, E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *op. cit.*, n° 1438, p. 419.

<sup>1078</sup> E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *ibid.*, n° 1438, p. 419.

de faits qu'il reproche à son employeur. Néanmoins, dans cette situation bien particulière, la Cour de cassation exige « *un manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail* »<sup>1079</sup>.

Aussi la « clause de prise d'acte » permet-elle de priver le juge du pouvoir d'apprécier la gravité des manquements de l'employeur en cas de prise d'acte de la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée<sup>1080</sup>.

Or, en application du principe de faveur, rien n'interdit de prévoir une telle clause<sup>1081</sup>. La « clause de prise d'acte » doit donc être considérée comme licite, d'autant qu'elle est très avantageuse pour le salarié.

Si la gestion indirecte du doute ne peut très généralement pas être organisée par une clause résolutoire dans certains contrats spéciaux, elle peut également ne pas pouvoir l'être par des clauses relatives à la responsabilité.

## **B) Les clauses relatives à la responsabilité**

**239.** La gestion indirecte du doute par différentes clauses relatives à la responsabilité peut être limitée dans certains contrats spéciaux. Plus exactement, elle ne peut assez souvent pas être organisée par une clause pénale (A) ou une clause limitative de réparation (B).

### **1) Les clauses pénales**

**240.** Ponctuellement, la clause pénale ne peut pas indirectement réduire le doute ; elle est prohibée. C'est le cas dans le contrat de travail (a) et dans le contrat de bail d'habitation (b).

#### **a) L'exemple du contrat de travail**

**241.** **L'interdiction probable des clauses pénales stipulées en faveur de l'employeur dont l'application pourrait intervenir à une date antérieure à la rupture du contrat de travail.** La clause pénale stipulée en faveur de l'employeur dont une éventuelle application surviendrait avant la rupture du contrat de travail ne peut a priori pas indirectement réduire le doute.

---

<sup>1079</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 26 mars 2014, Bull. civ. V, n° 85.

<sup>1080</sup> En ce sens, v. E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *ibid.*, n° 1438, p. 419.

<sup>1081</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 10 février 2016, pourvoi n° 15-16.132 (publié au bulletin) ; Cass. soc., 23 mars 1999, Bull. civ. V, n° 136 ; Cass. soc., 22 juin 2011, Bull. civ. V, n° 165 ; *contra*, Cass. soc., 17 octobre 2000, *préc.*

À dire vrai, la validité de cette clause pénale divise la doctrine. Deux analyses peuvent être recensées.

Ainsi, selon une première analyse, cette clause pénale n'est pas valable<sup>1082</sup>. En effet, l'ancien article L. 122-42 du Code du travail, qui est devenu l'article L. 1331-2, prohibe, d'une manière générale, toutes les sanctions pécuniaires. L'intérêt d'assimiler la clause pénale aux amendes et sanctions pécuniaires prohibées est alors d'éviter que l'employeur ne contourne la prohibition légale, en imposant aux salariés des clauses pénales excessives qui ne seraient, en fait, rien d'autre que des amendes déguisées<sup>1083</sup>.

En revanche, selon une deuxième analyse développée par D. MAZEAUD, cette clause pénale est valable<sup>1084</sup>. En effet, il considère que « *les concepts de clause pénale et d'amende ne sauraient être confondus* »<sup>1085</sup> et offre de les distinguer selon la nature de la norme qui est enfreinte par le salarié et qui aboutit au prononcé de la sanction<sup>1086</sup>. Ainsi, l'amende prohibée sanctionne la violation d'une règle professionnelle et disciplinaire, alors que la clause pénale sanctionne « *l'inexécution d'une obligation inhérente à la relation individuelle de travail* »<sup>1087</sup>. Au fond, la clause pénale ne peut donc être assimilée aux amendes et sanctions pécuniaires prohibées « *parce que celles-ci relèvent du droit disciplinaire alors que celle-là relève du droit contractuel* »<sup>1088</sup>.

Pour autant, la deuxième analyse proposée ne convainc pas. Tout d'abord, le contrat de travail constitue un contrat spécial « très spécial » ; il place le salarié dans une position de subordination par rapport à l'employeur. Ensuite, comme l'explique lui-même D. MAZEAUD, le risque existe que « *la clause pénale soit utilisée par l'employeur en vue de contraindre ses salariés au respect d'obligations ou de devoirs en contradiction avec les conquêtes sociales et*

---

<sup>1082</sup> En ce sens, v. not. B. STARCK, H. ROLAND & L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1993, n° 1564, pp. 660 et ss., spéc. p. 660 ; J. DEPRez, *Les clauses pénales dans les relations de travail et leur révision par le juge*, B.S. Lefebvre, 1985, pp. 267 et ss., spéc. n° 2, p. 268.

<sup>1083</sup> En ce sens, v. D. MAZEAUD, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc., 1994, pp. 343 et ss., spéc. n° 39, pp. 350 et ss.

<sup>1084</sup> D. MAZEAUD, *art. préc.*, spéc. n° 39 et ss., pp. 350 et ss.

<sup>1085</sup> D. MAZEAUD, *art. préc.*, n° 39, pp. 350 et ss., spéc. p. 351.

<sup>1086</sup> D. MAZEAUD, *art. préc.*, n° 39, pp. 350 et ss., spéc. p. 351.

<sup>1087</sup> D. MAZEAUD, *art. préc.*, n° 39, pp. 350 et ss., spéc. p. 351.

<sup>1088</sup> D. MAZEAUD, *art. préc.*, n° 39, pp. 350 et ss., spéc. p. 351.

*les droits et libertés essentielles institués et consacrés par le législateur en vue de protéger ces derniers* »<sup>1089</sup>.

Aussi la validité d'une telle clause pénale doit-elle a priori être rejetée.

**242. La validité des clauses pénales stipulées en faveur de l'employeur dont l'application pourrait intervenir à une date postérieure à la rupture du contrat de travail.** Néanmoins, la clause pénale stipulée en faveur de l'employeur dont une éventuelle application surviendrait après la rupture du contrat de travail peut indirectement réduire le doute. C'est notamment le cas de celle qui sanctionne la violation d'une clause de non-concurrence.

En effet, la validité de cette clause pénale est certaine, parce que la relation de travail a pris fin entre le salarié et l'employeur au moment de son éventuelle application. D'ailleurs, elle est admise depuis longtemps par la jurisprudence<sup>1090</sup> et affirmée sans aucune réserve par la doctrine contemporaine<sup>1091</sup>.

**243. La validité des clauses pénales stipulées en faveur du salarié.** Enfin, la clause pénale stipulée en faveur du salarié peut indirectement réduire le doute. C'est notamment le cas de celle qui sanctionne la violation d'une « clause de garantie d'emploi »<sup>1092</sup>.

En effet, la « clause de garantie d'emploi » limite la faculté de l'employeur, pour une durée déterminée, de rompre unilatéralement le contrat de travail du salarié<sup>1093</sup>. Surtout, elle le contraint à indemniser le salarié s'il méconnaît son engagement, c'est-à-dire s'il procède à son licenciement pendant la période de protection conventionnelle<sup>1094</sup>.

Néanmoins, en assortissant la « clause de garantie d'emploi » d'une clause pénale, le salarié n'a plus à démontrer la véritable consistance de son préjudice et échappe au pouvoir

---

<sup>1089</sup> D. MAZEAUD, *art. préc.*, n° 9, p. 345.

<sup>1090</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 25 novembre 1970, Bull. civ. V, n° 651 ; Cass. soc., 13 décembre 2000, pourvoi n° 98-46.384 (inédit) ; C.A. Paris, 21<sup>e</sup> ch. C, 26 septembre 1986, D. 1987, somm. comm., p. 269, obs. Y. SERRA.

<sup>1091</sup> En ce sens, v. not. B. TEYSSIÉ, J.-Fr. CESARO & A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, 3<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 900, p. 459 : « sont [...] licites les clauses pénales dont l'éventuelle application se situe nécessairement à une date postérieure à la rupture du contrat de travail ».

<sup>1092</sup> En ce sens, v. Cass. soc., 14 juin 2006, pourvoi n° 05-43.670 (inédit). D'ailleurs, P.-H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail (non-concurrence, dédit-formation, rémunération variable, mobilité, rupture)*, 2<sup>ème</sup> éd., éd. Liaisons, Coll. Droit vivant, 2009, p. 86, précise que « la violation de la clause [de garantie d'emploi] par l'employeur peut être contractuellement aménagée par le jeu d'une clause pénale [...] ».

<sup>1093</sup> En ce sens, v. E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *op. cit.*, n° 656, p. 189.

<sup>1094</sup> En ce sens, v. E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *op. cit.*, n° 669, pp. 192 et ss., spéc. p. 192.

souverain d'appréciation des juges du fond en la matière<sup>1095</sup>. En effet, l'employeur doit verser au salarié l'indemnité fixée forfaitairement par la clause pénale<sup>1096</sup>.

Aussi la validité de cette clause pénale est-elle incontestable dans une telle situation, parce qu'elle s'avère extrêmement avantageuse pour le salarié.

Si la clause pénale ne peut quelquefois pas réduire le doute dans le contrat de travail, elle ne peut parfois pas non plus le réduire dans le bail d'habitation.

## **b) L'exemple du contrat de bail d'habitation**

**244. L'interdiction irrécusable des clauses pénales.** La clause pénale stipulée en faveur du bailleur ne peut pas indirectement réduire le doute dans le bail d'habitation.

En effet, aux termes mêmes de l'article 4 i) de la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation (modifié par la loi « ALUR » n° 2014-366 du 24 mars 2014), le législateur répute non écrite la clause « *qui autorise le bailleur à percevoir des amendes ou des pénalités en cas d'infraction aux clauses d'un contrat de location ou d'un règlement intérieur à l'immeuble* ».

Autrement dit, il prohibe purement et simplement la clause pénale stipulée en faveur du bailleur pour protéger le locataire.

D'ailleurs, depuis la loi « ALUR » intervenue en 2014, le législateur prohibe nettement cette clause pénale dans le bail d'habitation, parce qu'il ne vise plus seulement les amendes, mais aussi les « *pénalités* »<sup>1097</sup>.

Ainsi, si les clauses pénales sanctionnant l'inexécution des obligations contractuelles du locataire, notamment l'obligation de quitter les lieux à la fin du bail<sup>1098</sup> ou celle de payer

---

<sup>1095</sup> En l'absence d'une clause pénale, l'indemnisation du salarié correspond aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de garantie d'emploi, v. en ce sens, Cass. soc., 27 octobre 1998, Bull. civ. V, n° 455 ; Dr. soc., 1999, p. 293, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU ; D. 1999, p. 186, note J. MOULY ; Cass. soc., 2 février 1999, Bull. civ. V, n° 49 ; Cass. soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-44.762 (inédit).

<sup>1096</sup> En ce sens, v. E. JEANSEN & Y. PAGNERRE (avec la collaboration de Ph. ROZEC), *ibid.*, n° 669, pp. 192 et ss., spéc. p. 192 (cep., le juge peut réviser le montant de cette indemnité).

<sup>1097</sup> En ce sens, v. N. DAMAS, *Rép. civ.*, V<sup>is</sup> Bail d'habitation et mixte : rapports locatifs individuels – Loi du 6 juillet 1989, 2015 (actualisation en 2018), n° 306.

<sup>1098</sup> En ce sens, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 janvier 1997, Bull. civ. III, n° 8 (la somme due en vertu d'une clause pénale ne revêt pas le caractère d'une amende).

le loyer<sup>1099</sup>, ont pu jusqu'à présent être considérées comme licites par la jurisprudence, car leur interdiction n'était pas nettement édictée, elles ne le sont assurément plus aujourd'hui.

Si la clause pénale ne peut fréquemment pas réduire le doute dans plusieurs contrats spéciaux, la clause limitative de réparation ne peut quelquefois pas le réduire davantage.

## 2) Les clauses limitatives de réparation

**245.** Assez souvent, la clause limitative de réparation ne peut pas indirectement réduire le doute ; elle est prohibée. C'est le cas dans le contrat de construction (a) et dans le contrat de dépôt hôtelier (b).

### a) L'exemple du contrat de construction

**246. L'interdiction inévitable des clauses limitatives de réparation.** La clause limitative de réparation ne peut pas indirectement réduire le doute dans le contrat de construction.

En effet, aux termes des dispositions de l'article 1792-5 du Code civil qui régissent les seuls contrats de construction, le législateur répute non écrite « *Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écartier ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4* »<sup>1100</sup>.

Autrement dit, il prohibe sèchement la clause limitative de réparation dans le contrat de construction pour garantir, non seulement la défense du propriétaire (qui fait construire), mais aussi celle du bâtiment. Mieux, il l'interdit sans vergogne pour répondre aux attentes des particuliers et des économistes ainsi qu'à celles, plus générales, de tous les citoyens, car les constructeurs sont incités à construire des immeubles solides.

D'ailleurs, l'article 1792-5 du Code civil prohibe la clause limitative de réparation très largement : il s'applique non seulement à la responsabilité de ceux qui sont liés au maître de l'ouvrage, mais encore à celle des autres participants à l'opération de construction. Tel est le

---

<sup>1099</sup> En ce sens, v. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 mars 1987, Bull. civ. III, n° 63 ; D. 1987, p. 380, note G. PAISANT ; R.T.D. civ., 1987, p. 781, obs. Ph. RÉMY ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 novembre 1995, Bull. civ. III, n° 240.

<sup>1100</sup> En ce sens, v. not. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI & H. LÉCUYER, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>ème</sup> éd. avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2012, n° 32430, pp. 1444 et ss., spéc. p. 1444.

cas du vendeur d'immeubles à construire<sup>1101</sup>, du promoteur immobilier<sup>1102</sup> ou du constructeur de maisons individuelles<sup>1103</sup>.

Si la clause limitative de réparation ne peut manifestement pas réduire le doute dans le contrat de construction, elle ne le peut également pas dans le contrat de dépôt hôtelier.

### **b) L'exemple du contrat de dépôt hôtelier**

**247. L'interdiction indiscutable des clauses limitatives de réparation.** La clause limitative de réparation ne peut pas indirectement réduire le doute dans le dépôt hôtelier.

En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1953 du Code civil, la responsabilité des hôteliers (ou des aubergistes) est « *illimitée, nonobstant toute clause contraire, au cas de vol ou de détérioration des objets de toute nature déposés entre leurs mains ou qu'ils ont refusé de recevoir sans motif légitime* ».

Autrement dit, le législateur prohibe les clauses limitatives de réparation dès lors que l'objet détérioré ou volé a été déposé entre les mains de l'hôtelier ou que celui-ci a refusé de le recevoir sans motif légitime pour protéger le voyageur. Il estime très probablement que le professionnel doit être en mesure de garder en toute sûreté les objets qui lui sont confiés, à moins qu'ils ne soient trop encombrants ou dangereux<sup>1104</sup>. D'ailleurs, Fr. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE estiment qu'il ne s'agit là que d'une « *nouvelle manifestation de l'ordre public professionnel* »<sup>1105</sup>.

Si la gestion conventionnelle du doute est limitée d'une façon sporadique par le droit des contrats spéciaux (plusieurs clauses ne peuvent pas indirectement réduire le doute dans certains contrats spéciaux), elle l'est plus amplement par le droit de la consommation.

### **§ II : Le droit de la consommation**

**248.** La gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve peut être limitée dans les contrats de consommation. En effet, depuis 1978, le droit français lutte contre les clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou un

---

<sup>1101</sup> V. art. 1646-1 du C. civ.

<sup>1102</sup> V. art. 1831-1 al. 1<sup>er</sup> du C. civ.

<sup>1103</sup> V. art. L. 231-1 et L. 230-1 du C.C.H.

<sup>1104</sup> En ce sens, v. Ph. LE TOURNEAU, *Rép. com.*, V° Dépôt, 2013 (actualisation en 2014), n° 59.

<sup>1105</sup> Fr. COLLART DUTILLEUL & Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 831, pp. 800 et ss., spéc. p. 800.

non-professionnel. Ainsi, l'article L. 212-1 du Code de la consommation prévoit deux listes réglementaires de clauses : la première (« noire ») énumère celles qui sont irréfragablement présumées abusives, la deuxième (« grise ») celles qui sont simplement présumées abusives, sous réserve de la preuve contraire par le professionnel. En outre, ce texte reconnaît au juge le pouvoir de déclarer une clause abusive, alors qu'elle ne figurerait dans aucune des listes. Il doit alors rechercher s'il existe « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* », en tenant compte notamment des directives d'interprétation fixées par ce texte. En définitive, la gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve peut être limitée par la déclaration (A) ou la reconnaissance de leur caractère abusif (B).

#### **A) La déclaration d'une clause abusive**

**249.** La gestion du doute par des clauses qui ont des effets sur la preuve peut être limitée dans les contrats de consommation par la déclaration de leur caractère abusif par le pouvoir réglementaire. En effet, l'article L. 212-1 du Code de la consommation renvoie explicitement à deux listes réglementaires de clauses, abusives ou présumées telles, qui doivent être mises en œuvre mécaniquement par le juge. En définitive, certaines clauses sont irréfragablement présumées abusives (1), d'autres simplement présumées abusives, sous réserve de la preuve contraire par le professionnel (2).

##### **1) Les clauses irréfragablement présumées abusives**

**250. L'exclusion des clauses aménageant le traitement du doute.** Tout d'abord, la gestion directe ou indirecte du doute par des clauses qui organisent son traitement est impossible.

En effet, aux termes de l'article R. 212-1, 12°, du Code de la consommation, sont des clauses irréfragablement présumées abusives, donc prohibées, celles qui inversent la charge légale de la preuve au détriment du consommateur.

Aussi les clauses organisant le traitement du doute de façon directe ou indirecte dans les contrats de consommation sont-elles purement interdites.

Néanmoins, ce texte suscite des interrogations. D'une part, la clause abusive est celle qui remet en cause la charge de la preuve telle que fixée par le « *droit applicable* ». Or, cette

notion s'avère difficile à cerner<sup>1106</sup>. D'autre part, la clause abusive est celle qui impose au consommateur la charge de la preuve de tel ou tel fait alors qu'elle devrait « *normalement* » incomber à l'autre partie au contrat. Or, le critère de la normalité est assez versatile en droit de la preuve.

Reste que la prohibition de telles clauses au cœur des contrats de consommation doit être approuvée. En effet, elles sont dangereuses pour le consommateur : c'est lui qui perdra le procès (et non le professionnel) en cas de doute persistant dans l'esprit du juge à l'issue de l'examen des éléments de preuve.

D'ailleurs, la jurisprudence a toujours « chassé » les clauses inversant la charge légale de la preuve. Elle avait déjà déclaré abusives de telles clauses avant qu'elles ne figurent dans la liste noire de l'article R. 212-1 du Code de la consommation. Un exemple est fourni par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 1<sup>er</sup> février 2005<sup>1107</sup>.

En l'espèce, la F.L.C.E. d'Ille-et-Vilaine avait demandé au juge qu'il prononce l'illicéité des offres de crédit remises par des magasins à leurs clients et provenant d'un organisme de crédit. Puis, la Cour d'appel avait déclaré illicites les clauses dont le caractère abusif avait été retenu par la juridiction de première instance. Aussi l'organisme de crédit s'était-il pourvu en cassation. Il reprochait notamment à l'arrêt d'avoir jugé abusive et illicite la clause prévoyant la délivrance de l'information imposée par l'article L. 311-9 du Code de la consommation par simple mention sur un listing informatique.

En premier lieu, en exigeant qu'il informe l'emprunteur sur les conditions essentielles du nouveau contrat, la Cour d'appel avait violé l'article L. 311-9 du Code de la consommation et l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; elle avait ajouté au premier de ces textes une condition qu'il ne prévoit pas, d'autant qu'assorti d'une sanction, il devait être interprété restrictivement.

En deuxième lieu, en lui reprochant de s'être libéré des obligations probatoires qui lui incombaient, alors que l'article L. 311-9 du Code de la consommation lui impose d'indiquer à

---

<sup>1106</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, *Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales*, R.D.C., octobre 2009, n° 4, pp. 1617 et ss., spéc. n° 16, pp. 1626 et ss.

<sup>1107</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2005, Bull. civ. I, n° 60 ; D. 2005, Act. Jurispr., p. 640, obs. V. AVENA-ROBARDET ; C.C.C., 2005, comm. n° 99, note G. RAYMOND ; R.T.D. civ., 2005, p. 393, obs. J. MESTRE & B. FAGES ; R.D.C., juillet 2005, n° 3, p. 718, obs. D. FENOUILLET.

l'emprunteur les conditions de reconduction du contrat, non d'établir qu'il a réellement reçu l'information envoyée, la Cour d'appel avait violé ce texte et l'article 1315 du Code civil.

En troisième lieu, en lui interdisant de rapporter la preuve de l'information au moyen de l'enregistrement informatique de l'envoi, dont la fiabilité pouvait être appréciée de façon objective, la Cour d'appel avait violé les articles 1341 du Code civil et L. 311-9 du Code de la consommation ; elle lui avait imposé la confection d'une preuve par envoi recommandé, que n'exige pas le second texte.

En dernier lieu, en considérant que la convention de preuve avait pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la Cour d'appel avait violé les articles L. 132-1 du Code de la consommation et 1341 du Code civil : d'une part, les conventions de preuve sont valables ; d'autre part, celle-ci était compensée par une limitation des coûts du crédit et n'imposait aucune contrainte formelle à l'emprunteur désireux de mettre fin à l'ouverture de crédit.

Néanmoins, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le prêteur. En effet, en stipulant que « *de convention expresse, pour limiter les coûts du crédit, la délivrance de cette information (serait) établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi* », la Cour d'appel avait retenu, d'une part, que le prêteur s'était exonéré de la preuve du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de la reconduction du contrat et, d'autre part, qu'il avait écarté toute contestation ultérieure. Aussi avait-elle pu décider que la clause inversait la charge de la preuve au détriment du consommateur et créait, à son encontre, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Ainsi, la Cour de cassation a confirmé que la clause était abusive et illicite pour éviter au consommateur de faire la preuve que l'offre reçue ne correspondait pas aux exigences de l'article L. 311-9 du Code de la consommation.

Mieux, elle a vraisemblablement entendu protéger le consommateur emprunteur en mettant un terme aux tentatives de démantèlement des règles protectrices instaurées en sa faveur dans les contrats de crédit à la consommation.

**251. L'exclusion des clauses aménageant la réduction du doute.** Puis, la gestion indirecte du doute par certaines clauses qui organisent sa réduction est également impossible.

En effet, aux termes de l'article R. 212-1, 6°, du même Code, sont encore des clauses irréfragablement présumées abusives, donc prohibées, celles qui suppriment ou réduisent le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur lorsque le professionnel a manqué à l'une quelconque de ses obligations.

Aussi les clauses limitatives de réparation, qui organisent la réduction du doute d'une façon indirecte, sont-elles purement interdites dans les contrats de consommation.

D'ailleurs, elles sont très largement prohibées, puisque le texte pose une interdiction qui s'applique à tous les contrats, qu'ils soient de vente ou de prestation de services<sup>1108</sup>.

Néanmoins, le choix d'interdire les clauses limitatives de réparation dans les contrats de consommation doit être salué.

À dire vrai, la Commission des clauses abusives avait initialement proposé de répartir les clauses relatives à la responsabilité entre la liste « noire » et la liste « grise » : elle plaçait les clauses exonératoires de responsabilité dans la liste « noire » et les clauses limitatives de responsabilité dans la liste « grise »<sup>1109</sup>. Ainsi, selon la Commission des clauses abusives, les clauses limitatives de responsabilité devaient être intégrées dans la liste « grise » des clauses simplement présumées abusives puisque le droit à réparation du consommateur n'était pas nié, mais seulement réduit dans des proportions très variables selon les cas<sup>1110</sup>. De surcroît, elle soutenait que le juge avait toujours la faculté de requalifier en clause d'exonération celle qui recélait une indemnité dérisoire pour la partie victime de l'inexécution<sup>1111</sup>. Pour autant, ces deux sortes de clauses sont des clauses limitatives de réparation. Aussi, pour protéger au mieux le consommateur, était-il opportun de doter les clauses limitatives de réparation d'un même régime juridique et de les présumer toutes irréfragablement abusives, comme l'a fait le gouvernement. Un tel dispositif exclut non seulement les problèmes de qualification, mais aussi l'incertitude inhérente au mécanisme de la présomption simple de caractère abusif, sur lequel repose la liste « grise »<sup>1112</sup>.

---

<sup>1108</sup> En ce sens, v. not. S. CARVAL, *La responsabilité contractuelle à l'épreuve des listes « noire » et « grise » du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009*, R.D.C., juillet 2009, n° 3, pp. 1055 et ss., spéc. p. 1056.

<sup>1109</sup> Rapp. Comm. des clauses abusives pour l'année 2008, BOCCRF du 5 mars 2009.

<sup>1110</sup> *Rapp. préc.*

<sup>1111</sup> *Rapp. préc.*

<sup>1112</sup> En ce sens, v. S. CARVAL, *art. préc.*, p. 1057.

En définitive, les clauses qui ont des effets sur la preuve et qui sont irréfragablement présumées abusives sont rares. Plus nombreuses sont celles qui sont simplement présumées abusives.

## 2) Les clauses simplement présumées abusives

**252. Le contrôle de plusieurs clauses aménageant la réduction du doute.** En premier lieu, la gestion directe ou indirecte du doute par des clauses qui organisent sa réduction peut être exclue au regard des articles R. 212-2, 9°, 3° et 8° du Code de la consommation.

Tout d'abord, aux termes de l'article R. 212-2, 9°, du Code de la consommation, sont des clauses présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, celles qui limitent « *indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur* »<sup>1113</sup>.

Aussi les clauses restreignant les modes de preuve admissibles, comme les clauses de constatation, qui organisent toutes deux la réduction du doute de façon directe ou indirecte, sont-elles potentiellement interdites dans les contrats de consommation.

Toutefois, ce texte suscite encore une interrogation. En effet, à sa lecture, les clauses présumées abusives sont seulement celles qui limitent « *indûment* » les moyens de preuve à la disposition du consommateur. Or, qui doit établir ce caractère indu ? Si la preuve incombe au consommateur, « *on a alors le sentiment qu'on reprend d'une main ce qu'on a donné de l'autre* »<sup>1114</sup>. En revanche, si elle incombe au professionnel, la différence entre caractère non indu et non abusif semble délicate à saisir<sup>1115</sup>. Ainsi, afin de protéger le consommateur d'une manière efficace, il aurait été préférable de ne pas employer l'adverbe « *indûment* », comme l'avait suggéré la Commission des clauses abusives<sup>1116</sup>.

---

<sup>1113</sup> Le classement de ces clauses dans la liste « grise » s'explique par la volonté de préserver un certain nombre de pratiques, dont celles des cartes bancaires. Pour un ex. où une clause relative aux moyens de preuve n'a pas été déclarée abusive, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 240.

<sup>1114</sup> S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 19, p. 1628.

<sup>1115</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 19, p. 1628.

<sup>1116</sup> V. B.O.C.C.R.F. n° 3 du 5 mars 2009, Annexe IV, Avis sur le projet de décr. portant application de l'art. L. 132-1 du C. consom. : « *La Commission observe que, pour parvenir à son objectif, le texte doit ne pas comporter l'adverbe « indûment », lequel ferait peser sur le consommateur ou le non-professionnel la charge du caractère indu de la limitation* ».

D'ailleurs, plus globalement, la distinction opérée entre les clauses sur la charge de la preuve et celles sur les moyens de preuve semble maladroite. Elle peut nuire à l'efficacité du système de lutte contre les clauses abusives.

En effet, la distinction entre les moyens de preuve et la charge de la preuve peut être délicate en pratique<sup>1117</sup>. Ainsi, le régime juridique d'une clause sur les modes de preuve peut être appliqué à une clause sur la charge de la preuve ! Toutefois, une telle erreur s'avère très lourde de conséquences, car la clause ne sera pas irréfragablement présumée abusive, mais simplement présumée abusive. Aussi aurait-il été bien plus opportun de doter les clauses sur la charge de la preuve et celles sur les moyens de preuve du même régime juridique et de les intégrer toutes dans la liste « grise » des clauses simplement présumées abusives, afin de ne pas automatiquement les interdire.

Puis, aux termes de l'article R. 212-2, 3°, du Code de la consommation, sont aussi des clauses présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, celles qui imposent « *au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ».

Aussi les clauses pénales, qui organisent la réduction du doute d'une façon indirecte, sont-elles potentiellement interdites dans les contrats de consommation.

Cependant, ce texte apparaît à nouveau critiquable. En effet, à bien le lire, les clauses présumées abusives sont simplement celles qui imposent au consommateur « *une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ». Or, la preuve d'une disproportion manifeste semble incomber au consommateur<sup>1118</sup>. Autrement dit, ce texte ne lui est guère favorable ; il revient « à reprendre d'une main ce qu'on a donné de l'autre ».

Enfin, aux termes de l'article R. 212-2, 8°, du Code de la consommation, sont encore des clauses présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, celles qui soumettent « *la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel* ».

---

<sup>1117</sup> En ce sens, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 17, p. 1627, citant par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2005, *préc.* et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 06-17.630 (inédit).

<sup>1118</sup> En ce sens, v. not. Y.-M. LAITHIER, *Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales)*, R.D.C., octobre 2009, n° 4, pp. 1650 et ss., spéc. p. 1661.

Aussi les clauses résolutoires, qui organisent la réduction du doute de façon indirecte, sont-elles potentiellement interdites dans les contrats de consommation.

Néanmoins, ce texte est aussi critiquable. En effet, à l'analyse, les clauses présumées abusives sont simplement celles qui soumettent la cessation du contrat « *à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur* ». Or, à l'instar du système retenu pour les clauses pénales à l'article R. 212-2, 3°, la preuve de conditions ou modalités plus rigoureuses semble incomber au consommateur. Autrement dit, ce texte ne lui est encore pas favorable. D'ailleurs, la Commission des clauses abusives s'était semble-t-il interrogée sur les difficultés probatoires que pourrait rencontrer le consommateur, mais elle a tout de même suggéré de maintenir cette disposition<sup>1119</sup>.

**253. Le contrôle des clauses aménageant la réduction, le traitement ou l'appréciation du doute.** En second lieu, la gestion directe ou indirecte du doute par des clauses qui organisent sa réduction, son traitement ou son appréciation peut aussi être exclue au regard de l'article R. 212-2, 10°, du Code de la consommation.

Effectivement, aux termes de ce texte, sont des clauses présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, celles qui suppriment ou entravent « *l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur [...] à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ».

Aussi les clauses de conciliation, qui permettent d'organiser l'appréciation du doute, sont-elles potentiellement interdites dans les contrats de consommation.

En effet, en s'en tenant à la lettre du texte, les clauses de conciliation exclusives d'un recours juridictionnel sont présumées abusives ; elles obligent le consommateur « *à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ». D'ailleurs, le choix de la liste « noire » aurait été bien plus judicieux ; il y a renonciation à un droit de l'homme, celui d'agir en justice.

Pour autant, le texte ne vise pas que la suppression du droit au juge ; il cible aussi son entrave<sup>1120</sup>. Ainsi, les clauses instituant un passage obligé par une conciliation peuvent, selon

---

<sup>1119</sup> *Rapp. préc.*

<sup>1120</sup> En ce sens, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 9, pp. 1622 et ss., spéc. p. 1623.

les circonstances, être présumées abusives<sup>1121</sup>. Tout dépend alors des modalités présidant le processus de conciliation<sup>1122</sup>.

D'ailleurs, en utilisant l'adverbe « *notamment* », le texte présume abusives toutes les clauses susceptibles de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou de voies de recours par le consommateur. Ainsi, les clauses de conciliation constituent simplement une illustration topique des clauses présumées abusives<sup>1123</sup>. D'autres clauses touchant le droit au juge peuvent être concernées<sup>1124</sup>. À titre d'exemples, peuvent donc être visées les clauses de constatation, qui organisent la réduction du doute de façon indirecte, parce qu'elles font en principe obstacle à la preuve contraire du fait constaté<sup>1125</sup>. De même, peuvent être visées les clauses sur la charge de la preuve ou les modes de preuve, qui organisent le traitement ou la réduction du doute de façon directe, parce qu'elles peuvent entraîner la preuve difficile d'un fait pour le consommateur ou la réduction excessive de ses éléments de preuve<sup>1126</sup>.

Si les clauses qui ont des effets sur la preuve peuvent être déclarées irréfragablement présumées abusives ou simplement présumées abusives, elles peuvent aussi être reconnues abusives.

## **B) La reconnaissance d'une clause abusive**

**254. Le pouvoir reconnu au juge de déclarer abusives les clauses organisant la réduction, le traitement ou l'appréciation du doute.** La gestion directe ou indirecte du doute par des clauses qui organisent sa réduction, son traitement ou son appréciation peut finalement être exclue au regard de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

En effet, en dehors de toute disposition réglementaire, le juge dispose dorénavant du pouvoir de déclarer une clause abusive. Il doit dès lors rechercher s'il existe un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* », en tenant essentiellement compte des directives d'interprétation fixées par le texte.

---

<sup>1121</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 9, pp. 1622 et ss., spéc. p. 1623.

<sup>1122</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 9, pp. 1622 et ss., spéc. p. 1623.

<sup>1123</sup> En ce sens, à l'instar des clauses compromissaires, v. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 12, pp. 1624 et ss., spéc. p. 1624.

<sup>1124</sup> En ce sens, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *art. préc.*, n° 12, pp. 1624 et ss., spéc. p. 1624

<sup>1125</sup> V. *supra* n° 206 et ss.

<sup>1126</sup> En définitive, certaines clauses peuvent être irréfragablement présumées abusives ou simplement présumées abusives au regard de la législation des clauses abusives !

Ainsi, dans un jugement en date du 7 septembre 2000, le Tribunal de grande instance de Grenoble a jugé abusive la clause par laquelle l'opérateur de téléphonie mobile entendait assimiler à un cas de force majeure (donc exonératoire de responsabilité) des circonstances qui, en réalité, dépendaient de sa propre volonté<sup>1127</sup>.

D'ailleurs, le pouvoir du juge de déclarer une clause abusive est vaste. Il s'exerce non seulement quels que soient le contrat et la clause en cause<sup>1128</sup>, mais encore d'office<sup>1129</sup>.

---

<sup>1127</sup> T.G.I. Grenoble, 7 mars 2000, D. 2000, Act. Jurispr., p. 395, obs. V. AVENA-ROBARDET.

<sup>1128</sup> En ce sens, v. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Précis Domat droit privé, 2017, n° 231, pp. 300 et ss., spéc. p. 300.

<sup>1129</sup> En ce sens, v. J. JULIEN, *op. cit.*, n° 232, p. 301.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**255. La multiplicité des limites de nature substantielle.** La gestion directe ou indirecte du doute souffre de nombreux tempéraments substantiels.

**256. L'extension des règles du droit commun des contrats.** D'une part, elle est limitée par les règles traditionnelles du droit commun des contrats – par exemple, objet et cause – et par d'autres règles plus récentes, qui visent à éradiquer, non seulement les clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, mais également celles créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

**257. Le maintien des règles du droit spécial des contrats.** D'autre part, elle est limitée par les règles du droit spécial des contrats.

En effet, dans certains contrats spéciaux, plusieurs clauses qui permettent de réduire le doute sont interdites. Par exemple, tel est le cas de la clause résolutoire stipulée en faveur du bailleur dans le bail rural ou de la clause pénale stipulée en faveur du bailleur dans le bail d'habitation.

De plus, dans les contrats de consommation, une multitude de clauses qui organisent la réduction, le traitement ou l'appréciation du doute sont simplement présumées abusives ou irréfragablement présumées abusives. Par exemple, tel est le cas de la clause restreignant les moyens de preuve admissibles (simplement présumée abusive) ou de la clause limitative de réparation (irréfragablement présumée abusive).

De surcroît, le juge dispose désormais du pouvoir de déclarer une clause abusive dès lors qu'il constate un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Ainsi, la marge de manœuvre octroyée aux parties afin de gérer conventionnellement le doute se réduit progressivement. D'ailleurs, elle l'est d'autant plus qu'à ces limites d'ordre substantiel doivent être ajoutées celles d'ordre processuel.

## **CHAPITRE II : LES LIMITES PROCESSUELLES**

**258.** À bien y réfléchir, la gestion conventionnelle du doute apparaît étroitement encadrée sur le plan processuel (ou pourrait l'être), et ce, qu'elle soit organisée d'une manière directe ou indirecte. En premier lieu, cette gestion conventionnelle du doute est limitée (ou pourrait le devenir) par la volonté de protéger les pouvoirs du juge, en l'occurrence, celui d'apprécier souverainement les éléments de preuve et celui de rendre la justice. En deuxième lieu, cette gestion conventionnelle du doute pourrait être limitée par la nécessité de respecter l'égalité des armes et d'assurer l'effectivité du droit au juge. En définitive, la gestion conventionnelle du doute est étroitement encadrée (ou pourrait l'être) par la volonté de préserver l'office du juge (Section I) et par l'obligation d'accorder aux parties les différentes garanties d'un procès équitable (Section II).

### **SECTION I : L'OFFICE DU JUGE**

**259.** La gestion conventionnelle du doute est limitée, ou pourrait le devenir, par la volonté de protéger certains pouvoirs du juge : celui qu'il a d'apprécier souverainement les éléments de preuve (§ I) et celui qu'il a de rendre la justice (§ II).

#### **§ I : Le pouvoir du juge d'apprécier les preuves**

**260. Les clauses aménageant la force probante.** Tout d'abord, la gestion directe du doute par une clause fixant la force probante d'un moyen de preuve issu d'une technique moderne est purement exclue par la volonté de protéger le pouvoir du juge d'apprécier les preuves.

À dire vrai, le nouvel article 1356 du Code civil, qui consacre nettement la validité des conventions sur la preuve, fait peu de cas de la force probante des procédés de preuve. Il indique seulement à l'alinéa 2 que les conventions sur la preuve « *ne peuvent (...) modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment* ». En définitive, une partie ne peut pas conférer à l'aveu extrajudiciaire et au serment supplétoire la force probante d'une « preuve parfaite »<sup>1130</sup>. Le juge doit être laissé libre de les apprécier souverainement.

Cependant, en dépit du silence de ce texte, la force probante des procédés de preuve ne peut pas être aménagée par les parties, notamment en vue de réduire le doute.

---

<sup>1130</sup> V. *supra* n° 179.

Ainsi, une partie ne peut pas accorder à des « preuves imparfaites » la force probante d'une « preuve parfaite ». Le juge doit être laissé libre de les apprécier souverainement<sup>1131</sup>.

En outre, elle ne peut pas définir la force probante de procédés de preuve issus d'une technique moderne. Le juge doit là encore être laissé libre de les apprécier souverainement.

En effet, les parties peuvent librement convenir que tel ou tel procédé de preuve issu d'une technique moderne sera admissible en justice<sup>1132</sup>. Toutefois, elles ne peuvent pas fixer *ab initio* sa force probante. En vérité, une chose est l'instrument probatoire choisi, une autre sa force probante<sup>1133</sup> ! D'ailleurs, l'examen du Code civil le montre bien car, pour chacun des procédés de preuve qu'il régit, il détermine, précisément et distinctement, l'efficacité probatoire qu'il leur accorde. Or, il semble peu probable que les parties puissent faire ce que fait la loi. Plus exactement, il semble impossible qu'elles puissent, par convention, conférer à l'instrument de preuve qu'elles choisissent la plénitude de la force probante, voire qu'elles la rendent incontestable.

D'une part, la force probante d'un instrument de preuve ne s'impose manifestement au juge qu'à la condition que celui-ci soit fiable, c'est-à-dire qu'il réponde bien aux exigences prévues par le législateur. Par exemple, la force probante reconnue au contenu et à l'origine d'un acte authentique est extrêmement forte et quasiment incontestable parce que celui-ci est établi par un notaire en suivant une procédure et en respectant des exigences de forme. D'autre part, la force probante d'un instrument de preuve conditionne les droits substantiels des parties au contrat.

Ainsi, les parties ne peuvent pas déterminer la force probante de procédés de preuve issus d'une technique moderne. Elles doivent très clairement laisser au juge le pouvoir de les apprécier souverainement.

---

<sup>1131</sup> V. *supra* n° 180.

<sup>1132</sup> V. *supra* n° 184.

<sup>1133</sup> D'ailleurs, dans les arrêts *Crédicas*, le tribunal d'instance avait semble-t-il compris la distinction à faire entre le procédé de preuve et sa force probante : sans dénier la validité de la clause relative au procédé de preuve, il avait précisé que les documents produits devaient tout de même être propres à entraîner la conviction du juge, ce qui n'était en l'espèce pas le cas, puisqu'ils émanaient de la société *Crédicas* « *ou, pour le moins et selon ses dires, d'une machine dont elle (avait) la libre et entière disposition* ». Or, la Haute juridiction a cassé le jugement du tribunal d'instance ! Elle a jugé qu'il avait méconnu la validité de la convention sur le procédé de preuve, ce qu'il n'avait pourtant pas fait !

D'ailleurs, la jurisprudence relative à la force probante des factures établies grâce aux indications d'un compteur enregistrant une consommation (d'eau, de gaz, d'électricité ou de téléphone) en offre un bon exemple. En effet, ces indications créent sans doute une sorte de présomption de l'existence et du montant de la créance. Cependant, le débiteur doit pouvoir la discuter ou la contester et le juge doit être laissé libre de l'apprécier souverainement.

**261. Les clauses aménageant les modes de preuve admissibles.** Ensuite, la gestion directe du doute par une clause limitant les modes de preuve d'un fait juridique pourrait être limitée par la volonté de protéger le pouvoir du juge d'apprécier les preuves.

À dire vrai, le pouvoir d'appréciation du juge n'est aucunement affecté par les clauses qui libéralisent les modes de preuve recevables, car elles conduisent le juge à statuer au plus près de la réalité. Tel est le cas de la clause qui prévoit une preuve libre au lieu d'une preuve écrite pour prouver un acte juridique. Il l'est seulement par les clauses qui limitent les modes de preuve recevables, car elles conduisent à réduire les éléments susceptibles de convaincre le juge là où le législateur ne l'avait pas estimé utile. Celles-ci sont alors variées. Tel est le cas de la clause qui restreint les modes de preuve d'un fait ou d'un acte juridique<sup>1134</sup>.

Toutefois, comme l'expose M. LAMOUREUX, toute clause ne doit pas nécessairement être remise en cause au motif qu'elle porte atteinte au pouvoir d'appréciation du juge<sup>1135</sup> ! Il suffit de constater la vigueur de certaines clauses, notamment celle des clauses résolutoires, pour l'admettre<sup>1136</sup>. De plus, les parties pourraient participer à la quête de sécurité juridique organisée par le législateur, notamment par les règles sur la preuve écrite, en apportant leur propre contribution<sup>1137</sup>.

Reste que la clause restreignant les modes de preuve d'un fait juridique pourrait être limitée par la volonté de protéger le pouvoir d'appréciation du juge. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 mars 2004 invite à le penser<sup>1138</sup>.

---

<sup>1134</sup> Tel est encore le cas de la clause de constatation. Cep., elle gère le doute de manière indirecte et ne semble pas soumise au régime des clauses relatives à la preuve *stricto sensu*.

<sup>1135</sup> M. LAMOUREUX, *Les limites des clauses de preuve*, R.L.D.C., mai 2010, suppl. au n° 71, pp. 19 et ss., spéc. p. 21.

<sup>1136</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *art. préc.*, p. 21.

<sup>1137</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *art. préc.*, p. 21.

<sup>1138</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2004, Bull. civ. II, n° 101 ; R.D.C., octobre 2004, n° 4, p. 938, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ainsi que p. 1080, obs. A. DEBET ; R.T.D. civ., 2005, p. 133, obs. J. MESTRE & B. FAGES.

En l'espèce, un couple avait déclaré le vol d'un véhicule à son assureur et, après avoir procédé au règlement de l'indemnité, l'assureur avait réclamé son remboursement, mettant en doute la matérialité du vol en raison de l'absence de traces d'effraction. Le premier juge, retenant l'existence du vol, a alors appliqué à ce sinistre une garantie restreinte à hauteur de 70 %, au motif que « *le véhicule n'avait pu être démarré sans l'aide d'une clé nécessairement laissée dans le véhicule* ». Néanmoins, la Cour d'appel de Grenoble a infirmé son jugement et condamné le couple à payer une certaine somme à l'assureur. Elle a jugé que l'assuré devait prouver, « *outre des détériorations liées à une pénétration dans l'habitacle par effraction, le forçement de la direction ou de son antivol et la modification des branchements électriques ayant permis le démarrage du véhicule* », et que « *si les circonstances du vol envisagées par la police sont du domaine du fait juridique dont par principe la preuve est libre, la garantie [n'était] due, en cas de recours à des techniques plus affinées d'appréhension frauduleuse, que lorsque ces modes opératoires causent des détériorations matérielles figurant au nombre des indices exigés par la police* ». Or, la Haute Juridiction l'a sèchement censurée, au visa des articles 1315 du Code civil et 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « [...] *alors que la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* ».

Autrement dit, elle a admis que les parties ne pouvaient pas restreindre les modes de preuve autorisés par la loi pour prouver un fait juridique, c'est-à-dire les éléments de preuve sur lesquels le juge a prise pour forger sa conviction.

Ainsi, les parties seraient libres de libéraliser les modes de preuve recevables, c'est-à-dire de rendre au juge les moyens d'exercer son office dans toute son ampleur. En revanche, elle ne seraient plus libres de les amenuiser, c'est-à-dire d'amputer l'office du juge. Une telle faculté serait seulement offerte au législateur ; elle ne le serait pas aux parties. Ph. STOFFEL-MUNCK le résume très bien : « *Que le législateur ait la légitimité pour mettre des œillères au juge, c'est une chose ; que les parties puissent le lui enjoindre avant tout procès en est une autre* »<sup>1139</sup>.

---

<sup>1139</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2004, *préc.*, p. 941.

Cependant, la portée de cette décision est incertaine. D'une part, la Haute Juridiction s'est prononcée dans le domaine des assurances et s'est cantonnée à évoquer « *la preuve du sinistre* »<sup>1140</sup>. D'autre part, elle n'a pas réaffirmé cette solution dans des arrêts ultérieurs<sup>1141</sup>.

La gestion directe du doute est parfois écartée, ou pourrait le devenir, pour préserver le pouvoir souverain du juge d'apprécier les éléments de preuve. Quant à la gestion indirecte du doute, elle pourrait être limitée pour préserver son pouvoir de rendre la justice.

## § II : Le pouvoir du juge de rendre la justice

**262. Les clauses constatant seulement l'existence d'un fait.** La gestion indirecte du doute par une clause de constatation pourrait être limitée par la volonté de protéger le sens même de la justice.

À dire vrai, la preuve est un outil de la manifestation de la vérité. De nombreux textes en témoignent. Par exemple, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 10 du Code civil énonce que « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » et l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 81 du Code de procédure pénale dispose que « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* »<sup>1142</sup>. Cependant, la vérité judiciaire est une vérité singulière.

D'une part, cette vérité n'est pas absolue, mais relative<sup>1143</sup>. Plus précisément, elle est même « *cumulativement relative* » : d'abord, parce qu'elle n'est jamais que l'expression d'un débat ; ensuite, parce qu'elle est comparative et que, dans l'obligation où il est de statuer, le juge ne peut pas suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il accède à une certitude parfaite<sup>1144</sup>.

---

<sup>1140</sup> Jusqu'à cette décision, la C. cass. avait toujours admis que l'assuré devait prouver le sinistre conformément aux stipulations du contrat, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1981, Bull. civ. I, n° 162 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 novembre 1981, Bull. civ. I, n° 322 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 396 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 236 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2003, Bull. civ. I, n° 111.

<sup>1141</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-20.804 (inédit) ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-18.185 (inédit) ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23.309 (inédit).

<sup>1142</sup> Pour d'autres ex., dans le C.P.C., v. les art. 181, 211, 218, 231 et 293 ; dans le C. pr. pén., v. les art. 53 al. 3, 60-2 al. 1<sup>er</sup>, 81 al. 1<sup>er</sup> ou 82-1 al. 1<sup>er</sup> ; dans le C. just. Adm., v. les art. R. 623-3 al. 3 et R. 623-5 al. 1<sup>er</sup> ; ou dans le C. trav., v. l'art. R. 1454-4 al. 3.

<sup>1143</sup> D'ailleurs, toute vérité est relative.

<sup>1144</sup> G. CORNU, *La vérité et le droit*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, Coll. Doctrine juridique, P.U.F., 1998, pp. 211 et ss., spéc. p. 216.

D'autre part, cette vérité est « *largement artificielle* »<sup>1145</sup>. En effet, comme le souligne G. CORNU, « *La vérité légale est une vérité construite* »<sup>1146</sup>. Par exemple, le législateur impose une vérité au juge en posant une présomption légale irréfragable et le prive d'une possibilité de décerner la vérité en restreignant l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve.

Enfin, cette vérité est plus ou moins limitée par d'autres valeurs, comme le secret des correspondances, le secret professionnel du notaire ou le secret bancaire. Tant en amont qu'en aval du processus probatoire, celles-ci peuvent parfois faire obstacle à la production et à la recherche de preuves qui permettraient probablement de la découvrir.

Ainsi, la finalité première des règles de preuve n'est clairement pas la recherche de la vérité ; elle est plus modestement la conviction du juge. Ph. THÉRY l'expose bien : « *La vérité est sans doute une valeur du procès. Mais la finalité essentielle des règles de preuve est, plus prosaïquement, la conviction du juge* »<sup>1147</sup>. D'ailleurs, elle serait aussi – et surtout – d'obtenir l'adhésion du groupe social au nom duquel le juge rend sa décision. H. LÉVY-BRUHL exprime très énergiquement cette idée : « *ce qui est recherché, sans bien souvent que l'on s'en doute, c'est, par delà le juge, l'adhésion du groupe social qu'il représente, au nom de qui il prononce sa sentence. En d'autres termes, qu'il me soit permis de le répéter, la preuve judiciaire a pour objet de faire obtenir par l'intéressé la ratification, l'homologation de la collectivité* »<sup>1148</sup>.

Or, à l'évidence, le juge ne peut pas se déclarer convaincu et convaincre la collectivité par ce qui n'est pas vraisemblable. En l'absence de vraisemblance, l'office sanctionnateur et pacificateur du juge est effectivement ruiné.

Aussi les clauses de constatation pourraient-elles incontestablement faire l'objet d'un contrôle sur le terrain de la vraisemblance. Elles ne devraient pas être à même de lier le juge par ce qui, faute d'être nécessairement vrai, n'est même pas vraisemblable.

---

<sup>1145</sup> G. CORNU, *art. préc.*, p. 217.

<sup>1146</sup> G. CORNU, *art. préc.*, p. 217.

<sup>1147</sup> Ph. THÉRY, *art. préc.*, p. 46.

<sup>1148</sup> H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière et Cie, Coll. Bibl. sociologique internationale, 1964, p. 29.

D'ailleurs, tel paraît être le cas en présence d'une « reconnaissance d'avis donné »<sup>1149</sup> ou d'une « clause de parfaite information »<sup>1150</sup>.

En effet, la preuve de l'exécution d'une obligation d'information ou de conseil par un professionnel peut être plus délicate qu'il n'y paraît à produire en justice<sup>1151</sup>. Pour se rendre la tâche plus facile, le professionnel peut alors la préconstituer à l'aide d'une reconnaissance d'avis donné<sup>1152</sup>. Ainsi, un patient peut reconnaître qu'il a été informé des risques d'un acte médical par le médecin ou un client qu'il a été informé des risques d'une opération juridique par le notaire.

Or, si la Haute Juridiction estime que le professionnel peut prouver l'exécution de son obligation au moyen d'une reconnaissance d'avis donné, elle semble exiger que son contenu témoigne de la vraisemblance des affirmations qu'elle relate<sup>1153</sup>, par exemple en comportant un exposé circonstancié des informations transmises et des risques encourus<sup>1154</sup>.

En présence d'un fait invraisemblable, voire manifestement faux, le juge devrait donc être autorisé à se départir d'une clause de constatation<sup>1155</sup>.

D'ailleurs, les juges du fond ont tenté d'emprunter cette voie. Toutefois, leurs efforts n'ont jusqu'à maintenant jamais été récompensés. Un arrêt du 21 mars 2001 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en atteste<sup>1156</sup>.

En l'espèce, un couple avait acheté un appartement le 29 novembre 1994 et assigné la société venderesse en nullité de la vente sur le fondement du dol, en soutenant qu'il avait été victime d'une publicité mensongère, car elle mettait en exergue des avantages fiscaux en réalité inexistantes. Pour annuler la vente, la Cour d'appel avait alors jugé que la société avait utilisé des procédés publicitaires qui pouvaient être qualifiés de manœuvres pour vendre cet

---

<sup>1149</sup> Cette appellation est utilisée par Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2002, n° 3689, p. 806.

<sup>1150</sup> Cette appellation est utilisée par M. LAMOUREUX, v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 460 et ss., pp. 511 et ss.

<sup>1151</sup> En ce sens, pour le notaire, v. J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, Préf. B. REYNIS, 5<sup>ème</sup> éd. par R. CRÔNE, Defrénois – Lextenso éditions, 2008, n° 116, pp. 160 et ss., spéc. p. 160.

<sup>1152</sup> Cette précaution semble d'autant utile que les conseils ou informations délivrés peuvent ne pas être suivis !

<sup>1153</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *art. préc.*, p. 24.

<sup>1154</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 février 1998, Bull. civ. I, n° 44 ; Defrénois 1998, art. 36815, n° 71, p. 743, note J.-L. AUBERT ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1999, pourvoi n° 97-11.711 (inédit) ; R.T.D. civ., 2000, p. 323, obs. J. MESTRE & B. FAGES.

<sup>1155</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 226, pp. 222 et ss., spéc. p. 224.

<sup>1156</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 mars 2001, *préc.*

appartement et que celles-ci devenaient dolosives lorsqu'il procédait du redressement fiscal adressé au couple qu'il ne pouvait nullement profiter du régime fiscal sur lequel était fondée toute l'économie de l'acquisition dès lors que le revenu foncier était inférieur à la somme de 150 000 francs. D'une part, elle avait relevé que le seul document produit était un document intitulé « le BIC hôtelier sur l'île des pêcheurs » sur lequel figurait une date, 2 mars 1994, et la mention « document non contractuel ». D'autre part, elle avait retenu que ce document, même s'il n'était pas contractuel, montrait que le succès de l'opération immobilière reposait sur l'attrait fiscal que pouvait représenter cette acquisition pour les futurs acquéreurs et que la société était tellement certaine que les candidats à l'acquisition faisaient de l'aspect fiscal une qualité substantielle qu'elle avait pris soin de mentionner sur le document descriptif des avantages fiscaux que celui-ci n'était pas contractuel. Or, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt, au visa de l'article 1116 du Code civil. En effet, après avoir précisé que « *le dol constitue une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* », elle a énoncé « *Qu'en statuant ainsi, tout en constatant que le contrat de réservation comportait une clause aux termes de laquelle « le réservataire déclare que la présente réservation n'a pas été déterminée par les éventuelles conséquences comptables et fiscales de ce mandat de gestion de biens et des facturations correspondantes, mais bien pour les qualités intrinsèques de l'immeuble », la cour d'appel, qui (n'avait) pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, (avait) violé le texte susvisé* ».

En définitive, l'absence de vraisemblance avait manifestement poussé la Cour d'appel à se départir de la clause du contrat de réservation. Il était évident que le juge se trouvait lié par quelque chose de faux ! Si les parties avaient acheté ce bien, ce n'était certainement pas pour ses qualités intrinsèques, mais pour des raisons purement fiscales. Néanmoins, la Cour de cassation l'a censurée. Elle a repoussé son argumentation et s'est contentée d'appliquer strictement la clause du contrat. Or, lorsqu'il est manifeste que le fait constaté par la clause est faux, le juge devrait être admis à s'en départir. L'exigence de vraisemblance devrait le lui permettre afin de préserver le sens même de la justice.

Si la gestion du doute est parfois exclue, ou pourrait le devenir, pour protéger l'office du juge, elle pourrait encore l'être pour respecter les garanties du procès équitable.

## SECTION II : LES GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE

**263.** La gestion conventionnelle du doute pourrait être limitée par les exigences du procès équitable. En effet, le droit au procès équitable s'exprime aujourd'hui à travers des garanties qui sont exposées sous la forme d'un triptyque : le droit au juge, le droit à une bonne justice et l'exécution des décisions du juge<sup>1157</sup>. Or, la gestion conventionnelle du doute pourrait être limitée par le droit à une bonne justice (§ I) et le droit au juge (§ II).

### **§ I : Le droit à une bonne justice**

**264. L'égalité des armes.** La gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve pourrait être limitée par le principe de l'égalité des armes.

À dire vrai, le principe de l'égalité des armes est l'une des garanties de bonne justice fondant le droit au procès équitable<sup>1158</sup>. Il a été dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1159</sup> et implique « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »<sup>1160</sup>.

En matière de preuve, selon A. BERGEAUD, le principe de l'égalité des armes est alors double : il suppose non seulement l'égalité dans l'accès à la preuve, mais également l'égalité dans l'administration de la preuve<sup>1161</sup>.

Ainsi, l'égalité dans l'accès à la preuve renvoie essentiellement à l'accès au dossier<sup>1162</sup> en matière pénale<sup>1163</sup>. À titre d'exemple, un prévenu ayant choisi de se défendre seul – sans avocat – n'a longtemps pas pu accéder au dossier et aux preuves qu'il comportait pendant la phase d'instruction<sup>1164</sup>. Ce droit lui était dénié. Or, cette pratique a été dénoncée par la Cour

---

<sup>1157</sup> Pour une présentation (dorénavant traditionnelle) du droit au procès équitable à travers des garanties qui constituent un triptyque, v. not. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2017, n° 228, p. 544.

<sup>1158</sup> En ce sens, v. not. G. COUCHEZ & X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 7-3, pp. 11 et ss., spéc. pp. 13 et ss.

<sup>1159</sup> Cour E.D.H., 17 janvier 1970, *Delcourt c/Belgique*, série A, n° 11.

<sup>1160</sup> Cour E.D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c/Pays-Bas*, série A, n° 274.

<sup>1161</sup> Sur cette distinction, v. A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 149 et ss., pp. 124 et ss.

<sup>1162</sup> Sur l'accès au dossier, v. not. É. VERGÈS, G. VIAL & O. LECLERC, *op. cit.*, n° 295, p. 300.

<sup>1163</sup> En ce sens, v. A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 149, p. 124.

<sup>1164</sup> En ce sens, v. par ex., Cass. crim., 2 mai 1903, D.P. 1905, I, p. 23 ; Cass. crim., 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235 ; Cass. crim., 22 janvier 2002, pourvoi n° 00-82.215 (inédit).

européenne des droits de l'homme<sup>1165</sup> et le Conseil constitutionnel a ultérieurement rétabli l'équilibre procédural en accordant un accès au dossier similaire aux personnes représentées ou non par un avocat<sup>1166</sup>.

De plus, l'égalité dans l'administration de la preuve renvoie à l'obligation pour le juge de veiller à ce qu'il n'existe pas de déséquilibre manifeste entre les parties dans la possibilité d'administrer les preuves<sup>1167</sup>. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en date du 24 février 1997 le démontre parfaitement<sup>1168</sup>. En l'espèce, des journalistes belges avaient été condamnés en justice pour des propos qu'ils avaient tenus à l'encontre de magistrats qui s'étaient prononcés dans une affaire mêlant inceste et sévices envers des enfants. Toutefois, les juges avaient refusé que les journalistes produisent des pièces relatant des avis médicaux sur l'état de santé des enfants, lesquels avaient conditionné l'écriture de leurs articles. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les juges avaient bafoué le principe de l'égalité des armes. En rejetant l'offre de preuve présentée par les journalistes, ils les avaient placés « *dans une situation de net désavantage par rapport aux magistrats demandeurs* ».

Aussi le principe de l'égalité des armes pourrait-il constituer une limite à la gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve.

En effet, il pourrait parfaitement remettre en cause celles d'entre elles qui créeraient « *une sorte de déséquilibre significatif dans le débat probatoire* »<sup>1169</sup>.

À titre d'exemples, pourraient alors être visées les clauses qui organisent la réduction du doute de façon directe en limitant les moyens de preuve admissibles.

En outre, pourraient être visées celles qui organisent le traitement du doute de façon indirecte en aménageant l'intensité des obligations contractuelles, de sorte qu'une partie ait à prouver un fait qu'elle n'avait en principe pas à démontrer dans des conditions difficiles.

D'ailleurs, le visa adopté par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 mars 2004 peut inviter à le penser<sup>1170</sup>.

---

<sup>1165</sup> Cour E.D.H., 18 mars 1997, Foucher c/France, req. n° 22209/93 ; D. 1997, somm. comm., p. 360, obs. J.-Fr. RENUCCI.

<sup>1166</sup> C.C., déc. n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012.

<sup>1167</sup> En ce sens, v. A. BERGEAUD, *th. préc.*, n° 151, pp. 125 et ss.

<sup>1168</sup> Cour E.D.H., 24 février 1997, De Haes et Gijssels c/Belgique, req. n° 19983/92.

<sup>1169</sup> M. LAMOUREUX, *art. préc.*, p. 21.

En effet, il peut suggérer que la clause du contrat d'assurance, qui limitait les moyens de preuve admissibles pour prouver un sinistre, en l'espèce le vol d'un véhicule automobile, plaçait vraisemblablement l'assuré en situation de net désavantage par rapport à l'assureur.

Pour autant, une telle interprétation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales semble excessive. Elle peut aboutir à remettre en cause de très nombreuses clauses.

Voilà pourquoi l'arrêt est peut-être demeuré isolé jusqu'à maintenant, alors que bien d'autres pourvois ont pu invoquer dans des litiges comparables l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>1171</sup>.

La gestion directe et indirecte du doute pourrait être limitée par le droit à une bonne justice. Elle pourrait aussi l'être par le droit au juge.

## § II : Le droit au juge

**265. L'effectivité du droit au juge.** La gestion du doute par des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve pourrait être limitée par l'effectivité du droit au juge.

À dire vrai, le droit au juge est « *le droit d'agir en justice* »<sup>1172</sup> ; plus précisément, il est « *le droit pour toute personne d'accéder à un juge afin de faire valoir ses droits et de voir son litige effectivement tranché* »<sup>1173</sup>.

Ainsi, le droit au juge doit non seulement exister<sup>1174</sup>, mais également être effectif<sup>1175</sup>. Il ne doit en aucun cas être illusoire.

C'est pourquoi la clause de conciliation, qui peut permettre aux parties d'apprécier le doute, est valable dès lors qu'elle organise un empêchement temporaire à agir en justice<sup>1176</sup> et suspend la prescription<sup>1177</sup>.

---

<sup>1170</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2004, *préc.*

<sup>1171</sup> V. *supra* n° 261.

<sup>1172</sup> X. VUITTON, *Le procès équitable, L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, Préf. Ch. JAMIN, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Systèmes Pratique, 2017, n° 107, p. 68.

<sup>1173</sup> X. VUITTON, *ibid.*, n° 107, p. 68.

<sup>1174</sup> Cour E.D.H., 21 février 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, série A, n° 18.

<sup>1175</sup> Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey c/Irlande*, série A, n° 32.

<sup>1176</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI & Y. STRICKLER, *op. cit.*, n° 143, pp. 267 et ss., spéc. p. 268 ; L. CADIET & E. JEULAND, *op. cit.*, n° 384, pp. 323 et ss., spéc. p. 324.

Cependant, l'effectivité du droit au juge pourrait constituer une limite à la gestion du doute par d'autres clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve.

En effet, elle pourrait remettre en cause celles d'entre elles qui priveraient une partie de la possibilité de gagner son procès en alourdissant exagérément sa tâche probatoire<sup>1178</sup>.

À titre d'exemples, pourraient alors être visées les clauses qui organisent la réduction du doute de façon directe en limitant excessivement les moyens de preuve admissibles.

En outre, pourraient être visées celles qui organisent le traitement du doute de façon indirecte en aménageant l'intensité des obligations contractuelles, de sorte qu'une partie ait à supporter une preuve particulièrement difficile.

Certes, ces clauses n'anéantissent jamais totalement le droit d'agir en justice de l'une des parties. Elles lui permettent toujours d'exercer une action en justice sur le fondement de son choix.

Néanmoins, ces clauses peuvent aboutir à l'échec de l'action en justice, en instaurant un obstacle probatoire difficilement surmontable ou impossible à surmonter. L'effectivité du droit au juge est donc en quelque sorte nettement atteinte.

---

<sup>1177</sup> En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI & Y. STRICKLER, *op. cit.*, n° 145, pp. 270 et ss.

<sup>1178</sup> En ce sens, v. M. LAMOUREUX, *art. préc.*, p. 20.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**266. L'office du juge.** Tout d'abord, la gestion directe ou indirecte du doute est limitée (ou pourrait le devenir) par la volonté de protéger les pouvoirs du juge.

En effet, la protection du pouvoir du juge d'apprécier les preuves interdit fermement la réduction du doute par une clause prévoyant la force probante d'un moyen de preuve issu d'une technique moderne et pourrait l'interdire par une clause limitant les modes de preuve d'un fait juridique.

En outre, la protection du pouvoir du juge de rendre la justice pourrait s'opposer à la réduction du doute par une clause de constatation dès lors que le fait ou l'état de fait qu'elle constate est manifestement faux.

**267. Les garanties du procès équitable.** Ensuite, la gestion directe ou indirecte du doute est limitée (ou pourrait le devenir) par la volonté d'assurer les garanties du procès équitable.

En effet, l'effectivité du droit au juge encadre strictement l'appréciation du doute par une clause de conciliation en imposant qu'elle comporte un empêchement temporaire à agir en justice et suspende la prescription.

De plus, elle pourrait empêcher la réduction et le traitement du doute par le biais de clauses qui alourdissent exagérément la tâche probatoire de l'une des parties.

En outre, l'égalité des armes pourrait faire obstacle à la réduction et au traitement du doute par le biais de clauses qui créent un déséquilibre significatif dans le débat probatoire.

En somme, les limites d'ordre processuel à la gestion conventionnelle du doute sont encore peu nombreuses. Pour autant, elles pourraient accroître avec les exigences du procès équitable.

## CONCLUSION DU TITRE II

**268. La double nature des limites.** La gestion conventionnelle du doute est naturellement encadrée par des limites d'une double nature.

**269. Les limites substantielles.** Elle l'est d'abord par des limites substantielles. En effet, les règles du droit commun des contrats, du droit de la consommation ou du droit des contrats spéciaux peuvent limiter la gestion conventionnelle du doute par les parties.

D'ailleurs, ces limites sont nombreuses et se multiplient fortement, au moins en droit commun des contrats.

Par exemple, les articles 1170 et 1171 du Code civil visent dorénavant à éradiquer les clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ainsi que celles créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

**270. Les limites processuelles.** Elle l'est ensuite par des limites processuelles. En effet, la volonté de préserver les pouvoirs du juge et l'obligation d'accorder aux parties les garanties d'un procès équitable peuvent limiter la gestion conventionnelle du doute par les parties.

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

**271. Les formes d'anticipation du doute.** La gestion conventionnelle du doute peut revêtir deux formes différentes.

D'une part, elle peut être classiquement organisée par des clauses qui agissent d'une manière directe sur la preuve, c'est-à-dire qui aménagent l'objet de la preuve, les moyens de preuve et la charge de la preuve. De telles clauses permettent alors d'organiser la réduction du doute et son traitement.

D'autre part, elle peut être plus originalement organisée par des clauses qui agissent d'une manière indirecte sur la preuve, c'est-à-dire qui aménagent le fond du droit. De telles clauses permettent alors de gérer le doute plus largement, car elles peuvent non seulement organiser la réduction et le traitement du doute, mais encore son appréciation.

**272. Le constat de l'intangibilité du doute.** Toutefois, la gestion conventionnelle du doute se heurte à de multiples obstacles.

En premier lieu, elle peut être limitée par des règles de nature substantielle, c'est-à-dire par des règles propres au droit de la preuve, au droit commun des contrats, au droit des contrats spéciaux et au droit de la consommation.

En deuxième lieu, elle peut être limitée par des règles de nature processuelle, c'est-à-dire par des règles dont l'objet est de préserver l'office du juge ou d'accorder aux parties les garanties d'un procès équitable.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**273.** À l'aune de cette étude, le doute semble omniprésent en matière probatoire. Certes, il peut naturellement être rattaché à la charge de la preuve et renvoyer à l'état d'incertitude de l'esprit du juge à l'issue de l'examen des preuves des parties. Toutefois, il peut également être associé à l'objet de la preuve, aux modes de preuve et à leur force probante.

Rattaché à ces autres concepts structurant la preuve, le doute peut dès lors prendre quatre formes distinctes et faire l'objet d'une classification générale : il peut être « factuel », « juridique », « matériel » ou « intellectuel ».

Ainsi, le doute « factuel » est celui qui peut advenir de la preuve des faits et le doute « juridique » celui qui peut advenir de la preuve de l'existence, de la teneur ou de la portée des règles de droit. En outre, le doute « matériel » est celui qui peut advenir de la fiabilité de la preuve et le doute « intellectuel » celui qui peut advenir de la force de la preuve.

Or, en analysant les règles légales de preuve, il est patent que le législateur et le juge se livrent à une gestion du doute.

Tout d'abord, le doute est réduit à l'aide de « modérateurs » substantiels, c'est-à-dire de mécanismes présents dans les règles sur l'objet de la preuve, les modes de preuve et leur force probante, ainsi qu'à l'aide de « modérateurs » processuels, c'est-à-dire de mécanismes présents dans les règles relatives à l'administration judiciaire de la preuve et à la convention de procédure participative.

Puis, dans l'hypothèse où le doute n'a pas été suffisamment réduit ou ne pouvait pas l'être, il est traité, c'est-à-dire que le juge désigne celle des parties qui doit perdre le procès, en se conformant aux choix exprimés par le législateur ou en interprétant les règles de droit applicables au litige, parce qu'il n'existe pas de solution de portée générale.

A priori, le traitement du doute peut dès lors sembler casuistique. Pour autant, il est cohérent, au regard des objectifs qui sont poursuivis à la fois par le législateur et le juge, tels que la protection de personnes faibles ou de valeurs essentielles, l'incitation à agir en justice ou à adopter un certain comportement et la recherche du juste.

Néanmoins, en matière contractuelle, la gestion légale du doute organisée tant par le législateur que le juge peut être insatisfaisante pour les parties, au moins pour deux raisons : la réduction du doute peut être parfois imparfaite et le traitement du doute imprévisible. En somme, elle sied mal à leur désir de sécurité juridique, au moins en matière contractuelle.

Aussi les parties peuvent-elles organiser la gestion du doute au moyen du contrat, en recourant à des clauses qui agissent directement ou indirectement sur la preuve, en fonction des objectifs précisément poursuivis.

Cependant, elles doivent nécessairement composer avec les règles du droit commun des contrats (qui ne cessent de se multiplier) et de la preuve, voire parfois avec les règles du droit spécial des contrats (droit de la consommation ou droit des contrats spéciaux).

Ainsi, contrairement aux apparences, la marge de manœuvre laissée aux parties pour gérer le doute est *in fine* assez mince. À elles d'en faire alors bon usage !

## BIBLIOGRAPHIE

### I) OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET COURS

#### A – Ouvrages juridiques

**ALBIGES (Ch.)**, *Introduction au droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Coll. Paradigme – Manuels, 2017.

**AMRANI-MEKKI (S.) & STRICKLER (Y.)**, *Procédure civile*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2014.

**ASSELAIN (M.)**, *Assurances de dommages – Règles générales – Objet du contrat : risques et valeurs garantis*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 510-10, 2016 (dernières mises à jour en 2017).

**AUBERT (J.-L.)**, *La responsabilité civile des notaires*, Préf. B. REYNIS, 5<sup>ème</sup> éd. par R. CRÔNE, Defrénois – Lextenso éditions, 2008.

#### **AUBRY (Ch.) & RAU (Ch.-Fr.)**,

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome XII*, 5<sup>ème</sup> éd. par É. BARTIN, Paris, Marchal et Billard, 1922.

- *Droit civil français, Tome XII*, 6<sup>ème</sup> éd. par P. ESMEIN, Litec, 1958.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.)**, *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, Tome II*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883.

**BÉNABENT (A.)**, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2017.

#### **BENTHAM (J.)**,

- *Traité des preuves judiciaires* (par Ét. DUMONT), Tome I, Paris, Bossange frères, 1823.

- *Œuvres de Jérémie Bentham, Traité des preuves judiciaires, Tome II*, 3<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1840.

**BERGEL (J.-L.)**, *Méthodologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd. mise à jour, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2016.

**BERGEL (J.-L.)**, **BRUSCHI (M.) & CIMAMONTI (S.)**, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2010.

**BEUDANT (Ch. & R.) & LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.),** *Cours de droit civil français, Tome IX,* 2<sup>ème</sup> éd. par G. LAGARDE & R. PERROT, Rousseau, 1953.

**BONNIER (É.),** *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel,* Tome I, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Plon, 1873.

**BOULOC (B.),** *Droit pénal général,* 24<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2015.

**BRAHIC LAMBREY (C.),** *Rép. pr. civ., V° Production forcée des pièces,* 2012 (actualisation en 2016).

**BROYELLE (C.),** *Contentieux administratif,* 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2017.

**BRUN (Ph.),**

- *Responsabilité civile extracontractuelle,* 4<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2016.

- *Lien de causalité,* J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Synthèse 230, 2017.

**BUREAU (D.) & MUIR WATT (H.),** *Droit international privé, Tome I, Partie générale,* 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2014.

**CADIET (L.),** *Clauses relatives aux litiges (clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige – clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige),* J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 190, 2016.

**CADIET (L.) & JEULAND (E.),** *Droit judiciaire privé,* 10<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2017.

**CADIET (L.), NORMAND (J.) & AMRANI-MEKKI (S.),** *Théorie générale du procès,* 2<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2013.

**CARBONNIER (J.),** *Droit civil, Introduction,* 27<sup>ème</sup> éd. refondue, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2002.

**CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.) & GUINCHARD (S.),** *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil,* 33<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2016.

**CHANTEPIE (G.) & LATINA (M.),** *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016.

**CHEVALIER (J.),** *Cours de droit civil approfondi, La charge de la preuve*, Les Cours de Droit, 1958-1959.

**CHOLET (D.),** *Rép. pr. civ., V° Vérification d'écriture*, 2016.

**COLLART DUTILLEUL (Fr.) & DELEBECQUE (Ph.),** *Contrats civils et commerciaux*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2015.

**COMBES (G.),** *Incidents de procédure – Mesures d'instruction – Dispositions générales*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 634, 2012 (dernières mises à jour en 2016 et actualisé par S. MÉNÉTREY).

**CORNU (G.),** *Droit civil, Introduction au droit*, 13<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2007.

**CORNU (G.) & FOYER (J.),** *Procédure civile*, P.U.F., Coll. Thémis, 1958.

**COUCHEZ (G.) & LAGARDE (X.),** *Procédure civile*, 17<sup>ème</sup> éd., Sirey, Coll. Sirey Université – Droit privé, 2014.

**DAMAS (N.),** *Rép. civ., V<sup>is</sup> Bail d'habitation et mixte : rapports locatifs individuels – Loi du 6 juillet 1989*, 2015 (actualisation en 2018).

**DELEBECQUE (Ph.),** *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Conventions relatives à la responsabilité*, J.-Cl. civ., Fasc. 21, 2017.

**DELVINCOURT (Cl.-É.),** *Cours de Code Napoléon, Tome II*, Paris, P. Gueffier, 1813.

**DEMANTE (A. M.) & COLMET DE SANTERRE (E.),** *Cours analytique de Code Napoléon, Tome V*, Paris, Plon, 1865.

**DEMOGUE (R.),**

- *Traité des obligations en général, I. Sources des Obligations (Suite et fin), Tome V*, Paris, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1925.

- *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, La mémoire du droit, Coll. Références, 2001.

**DEMOLOMBE (Ch.),** *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome VI*, Paris, Imprimerie générale, 1876.

**DESHAYES (O.), GENICON (Th.) & LAITHIER (Y.-M.),** *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016.

**DESORTES (Fr.) & LE GUNEHÉC (Fr.),** *Droit pénal général*, 16<sup>ème</sup> éd., Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2009.

**DOUCHY-OUDOT (M.),** *Droit civil 1<sup>re</sup> année, Introduction, Personnes, Famille*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. HyperCours – Cours & Travaux dirigés, 2015.

**DOUVILLE (Th.) et alii,** *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, dir. Th. DOUVILLE, Gualino – Lextenso éditions, 2016.

**DUPICHOT (J.) & GUÉVEL (D.),** *Contrats et obligations – Présomptions – Notions générales*, J.-Cl. civ., Fasc. 10, 2009 (dernières mises à jour en 2016).

**DURANTON (A.),** *Cours de droit français suivant le Code civil, Tome XIII*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, G. Thorel, 1844.

**DURFORT (S.),** *Vérification d'écritures*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 624, 2012 (dernières mises à jour en 2015 et actualisé par V. MIKALEF-TOUDIC).

**FABRE-MAGNAN (M.),** *Droit des obligations, 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2013.

**FAGES (B.),**

- *Droit des obligations*, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2015.

- *Droit des obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2017.

**FERRAND (Fr.),** *Rép. pr. civ., V° Preuve*, 2013 (dernières mises à jour en 2016).

**FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) & SAVAUX (É.),** *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 9<sup>ème</sup> éd., Sirey, Coll. U, 2015.

**FRICERO (N.),** *Procédure civile, Le droit au procès, Le droit du procès, Le droit au renouvellement du procès*, 13<sup>ème</sup> éd., Gualino, Lextenso éditions, Coll. Fac universités – Série Mémentos, 2016.

**GARSONNET (E.) & CÉZAR-BRU (Ch.),** *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes, Tome II, Deuxième partie, Procédure en première instance, Volume I, Instruction du procès*, 3<sup>ème</sup> éd. revue, corrigée, et mise au courant de la Législation et de la Jurisprudence, Paris, Sirey, 1912.

**GAUDU (Fr.) & VATINET (R.),** *Droit du travail*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours, 2013.

**GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) & FABRE-MAGNAN (M.),** *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1994.

**GLASSON (E.) & TISSIER (A.),** *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Tome II*, 3<sup>ème</sup> éd. par R. MOREL, Paris, Sirey, 1926.

**GRIDEL (J.-P.),**

- *Notions fondamentales de droit et droit français : introduction, méthodologie, synthèses*, Dalloz, 1992.

- *Le Droit, Présentation, Définitions commentées et notions de base (Les êtres humains, les personnes morales, leurs statuts et leurs droits – Les choses, le patrimoine, la preuve, les sources du droit)*, P.U.A.M., 2012.

**GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.) & MORLET-HAÏDARA (L.),** *Droit des activités numériques*, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014.

**GUÉVEL (D.),**

- *Contrats et obligations, Preuve testimoniale – Délits, quasi-délits, quasi-contrats – Perte de l'écrit – Impossibilité de produire un écrit – Copies*, J.-Cl. civ., Fasc. 60, 2015 (dernières mises à jour en 2016).

- *Contrats et obligations, Preuve testimoniale – Commencement de preuve par écrit*, J.-Cl. civ., Fasc. 50, 2013 (dernières mises à jour en 2016).

**GUINCHARD (S.) (dir.),** *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2016.

**GUINCHARD (S.) et alii**, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2017.

**GUTMANN (D.)**, *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours, 2009.

**HÉRON (J.) & LE BARS (Th.)**, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>ème</sup> éd. par Th. LE BARS, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2015.

**HOUTCIEFF (D.)**, *Droit des contrats*, 3<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Coll. Paradigme – Manuels, 2017.

**HUC (Th.)**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, Tome VIII*, Paris, F. Pichon, 1895.

**HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) & LÉCUYER (H.)**, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>ème</sup> éd. avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2012.

**JAVILLIER (J.-Cl.)**, *Droit du travail*, 7<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., Coll. Manuels, 1999.

**JEULAND (E.)**, *Droit processuel général*, 3<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2014.

**JOURDAIN (P.)**, *Droit à réparation – Lien de causalité – Détermination des causes du dommage*, J.-Cl. civ., Fasc. 160, 2011 (dernières mises à jour en 2013).

**JULIEN (J.)**, *Droit de la consommation*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Précis Domat droit privé, 2017.

**KEUTGEN (G.) & DAL (G.-A.)**, *L'arbitrage en droit belge et international*, Préf. E. KRINGS, *Tome I, Le droit belge*, 2<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, Bruxelles, Bruylant, 2006.

**LAROMBIÈRE (L.)**,

- *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Articles 1101 à 1386, Tome V*, Nouvelle édition tenue au courant de la jurisprudence, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885.

- *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Articles 1101 à 1386, Tome VII*, Nouvelle édition tenue au courant de la jurisprudence, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885.

**LARROUMET (Ch.)**, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, Tome I*, 5<sup>ème</sup> éd., Economica, 2006.

**LARROUMET (Ch.) & AYNÈS (A.)**, *Traité de droit civil sous la direction de Christian Larroumet, Introduction à l'étude du droit, Tome I*, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2013.

**LARROUMET (Ch.) & BROS (S.)**, *Traité de droit civil sous la direction de Christian Larroumet, Les obligations, Le contrat, Tome III*, 8<sup>ème</sup> éd., Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2016.

**LAURENT (F.)**, *Principes de droit civil français, Tome XIX*, Bruxelles, Bruylant, 1876.

**LEFORT (Ch.)**, *Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours – Série Droit privé, 2014.

**LE TOURNEAU (Ph.)**,

- *Rép. civ.*, V° Responsabilité (en général), 2009 (actualisation en 2017).

- *Rép. com.*, V° Dépôt, 2013 (actualisation en 2014).

**LE TOURNEAU (Ph.) et alii**, *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, dir. Ph. LE TOURNEAU, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2017.

**LE TOURNEAU (Ph.) & CADIET (L.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2002.

**LÉVY (J.-Ph.) & CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2010.

**MALAURIE (Ph.)**, **AYNÈS (L.) & STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *Droit des obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Droit civil, 2017.

**MALAURIE (Ph.) & MORVAN (P.)**, *Introduction au droit*, 6<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., Coll. Droit civil, 2016.

**MALINVAUD (Ph.)**, *Introduction à l'étude du droit*, 16<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2016.

**MALINVAUD (Ph.)**, **FENOUILLET (D.) & MEKKI (M.)**, *Droit des obligations*, 14<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2017.

**MARCADÉ (V.)**, *Explication théorique et pratique du Code civil, Tome V*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Delamotte fils et C<sup>ie</sup>, 1889.

**MARCHAND (X.) & VIEIRA (C.),** *Production forcée de pièces*, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 623, 2012.

**MARTY (G.) & RAYNAUD (P.),** *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, Tome I*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1972.

**MAZEAUD (A.),** *Droit du travail*, 10<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Domat droit privé, 2016.

**MAZEAUD (H.) & DE JUGLART (M.),** *Introduction à l'étude du droit et droit civil, Licence 1<sup>ère</sup> année 1961-1962*, Les Cours de droit, 1962.

**MAZEAUD (H., L. & J.) & CHABAS (Fr.),** *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, Tome I, Premier volume*, 12<sup>ème</sup> éd. par Fr. CHABAS, Montchrestien, 2000.

**MERCADAL (B.),** *Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, Coll. Dossier pratique, 2016.

**MOREL (R.),** *Traité élémentaire de procédure civile (Organisation judiciaire – Compétence – Procédure)*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1949.

**MOURALIS (J.-L.),**

- *Rép. civ.*, V<sup>o</sup> Preuve (1<sup>o</sup> modes de preuve), 2011 (dernières mises à jour en 2016).

- *Rép. civ.*, V<sup>o</sup> Preuve (2<sup>o</sup> règles de preuve), 2011 (dernières mises en jour en 2016).

**MOUSSERON (J.-M.),** *Technique contractuelle*, 5<sup>ème</sup> éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD & J.-B. SEUBE, Francis Lefebvre, 2017.

**PÉLISSIER (J.), AUZERO (G.) & DOCKÈS (E.),** *Droit du travail*, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2013.

**PÉTEL-TEYSSIÉ (I.),** *Contrats et obligations – Actes sous seing privé synallagmatiques – Formalité du double*, J.-Cl. civ., Fasc. unique, 2013 (actualisé par L. DAUXERRE).

**PISSOORT (W.) & SAERENS (P.),** *Initiation au droit commercial international*, Préf. A. DE DECKER, Bruxelles, De Boeck, Coll. Droit-Économie, 2004.

**PLANIOL (M.),** *Traité élémentaire de droit civil, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèses, Tome II*, 9<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1923.

**PLANIOL (M.) & RIPERT (G.),** *Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VII,* 2<sup>ème</sup> éd. par P. ESMEIN, J. RADOUANT & G. GABOLDE, L.G.D.J., 1954.

**POTHIER (R. J.),** *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, Traité des obligations, Tome II,* 2<sup>ème</sup> éd. par M. BUGNET, Paris, Plon, 1861.

**PRADEL (J.),**

- *Droit pénal comparé,* 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2008.
- *Droit pénal général,* 20<sup>ème</sup> éd., Cujas, Coll. Référence, 2014.
- *Procédure pénale,* 18<sup>ème</sup> éd., Cujas, Coll. Référence, 2015.

**RAYNARD (J.) & SEUBE (J.-B.),** *Droit des contrats spéciaux,* 9<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2017.

**RODIÈRE (R.),** *La responsabilité civile,* Paris, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1952.

**ROLAND (H.) & BOYER (L.),**

- *Locutions latines du droit français,* 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1998.
- *Adages du droit français,* 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999.

**SOLUS (H.) & PERROT (R.),**

- *Droit judiciaire privé, Introduction, Notions fondamentales (action en justice ; formes et délais ; acte juridictionnel), Organisation judiciaire, Tome I,* Sirey, 1961.
- *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance, Tome III,* Sirey, 1991.

**STARCK (B.), ROLAND (H.) & BOYER (L.),**

- *Obligations, 2. Contrat,* 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1993.
- *Introduction au droit,* 5<sup>ème</sup> éd., Litec, 2000.

**STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) & BOULOC (B.),** *Procédure pénale,* 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2016.

**TALLON (I.),** *Inscription de faux,* J.-Cl. pr. civ., Fasc. 626, refondu par R. MARTIN, 2012 (dernières mises à jour en 2015 et actualisé par V. MIKALEF-TOUDIC).

**TERRÉ (Fr.),** *Introduction générale au droit,* 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2015.

**TESTU (F.-X.),** *Contrats d'affaires*, Dalloz, Coll. Dalloz Référence, 2010.

**TEYSSIÉ (B.),**

- *Droit du travail, 1. Relations individuelles de travail*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, 1992.

- *Droit civil, Les personnes*, 7<sup>ème</sup> éd., Litec, Coll. Manuels, 2002.

**TEYSSIÉ (B), CESARO (J.-Fr.) & MARTINON (A.),** *Droit du travail, Relations individuelles*, 3<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2014.

**VERGÈS (É.), VIAL (G.) & LECLERC (O.),** *Droit de la preuve*, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2015.

**VIGNAL (Th.),** *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, Coll. U, 2014.

**VINEY (G.) & JOURDAIN (P.),** *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd. avec la collaboration de S. CARVAL, L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2013.

**VINEY (G.), JOURDAIN (P.) & CARVAL (S.),** *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2017.

**VOIRIN (P.) & GOUBEAUX (G.),** *Droit civil, Introduction au droit, Personnes – Famille, Personnes protégées, Biens – Obligations, Sûretés, Tome I*, 35<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Manuels, 2015.

**VUITTON (X.),** *Le procès équitable, L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, Préf. Ch. JAMIN, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Systèmes Pratique, 2017.

**WEILL (A.),** *Droit civil, Introduction générale*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 1973.

**WEILL (A) & TERRÉ (Fr.),** *Droit civil, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 1979.

**B – Ouvrages généraux de philosophie du droit, de théorie générale du droit, de sociologie juridique et de science politique**

**VILLEY (M.),** *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les Carnets*, Préf. Bl. KRIEGEL & Fr. TERRÉ, P.U.F., 1995.

## II) OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

### A – Ouvrages juridiques

**ABOUKRAT (H.),** *Doute scientifique et vérité judiciaire*, Dir. J.-Cl. BOSSARD, Mémoire de Master 2 Recherche, Paris II, 2010.

**ANDRÉ (G.),** *Du principe de la neutralité du juge dans l'Instruction des Affaires Civiles*, Thèse Paris, 1910, Jouve & C<sup>ie</sup>, 1910.

**AUDIC (O.),** *Les fonctions du document en droit privé*, Préf. Ph. DELEBECQUE, L.G.D.J., Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, 2004.

**AYEWOUADAN (A.),** *Les droits du contrat à travers l'internet*, Préf. H. KENFACK, Larcier, Coll. Création Information Communication, 2012.

**AYNÈS (A.) & VUITTON (X.),** *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Coll. Droit & professionnels, 2017.

**BERGEAUD (A.),** *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. SAINT-PAU, L.G.D.J., 2010.

**CAIRE (A.-Bl.),** *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Préf. J.-P. MARGUÉNAUD, Paris, A. Pedone, 2012.

**CAPRIOLI (É. A),** *Signature électronique et dématérialisation, Droit et pratiques*, Préf. J. HUET, LexisNexis, Coll. Droit & professionnels, 2014.

**CESARO (J.-Fr.),** *Le doute en droit privé*, Préf. B. TEYSSIÉ, Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003.

**COCURAL (M.),** *Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, en droit civil français*, Thèse Toulouse, Imp. H. BASUYAU & C<sup>ie</sup>, 1933.

**DAIGRE (J.-J.),** *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Préf. Cl. LOMBOIS, Thèse Poitiers, P.U.F., Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1979.

**DECOTTIGNIES (R.),** *Les présomptions en droit privé*, Thèse Lille, 1949, L.G.D.J., 1949.

**DELEBECQUE (Ph.),** *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille III, 1981.

**DEMONTÈS (E.),** *L'action « ad exhibendum » en droit moderne, Essai sur le droit à la preuve*, Thèse Paris, 1922, Beaugency, 1922.

**DESPRÉS (I.),** *Les mesures d'instruction in futurum*, Préf. G. WIEDERKEHR, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004.

**DEVÈZE (J.),** *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse, 1980.

**FAUVARQUE-COSSON (B.),** *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. Y. LEQUETTE, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1996.

**FERRARIS (J.),** *Le Rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Publibook, Coll. Droit & Sciences-Politiques, Sous-Coll. Droit – Recherches, 2003.

**GÉNY (Fr.),** *Science et technique en droit privé positif, Tome III*, Paris, Sirey, 1921.

**GHNASSIA (J.-Ph.),** *Le juge civil à la recherche de la mesure d'instruction idoine*, Préf. Y. STRICKLER, Thèse dactyl. Strasbourg, 2009.

**GROSSER (P.),** *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Thèse Paris I, 2000.

**HELLERINGER (G.),** *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Préf. L. AYNÈS, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 2012.

**HOFFSCHIR (N.),** *La charge de la preuve en droit civil*, Préf. S. AMRANI-MEKKI, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016.

**HUET (A.),** *Les conflits de lois en matière de preuve*, Préf. R. PERROT, Dalloz, Coll. Bibliothèque de droit international privé, 1965.

**JACQUES (Ph.),** *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. CHABAS, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.

**LAMOUREUX (M.),** *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. MESTRE, Thèse Aix-Marseille, P.U.A.M., 2006.

**LE BALLE (R.),** *Des conventions sur le procédé de preuve en Droit Civil*, Thèse Paris, Meulan, 1923.

**LE GALL (E.),** *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés, Remarques sur l'adage « nemo tenetur edere contra se »*, Thèse dactyl. Paris, 1967.

**LEGEAIS (R.),** *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, Préf. R. SAVATIER, Thèse Poitiers, 1954, L.G.D.J., 1955.

**LEVENEUR-AZÉMAR (M.),** *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Préf. Y. LEQUETTE, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2017.

**MACNEIL (I. R.),** *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980.

**MAZEAUD (D.),** *La notion de clause pénale*, Préf. Fr. CHABAS, L.G.D.J., 1992.

**MAZEAUD (H.),** *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347*, Thèse Lyon, 1921, Yvert & Tellier, 1921.

**MEHUYS (L.),** *Le doute et la procédure pénale*, Dir. Cl. SOURZAT, Mémoire de Master 2<sup>ème</sup> année, Dijon, 2012.

**MOLINA-ANDREO (B.),** *Le lien de causalité en droit de la responsabilité publique : réflexions sur le traitement du doute*, Mémoire de D.E.A., Bordeaux IV, 2002.

**MOTULSKY (H.),** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Préf. P. ROUBIER, Thèse Lyon, 1947, Sirey, 1948.

**NAGOUAS-GUÉRIN (M.-C.),** *Le doute en matière pénale*, Préf. Ph. CONTE, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002.

**NORMAND (J.),** *Le juge et le litige*, Préf. R. PERROT, L.G.D.J., 1965.

**PAULIN (Ch.)**, *La clause résolutoire*, Préf. J. DEVÈZE, L.G.D.J., 1996.

**PÉRÈS-DOURDOU (C.)**, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, L.G.D.J., 2004.

**POURCELET (C.)**, *Le doute et le contrat*, Mémoire de D.E.A., Bordeaux I, 1991.

**ROUJOU DE BOUBÉE (M.-È.)**, *Essai sur la notion de réparation*, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1974.

**SESCIOREANO (G.-M.)**, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*, Thèse Paris, E. Duchemin, 1920.

**SICARD (J.)**, *La preuve en justice après la réforme judiciaire, Manuel théorique et pratique comportant de nombreuses formules*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, Coll. Comment faire, 1960.

**THÉRY (J.)**, *Incidence du doute scientifique sur la responsabilité civile*, Mémoire de D.E.A., Paris I, 1996.

**THÉVENET (J.)**, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, Thèse Lyon, 1921.

**VERDUN (F.)**, *La gestion des risques juridiques*, éd. d'Organisation, 2006.

## **B – Ouvrages philosophiques, sociologiques et anthropologiques**

**HUDRY (J.-L.)**, *L'Etat de nature à l'épreuve du doute selon Rousseau*, Mémoire de D.E.A., Paris II, 1995.

**LÉVY-BRUHL (H.)**, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière et Cie, Coll. Bibl. sociologique internationale, 1964.

**RICOEUR (P.)**, *Le Juste*, éd. Esprit, Coll. Philosophie, 1995.

## **C – Dictionnaires et Recueils de jurisprudence**

**ALLAND (D.) & RIALS (S.) (dir.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Coll. Quadriges-Dicos poche, 2003.

**ANCEL (B) & LEQUETTE (Y.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2006.

**ANTONMATTEI (P.-H.),** *Les clauses du contrat de travail (non-concurrence, dédit-formation, rémunération variable, mobilité, rupture)*, 2<sup>ème</sup> éd., éd. Liaisons, Coll. Droit vivant, 2009.

**BISSARDON (S.),** *Guide du langage juridique – Vocabulaire, pièges et difficultés*, Préf. D. FLEURIOT, 4<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2013.

**CABRILLAC (R.) (dir.),** *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, 10<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2018.

**CADIET (L.) (dir.),** *Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., Coll. Grands dictionnaires, 2004.

**CORNU (G.) (dir.),** *Vocabulaire juridique*, 12<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Quadrige, 2018.

**DROSS (W.),** *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2016.

**FOULQUIÉ (P.) (avec la collaboration de R. SAINT-JEAN),** *Dictionnaire de la langue philosophique*, P.U.F., 1962.

**GUINCHARD (S.) & DEBARD (Th.) (dir.),** *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017.

**IMBS (P.) (dir.),** *Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789-1960), Tome VII*, Centre national de la recherche scientifique, 1979.

**JEANSEN (E.) & PAGNERRE (Y.) (avec la collaboration de Ph. ROZEC),** *Guide des clauses du contrat de travail 2017*, dir. B. TEYSSIÉ, LexisNexis, 2016.

**JEUGE-MAYNART (I.) (dir.),** *Le petit Larousse illustré 2018*, Larousse, 2017.

**JULIA (D.),** *Dictionnaire de la philosophie*, Larousse, Coll. Références Larousse – Sciences de l’homme, 1991.

**LALANDE (A.),** *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Préf. R. POIRIER, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Quadrige-Dicos poche, 2010.

**LITTRÉ (É.),**

- *Dictionnaire de la langue française, Tome II*, Hachette et C<sup>ie</sup>, 1874.

- *Dictionnaire de la langue française, Tome III*, Hachette et C<sup>ie</sup>, 1874.

**MERLIN (M.)**, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Tome V*, 5<sup>ème</sup> éd., Garnery, 1827.

**MESTRE (J.) & RODA (J.-C.) (dir.)**, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, Coll. Les intégrales 3, 2011.

**REY (A.) (dir.)**, *Dictionnaire historique de la langue française, Tome I*, Le Robert, 2012.

**ROBERT (P.)**, *Le Grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2<sup>ème</sup> éd. entièrement revue et enrichie par A. REY, Le Robert, 1985.

**III) ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS**

**ABERKANE (H.)**, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, R.T.D. civ., 1958, pp. 516-554.

**AMMAR (D.)**, *Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique*, R.T.D. civ., 1993, pp. 499-533.

**AMRANI-MEKKI (S.)**

- *Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales*, R.D.C., octobre 2009, n° 4, pp. 1617-1629.

- *La convention de procédure participative*, D. 2011, pp. 3007-3015.

- *Acte de procédure d'avocat : vers une punctuation probatoire ?*, Gaz. Pal. 25-27 mai 2014, p. 1442.

- *L'avocat du 21<sup>e</sup> siècle – Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats*, J.C.P. (G), 2015, 1052, pp. 1774-1777.

- *Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Gaz. Pal. 31 janvier 2017, pp. 46-53.

**ANCEL (P.),** *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, R.T.D. civ., 1999, pp. 771-810.

**AYNÈS (A.),** *Conventions sur la preuve : validité limitée*, Dr. et patrimoine, septembre 2015, pp. 45-48.

**BARBIER (H.),** *Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique*, R.L.D.C., mai 2010, suppl. au n° 71, pp. 5-11.

**BATUT (A.-M.),** *Les mesures d’instruction « in futurum »*, Rapp. Cour cassat. 1999, Doc. franç., 2000, pp. 99-117.

**BLANC (E.),** *Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Étude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971)*, J.C.P. (G), 1973, I, 2559.

**BLANC (N.) & DE SAINT MAURICE (FI.),** *Les clauses relatives à l’exécution et à l’inexécution*, J.C.P. (N), 2015, 1210, pp. 44-48.

**BOCCARA (B.),** *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l’intervention judiciaire*, J.C.P. (G), 1975, I, 2742.

**BONNET (É.),** *La convention de procédure participative*, Procédures 2011, alerte 11, p. 3.

**BOULANGER (Fr.),** *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, R.T.D. civ., 1966, pp. 736-754.

**BREDIN (J.-D.),** *Le doute et l’intime conviction*, Droits n° 23 – La preuve, P.U.F., 1996, pp. 21-29.

**BROS (S.),** *La force majeure*, Dr. et patrimoine, juin 2016, pp. 40-43.

**BUGNICOURT (J.-Ph.),**

- *Le médecin, le doute et le tiers compétent*, R.L.D.C., février 2009, n° 57, pp. 22-23.

- *Pluralité des causes possibles : le doute profite à la victime*, R.L.D.C., mai 2009, n° 60, pp. 23-25.

**CABRILLAC (S.) & JAQUET (Cl.),** *La preuve de la date de l’acte*, J.C.P. (N), 2013, 1015, pp. 33-41.

**CAPRIOLI (É. A.),** *La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne – Dir. 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999*, J.C.P. (G), 2000, I, 224, pp. 787-795.

**CARVAL (S.),** *La responsabilité contractuelle à l'épreuve des listes « noire » et « grise » du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009*, R.D.C., juillet 2009, n° 3, pp. 1055-1059.

**CHABAS (Fr.),** *La réforme de la clause pénale (Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975)*, D. 1976, Chron., pp. 229-236.

**CHABOT (G.),** *Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile*, D. 2000, Chron., pp. 256-260.

**CHANTEPIE (G.),** *La gestion contractuelle de la rupture*, A.J.C.A., 2016, pp. 130-135.

**CHIREZ (A.) & LABIGNETTE (J.),** *La place du doute dans le contentieux de la relation de travail*, Dr. soc., 1997, pp. 669-678.

**CREVEL (S.),** *Autorisation d'exploiter : le doute ne profite pas au cessionnaire*, R.D. rur., 2011, comm. n° 100, p. 34.

**CROZE (H.),** *Informatique, preuve et sécurité*, D. 1987, Chron., pp. 165-170.

**DE BÉRARD (Fr.),** *Les mesures d'instruction in futurum : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC*, Gaz. Pal. 7-8 décembre 2012, pp. 3249-3254.

**DECUGIS (H.),** *L'évolution des modes de preuve judiciaire en droit comparé*, Bull. soc. lég. comp. janvier-mars 1939, pp. 77-87.

**DEFOORT (B.),** *Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption – Le traitement juridictionnel du doute et l'exigence de précautions dans son application*, R.F.D.A., 2008, pp. 549-557.

**DE LAMBERTERIE (I.),** *De la validité des conventions de preuve (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> ch. civ., du 8 novembre 1989)*, Cah. Lamy du droit de l'informatique, suppl. au n° 17 – août 1990, pp. 1-2.

**DELMAS-GOYON (P.),** « *Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle* » – *Un acteur citoyen, une équipe de justice*, Rapp., décembre 2013, pp. 1-128.

**DEPREZ (J.),** *Les clauses pénales dans les relations de travail et leur révision par le juge*, B.S. Lefebvre, 1985, pp. 267-281.

**DE RAVEL D'ESCLAPON (Th.),** *Variations sur la clause d'intégralité à l'heure de la réforme du droit des contrats*, A.J. Contrat 2017, pp. 374-376.

**DEREUX (G.),** *Étude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »*, R.T.D. civ., 1907, pp. 513-554.

**DESHAYES (O.), GENICON (Th.) & LAITHIER (Y.-M.),** *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*, J.C.P. (G), 2018, 529, pp. 885-896.

**DORCHIES (O.),** *Pratique contractuelle, La clause d'intégralité dans les contrats informatiques et télécoms*, C.C.E., 2016, *Fiches pratiques n° 2*, pp. 54-56.

**EL-HAKIM (J.),** *Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats*, R.I.D.C., 1997, pp. 347-357.

**ESMEIN (P.),** *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, R.T.D. civ., 1933, pp. 627-692.

**FONTAINE (M.), JUILLET (S.) & FROGER (D.),** *La blockchain : mythe ou réalité ?*, J.C.P. (N), 2017, 1214, pp. 31-36.

**FRICERO (N.),** *La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile*, Procédures 2015, dossier 14, pp. 32-34.

**FRISON-ROCHE (M.-A.),** *Acte authentique, acte de marché*, J.C.P. (N), 2010, 1290, pp. 29-33.

**GAUTIER (P.-Y.) & LINANT DE BELLEFONDS (X.),** *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, J.C.P. (G), 2000, I, 236, pp. 1113-1120.

**GODON (L.),** *La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ?*, D. 2015, pp. 2580-2587.

**GRIMALDI (C.)**, *L'acte sous-seing privé, l'acte authentique et l'acte contresigné par un avocat : quelles utilités ?*, J.C.P. (E), 2010, 1008, pp. 24-27.

**GRIMALDI (M.)**, *L'acte « d'avocat »*, Defrénois 2010, art. 39071, pp. 389-393.

**GRIMALDI (M.) & REYNIS (B.)**, *L'acte authentique électronique*, Defrénois 2003, art. 37798, pp. 1023-1042.

**HERZOG (P. E.)**, *Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution de controverses (Alternative dispute resolution – A.D.R.) aux États-Unis*, R.G.D.P., 1999, pp. 774-792.

**HOCQUET-BERG (S.)**, *À qui doit profiter le doute scientifique ?*, R.L.D.C., janvier 2004, n° 1, pp. 11-14.

**HUMBERT (J.-Fr.)**, *L'institution d'un acte d'avocat : une construction baroque et dangereuse*, J.C.P. (N), 2008, 1320, pp. 12-14.

**JAMIN (Ch.)**, *L'acte d'avocat*, D. 2011, pp. 960-961.

**JEAN-PIERRE (D.)**, *Les fonctionnaires vaccinés contre l'hépatite B et la sclérose en plaques : les conséquences juridiques du doute scientifique*, J.C.P. (A), 2006, 1104, pp. 605-608.

**JEANTIN (M.)**, *Les mesures d'instruction « in futurum »*, D. 1980, Chron., pp. 205-210.

**KLEITZ-BACHELET (Cl.)**, *Le doute au secours du demandeur*, R.L.D.C., octobre 2007, n° 42, pp. 26-27.

**LAITHIER (Y.-M.)**, *Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales)*, R.D.C., octobre 2009, n° 4, pp. 1650-1662.

**LAMOUREUX (M.)**, *Les limites des clauses de preuve*, R.L.D.C., mai 2010, suppl. au n° 71, pp. 19-24.

**LARDEUX (G.)**, *Le droit à la preuve : tentative de systématisation*, R.T.D. civ., 2017, pp. 1-26.

**LARGUIER (J.)**, *La preuve d'un fait négatif*, R.T.D. civ., 1953, pp. 1-48.

**LE BARS (Th.)**, *La théorie du fait constant*, J.C.P. (G), 1999, I, 178, pp. 1969-1972.

**LE BRETON DE VANNOISE (R.),**

- *Proposition de création d'une notion nouvelle en procédure civile : l'acte de procédure d'avocat*, Gaz. Pal. 17-18 janvier 2014, pp. 96-98.

- *La Justice du XXI<sup>e</sup> siècle en marche : l'acte de procédure d'avocats*, Gaz. Pal. 8-10 mars 2015.

**LE GALLOU (C.),** *Quand le doute entrave la libre rétractation du consommateur...*, R.L.D.C., avril 2008, n° 48, pp. 12-13.

**LETELLIER (H.),** *L'acte d'avocat : c'est parti !*, D. 2011, p. 1208.

**LEVENEUR (L.),** *Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre*, C.C.C., 1997, chron. n° 5, pp. 4-5.

**LINANT DE BELLEFONDS (X.),** *Notaires et huissiers face à l'acte authentique électronique*, J.C.P. (N), 2003, 1196, pp. 382-387.

**LUCAS-PUGET (A.-S.),**

- *La clause de force majeure*, C.C.C., 2015, form. n° 2, pp. 46-48.

- *La clause d'intégralité*, R.C.A., 2016, form. n° 5, pp. 38-40.

**MALAURIE (Ph.),** *La révision judiciaire de la clause pénale (Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975)*, Defrénois 1976, art. 31075, pp. 533-542.

**MALINVAUD (Ph.),** *L'impossibilité de la preuve écrite*, J.C.P. (G), 1972, I, 2468.

**MARON (A.),** *Relaxe au bénéfice du doute sur... les circonstances*, Dr. pén. 2004, comm. n° 119, pp. 29-30.

**MARRAUD (C.),** *Le droit à la preuve, La production forcée des preuves en justice (Décrets n° 71-740 du 9 septembre 1971, n° 72-684 du 20 juillet 1972 et n° 72-788 du 28 août 1972)*, J.C.P. (G), 1973, I, 2572.

**MARTIN (M.),** *Pratique contractuelle, Contrats de l'informatique, Les clauses de force majeure dans les contrats informatiques*, C.C.E., 2017, Fiche pratique n° 3, pp. 42-44.

**MAZEAUD (D.),**

- *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc., 1994, pp. 343-352.

- *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons*, D. 2008, pp. 1776-1782.
- *L'acte sous seing privé contresigné par avocat*, R.D.C., juillet 2011, n° 3, pp. 873-876.
- *L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation*, R.D.C., mars 2015, n° 1, pp. 187-192.

**MEKKI (M.),**

- *Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique »*, R.D.C., juillet 2007, n° 3, pp. 681-695.
- *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1<sup>re</sup> partie)*, R.D.C., juillet 2008, n° 3, pp. 681-701.
- *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>e</sup> partie)*, R.D.C., avril 2009, n° 2, pp. 453-469.
- *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat*, J.C.P. (G), 2009, 61, pp. 48-55.
- *La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art*, R.D.A., février 2013, n° 7, pp. 77-88.
- *L'acte de procédure d'avocat : cet inconnu du droit ?*, dalloz-actu-etudiant.fr, 13 avril 2015.
- *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 29-30 avril 2015, pp. 1338-1347.
- *Article 1355 : les présomptions légales*, R.D.C., septembre 2015, n° 3, pp. 805-806.
- *Charge de la preuve et présomptions légales, L'art de clarifier sans innover*, Dr. et patrimoine, septembre 2015, pp. 36-44.
- *La fondamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dangers d'un « droit à la vérité »*, R.D.A., octobre 2015, pp. 58-71.
- *Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ?*, D. 2016, pp. 2355-2364.
- *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, Gaz. Pal. 22 mars 2016, pp. 16-19.
- *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ?*, Gaz. Pal. 10 mai 2016, pp. 11-16.
- *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? (Les clauses)*, Rev. soc., 2016, pp. 563-571.
- *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, R.D.C., juin 2016, n° 2, pp. 400-407.

- *Les mystères de la blockchain*, D. 2017, pp. 2160-2169.

- *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ?*, D. 2018, pp. 900-911.

**MIGNOT (M.)**, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI)*, P.A., 4 avril 2016, n° 67, pp. 5-11.

**MORET-BAILLY (J.)**, *Les stipulations de constatation*, R.R.J., 2001, pp. 489-513.

**MOTULSKY (H.)**, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D. 1972, Chron., pp. 91-102.

**MOULY-GUILLEMAUD (C.)**,

- *La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme*, R.T.D. civ., 2007, pp. 253-280.

- *Nul ne peut se constituer de titre à soi-même... C'est-à-dire ?*, R.T.D. civ., 2018, pp. 45-59.

**MOUSSERON (J.-M.)**, *La gestion des risques par le contrat*, R.T.D. civ., 1988, pp. 481-504.

**NICOD (M.)**, *La force probante de l'acte notarié*, J.C.P. (N), 2013, 1014, pp. 30-32.

**NIEL (P.-L.)**, *Divorce par consentement mutuel conventionnel déposé au rang des minutes d'un notaire : entre l'efficacité de l'instrumentum notarié et la validité du negotium sous seing privé contresigné par l'avocat*, P.A., 5 mai 2017, n° 90, pp. 12-20.

**OPPETIT (B.)**, *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique*, Justices, 1995, n° 1, pp. 53-59.

**PAISANT (G.)**, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975)*, R.T.D. civ., 1985, pp. 647-687.

**PASQUALINI (Fr.)**, *La révision des clauses pénales*, Defrénois 1995, art. 36106, pp. 769-782.

**PAUTRAT (R.)**, *La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement*, D. 1994, Chron., pp. 337-340.

**PEYRE (J.-Cl.),** *Le référé probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile*, J.C.P. (G), 1984, I, 3158.

**PONCE (D.),** *L'efficacité de l'acte authentique électronique*, J.C.P. (N), 2012, 1251, pp. 44-45.

**POSTACIOGLU (I. E.),** *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective*, R.T.D. civ., 1954, pp. 438-443.

**POUMARÈDE (M.),** *La clause de force majeure dans les contrats de construction, Validité et rédaction*, R.D. imm., 2017, pp. 456-465.

**QUÉZEL-AMBRUNAZ (Ch.),** *La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène »*, D. 2010, pp. 1162-1167.

**RAISON REBUFAT (L.),** *Le principe de loyauté en droit de la preuve*, Gaz. Pal. 26-27 juillet 2002, pp. 1195-1200.

**RAWACH (E.),** *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat*, D. 2001, Chron., pp. 223-226.

**RAYNOUARD (A.),**

- *Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique*, Defrénois 2000, art. 37174, pp. 593-619.

- *Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique*, Defrénois 2003, art. 37806, pp. 1117-1139.

**REGHI (I.),** *De quelques réflexions d'un juge civiliste de base saisi par le doute*, J.C.P. (G), 2011, Supplément au n° 26-27 juin 2011, 9, pp. 27-31.

**RODA (J.-C.),** *Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ?*, D. 2018, pp. 1318-1319.

**SAUPHANOR (S.),** *La convention de procédure participative : aspects pratiques*, Gaz. Pal. 16-18 janvier 2011.

**SEIFERT (E.),** *Liberté contractuelle et force majeure*, R.C.A., 2015, form. n° 5, pp. 43-44.

**SKRZYPNIAK (H.),** *La clause de tolérance*, D. 2016, pp. 218-224.

**SOLUS (H.),** *Rôle du juge dans l'Administration de la preuve*, Trav. Capitant, Tome V, Dalloz, 1950, pp. 128-141.

**STRICKLER (Y.),** *Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Procédures 2017, études 7, pp. 24-28.

**TERRÉ (Fr.),** *Le contexte et le texte*, R.D.C., avril 2010, n° 2, pp. 762-772.

**TEYNIER (É.),** *Régler les litiges commerciaux grâce à l'arbitrage (1<sup>re</sup> partie)*, Option finance, 10 juin 2003, n° 740, pp. 31-33.

**THÉRY (Ph.),**

- *L'article 145 du nouveau Code de procédure civile*, Rev. jurid. Centre Ouest, 1988, pp. 210-220.

- *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits n° 23 – La preuve, P.U.F., 1996, pp. 41-52.

- *Libres propos sur l'acte d'avocat*, R.D.C., avril 2010, n° 2, pp. 773-776.

**VERGÈS (É.),** *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, D. 2014, pp. 617-625.

**VATTE (J.),** *La preuve des actes juridiques*, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, Doctr., pp. 581-583.

#### **IV) COLLOQUES ET OUVRAGES COLLECTIFS**

**AMRANI-MEKKI (S.),**

- *La clause de conciliation*, in *La médiation, Société de législation comparée*, Dalloz, 2009, pp. 29-46.

- *L'acte de procédure d'avocats, signe d'une nouvelle ère de la procédure civile ?*, in *40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile*, dir. C. BLÉRY & L. RASCHEL, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2016, pp. 17-29.

**ANCEL (J.-P.),** *Le doute du magistrat*, in *Le doute et le droit*, Dalloz, Coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, pp. 21-30.

**ANCEL (P.),** *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. P. ANCEL & M.-C. RIVIER, Economica, 2001, pp. 6-22.

**CADIET (L.),**

- *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité*, in *L'américanisation du droit*, A.P.D., Tome 45, Dalloz, 2001, pp. 89-115.

- *Efficiency versus equity ?*, in *Mélanges J. VAN COMPERNOLLE*, Bruylant, 2004, pp. 25-46.

**CARBONNIER (J.),** *La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » en droit français*, in *Journées de la Société de législation comparée*, Société de législation comparée, 1984, pp. 321-327<sup>\*\*\*</sup>.

**CATALA (P.),** *Écriture électronique et actes juridiques*, in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, pp. 91-104.

**CORNU (G.),**

- *Les définitions dans la loi*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 77-92.

- *La vérité et le droit*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, Coll. Doctrine juridique, P.U.F., 1998, pp. 211-226.

**COTTET (M.),** *Les conventions sur la preuve*, in *Hommage à Robert Le Balle*, dir. D. CHOLET, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2016, pp. 47-64.

**DELEBECQUE (Ph.) & MAZEAUD (D.),** *Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Études de droit comparé, dir. M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2001, pp. 361-391.

**DUPICHOT (J.),** *L'adage « Da mihi factum, dabo tibi jus »*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. AUBERT, Dalloz, 2005, pp. 425-439.

**ESMEIN (P.),** *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, Études offertes à G. RIPERT, Tome II, La propriété – Contrats et obligations – La vie économique, L.G.D.J., 1950, pp. 101-115.

**FORIERS (P.),** *Considérations sur la preuve judiciaire*, in La preuve en droit par Ch. PERELMAN & P. FORIERS, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 315-329.

**GOUBEAUX (G.),** *Le droit à la preuve*, in La preuve en droit par Ch. PERELMAN & P. FORIERS, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277-301.

**GUILLIEN (R.),** *Nul n'est censé ignorer la loi*, in Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER, Tome I, Théorie générale du droit et droit transitoire, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 253-260.

**HERBOTS (J.),** *La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé : ne point prouver contre ou outre l'écrit*, in Mélanges M. FONTAINE, Larcier, 2003, pp. 379-414.

**JACOTOT (D.),** *Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve*, in Au cœur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés, dir. E. DOCKÈS, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, pp. 277-286.

**LEBRUN (Ch.),** *La clause d'intégralité au Québec*, in Rev. bar. 2007-2008, Tome 67, pp. 41-76.

**LÉCUYER (H.),** *Le contrat, acte de prévision*, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., éd. du Juris-Classeur, 1999, pp. 643-659.

**LÉVY (J.-Ph.),** *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours*, in La preuve, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Tome XVII, Bruxelles, éd. de la Librairie encyclopédique, 1965, pp. 9-70.

**LUCAS DE LEYSSAC (Cl.),** *Les conventions sur la preuve en matière informatique*, in Informatique et droit de la preuve, dir. X. LINANT DE BELLEFONDS, Travaux de l'association française de droit de l'informatique, éd. Des Parques, 1987, pp. 143-154.

**MEKKI (M.),**

- *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in La contractualisation de la production normative, dir. S. CHASSAGNARD-PINET & D. HIEZ, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2008, pp. 323-343.

- *Le risque de la preuve, Le point de vue du juriste*, in *Droit et économie du procès civil*, dir. D. COHEN, L.G.D.J. – Lextenso éditions, Coll. Droit & Économie, 2010, pp. 195-216.

- *Preuve et vérité en France*, in *La preuve*, Trav. Capitant, Tome LXIII / 2013, Bruylant & LB2V, 2015, pp. 815-849.

- *Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire*, in *La preuve : regards croisés*, dir. M. MEKKI, L. CADIET & C. GRIMALDI, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2015, pp. 7-26.

**NORMAND (J.)**, *Le juge du provisoire et les règles de preuve*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Etude de droit comparé*, dir. J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 175-184.

**TARZIA (G.)**, *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, pp. 469-475.

**TEYSSIÉ (B.)**, *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, dir. C. PUIGELIER, *Economica*, 2004, pp. 73-88.

**VERGÈS (É.)**,

- *Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé*, in *Mélanges J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, pp. 853-895.

- *Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil*, in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, pp. 155-162.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros et non aux pages)

## – A –

### **Acte de procédure d’avocats,**

- effets : 101, 102

## – B –

### **Bénéfice du doute,**

- définition : 113
- effets : 113

## – C –

### **Charge de l’allégation vraisemblable,**

- définition : 112
- effets : 112

### **Charge de la preuve,**

- définition : 111
- aménagement : 190, 191
- analyse procédurale : 126, 127
- attribution :
  - o demandeur : 118, 119
  - o demandeur à l’allégation : 122, 123, 124, 126, 127
  - o partie la plus apte à prouver : 129, 130
- effets : 111
- standards : 122, 123, 124

### **Clause,**

- abusive (Code civil et Code de la consommation) : 231, 250, 251, 252, 253, 254
- de conciliation : 214, 215, 265

- de constatation : 206, 207, 208, 209, 210, 252, 253, 262
- de force majeure : 201
- de garantie d’emploi : 243
- de mini-trial : 216
- de non-renonciation : 205
- de parfaite information : 262
- de prise d’acte : 238
- d’expertise : 217
- d’intégralité : 204
- limitative de réparation : 203, 228, 230, 232, 233, 246, 247, 251
- pénale : 202, 241, 242, 243, 244
- résolutoire : 199, 233, 236, 237, 238

### **Conflit de preuve littérale,**

- résolution : 189

### **Contrat,**

- d’adhésion : 231
- de gré à gré : 231

### **Convention de procédure participative,**

- acte de procédure d’avocats :
  - o définition : 101
  - o régime : 101
- expertise amiable : 99, 100
- finalités : 60, 98

### **Convention sur la preuve,**

- définition : 169
- domaine : 176
- objet :
  - o limites générales : 180
  - o limites spéciales : 178, 179

- validité : 171, 172, 173, 174

– F –

### **Copie,**

- effets :
  - o ancienne : 41
- o nouvelle : 41

– D –

### **Doute,**

- définition :
  - o juridique : 7
  - o philosophique : 6
  - o probatoire : 8
  - o usuelle : 5

### **Droit à la preuve,**

- droit de produire ses preuves : 70
- droit d'obtenir des preuves : 70

### **Droit au juge,**

- définition : 265
- effectivité : 265

– E –

### **Écrit,**

- authentique :
  - o conditions : 43
  - o définition : 43
  - o irrégulier : 43
- sous signature privée :
  - o conditions : 45, 46, 47, 48
  - o définition : 44
  - o irrégulier : 47, 48

### **Égalité des armes,**

- définition : 264

### **Fait,**

- à prouver : 22
- constant : 25
- contesté : 24
- juridique : 39
- notoire : 23

### **Force probante,**

- acte authentique :
  - o contenu : 50
  - o origine : 51
- acte sous signature privée contresigné par avocat :
  - o contenu : 56
  - o date : 56
  - o origine : 57
- acte sous signature privée ordinaire :
  - o contenu : 53
  - o date : 54
  - o origine : 55
- aveu extrajudiciaire : 179, 260
- définition : 32, 49
- modes de preuve imparfaits : 180, 260
- preuve moderne : 260
- serment supplétoire : 179, 260

– G –

### **Gestion,**

- définition :
  - o juridique : 11
  - o probatoire : 12
  - o usuelle : 10
- directe : 168
- indirecte : 168

– L –

**Licéité,**

- de la preuve : 66
- du contrat : 228

**Loyauté de la preuve,**

- exceptions :
  - o contradictoire : 71
  - o droit à la preuve : 71
  - o droits de la défense : 71
  - o égalité des armes : 71
- principe : 71

– M –

**Mesure d’instruction,**

- admissibilité : 93
- contradictoire : 94
- définition : 83
- *in futurum* : 89
  - o conditions : 92
  - o défectueuse : 95
  - o motif légitime : 97
- ordinaire :
  - o conditions : 92
  - o coût : 96
  - o ordonnée à la demande des parties : 85, 87, 88
  - o ordonnée d’office : 86, 87, 88

**Mode de preuve,**

- définition : 32
- écrit électronique non fiable : 185
- évolution : 4
- extension : 187, 261
- moderne : 184
- restriction : 186, 261
- unilatéral : 188

**Modérateurs,**

- processuels : 60, 103
- substantiels : 15, 58

– O –

**Objet de la preuve,**

- définition : 16

**Obligation,**

- de moyens :
  - o atténuée : 211
  - o renforcée : 211
  - o simple : 211
- de résultat :
  - o absolue (ou obligation de garantie) : 211
  - o atténuée : 211
  - o renforcée : 211
  - o simple : 211
- essentielle : 230

– P –

**Pièces,**

- définition : 64

**Présomption antejudiciaire,**

- définition : 27, 132
- effets : 132, 133, 134

**Présomption conventionnelle,**

- irréfragable : 178
- mixte : 178, 183
- simple : 178, 183

**Présomption du fait de l’homme**

- définition : 111, 27

**Présomption légale,**

- définition : 27, 111
- effets : 27
- irréfragable : 29
- mixte : 31
- simple : 30

**Présomption-postulat,**

- définition : 111
- effets : 111

**Présupposition légale,**

- définition : 135
- détermination : 136, 137

**Preuve,**

- définition :
  - o juridique : 3
  - o usuelle : 3
- extra-judiciaire : 2
- judiciaire : 2

**Preuve écrite,**

- domaine : 39
- exceptions : 40
  - o impossibilité matérielle ou morale : 40
  - o perte par force majeure : 40
  - o usage : 40
- obligation de prouver par écrit le contenu d'un acte juridique : 37
- obligation de prouver par écrit outre ou contre le contenu à un acte juridique :
  - o exceptions : 38
  - o principe : 38
- obligation de prouver par écrit un acte juridique : 36
- suppléance : 41
  - o aveu judiciaire : 41

- o commencement de preuve par écrit : 41
- o serment décisoire : 41

**Preuve nommée,**

- définition : 69

**Production de pièces,**

- empêchement légitime : 79
- forcée :
  - o ordonnée à la demande d'une partie : 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79
  - o ordonnée d'office par le juge : 80, 81, 82
- motif légitime : 79
- pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge : 78
- spontanée : 64, 65, 67, 69, 70, 71

– R –

**Réduction,**

- définition : 12

**Règle de droit,**

- conventions collectives : 20
- coutumes : 21
- loi étrangère : 19
- preuve : 18
- usages : 21

– T –

**Traitement,**

- définition : 12, 107, 162, 166
- finalités :
  - o correctrice : 157, 158
  - o incitative : 153, 154, 156
  - o protectrice : 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151

# TABLE ANALYTIQUE

(Les nombres renvoient aux pages)

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUCTION</b> .....  | 1  |
| <b>PREMIÈRE PARTIE – LA GESTION LÉGALE DU DOUTE PROBATOIRE</b> .....                   | 17 |
| <b>Titre I – LA RÉDUCTION DU DOUTE PROBATOIRE</b> .....                                | 18 |
| <b>CHAPITRE I – LES MODÉRATEURS SUBSTANTIELS</b> .....                                 | 19 |
| <b>SECTION I – LES RÈGLES SUR L’OBJET DE LA PREUVE</b> .....                           | 19 |
| <b>§ I – La délimitation de l’objet de la preuve</b> .....                             | 19 |
| <b>A) L’exclusion de la preuve du droit</b> .....                                      | 20 |
| <b>B) L’encadrement de la preuve du fait</b> .....                                     | 24 |
| <b>§ II – La modification de l’objet de la preuve</b> .....                            | 29 |
| <b>A) Le mécanisme des présomptions légales</b> .....                                  | 29 |
| <b>B) La typologie des présomptions légales</b> .....                                  | 31 |
| 1° La réduction définitive du doute par la présomption légale irréfragable .....       | 32 |
| 2° La réduction non-définitive du doute par la présomption légale simple ou mixte..... | 32 |
| <b>SECTION II – LES RÈGLES SUR LES MODES DE PREUVE ET LEUR FORCE PROBANTE</b> .....    | 34 |
| <b>§ I – L’admissibilité des modes de preuve</b> .....                                 | 35 |
| <b>A) L’exigence d’une preuve écrite</b> .....   | 36 |
| 1° Les règles de l’article 1359 du Code civil .....                                    | 36 |
| <i>a) L’obligation de prouver par un écrit</i> .....                                   | 36 |
| <i>b) L’obligation de prouver par un autre écrit</i> .....                             | 38 |
| 2° Les tempéraments aux règles de l’article 1359 du Code civil .....                   | 40 |
| <b>B) Les caractéristiques d’une preuve écrite</b> .....                               | 49 |
| 1° L’écrit authentique.....  | 50 |
| 2° L’écrit sous signature privée .....   | 52 |
| <i>a) La condition essentielle à tous les actes juridiques</i> .....                   | 53 |
| <i>b) Les conditions spécifiques à certains actes sous signature privée</i> .....      | 54 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>§ II – L’appréciation de la force probante</b> .....   | 58  |
| <b>A) La force probante de l’acte authentique</b> .....   | 59  |
| <b>B) La force probante de l’acte sous signature privée ordinaire ou contresigné par avocat</b> ..... | 62  |
| 1° La force probante de l’acte sous signature privée ordinaire .....                                  | 62  |
| 2° La force probante de l’acte sous signature privée contresigné par avocat .....                     | 65  |
| <br>  |     |
| CHAPITRE II – LES MODÉRATEURS PROCESSUELS .....   | 68  |
| <b>SECTION I – LES RÈGLES RELATIVES À L’ADMINISTRATION JUDICIAIRE DE LA PREUVE</b> .....              | 68  |
| <b>§ I – Les règles sur la production de pièces</b> .....   | 68  |
| <b>A) La production spontanée de pièces</b> .....   | 69  |
| 1° Le principe de la réduction du doute .....   | 69  |
| 2° Les limites de la réduction du doute.....  | 70  |
| <i>a) L’exclusion de preuves en amont du processus probatoire</i> .....                               | 70  |
| <i>b) L’exclusion de preuves en aval du processus probatoire</i> .....                                | 71  |
| <i>α – Le non-respect d’une règle technique</i> .....   | 71  |
| <i>β – Le non-respect d’un principe général du droit de la preuve</i> .....                           | 72  |
| <b>B) La production forcée de pièces</b> .....  | 81  |
| 1° La production forcée de pièces ordonnée à la demande d’une partie .....                            | 81  |
| <i>a) Le principe de la réduction du doute</i> .....  | 81  |
| <i>b) Les limites de la réduction du doute</i> .....  | 84  |
| 2° La production forcée de pièces ordonnée d’office par le juge .....                                 | 88  |
| <b>§ II – Les règles sur les mesures d’instruction</b> .....  | 91  |
| <b>A) Le principe de la réduction du doute par les mesures d’instruction</b> .....                    | 91  |
| 1° La réduction du doute par les mesures d’instruction ordinaires .....                               | 91  |
| 2° La réduction du doute par les mesures d’instruction <i>in futurum</i> .....                        | 94  |
| <b>B) Les limites de la réduction du doute par les mesures d’instruction</b> .....                    | 97  |
| 1° Les limites intrinsèques à l’institution judiciaire.....   | 97  |
| <i>a) Les limites d’ordre juridique</i> .....   | 97  |
| <i>b) Les limites d’ordre économique</i> .....  | 106 |
| 2° Les limites extrinsèques à l’institution judiciaire .....  | 107 |
| <br>  |     |
| <b>SECTION II – LES RÈGLES RELATIVES À L’ADMINISTRATION EXTRA-JUDICIAIRE DE LA PREUVE</b> .....       | 110 |
| <b>§ I – Les règles sur l’expertise amiable</b> .....   | 110 |

|  |            |
|--|------------|
| § II – Les règles sur l’acte de procédure d’avocats .....                              | 112        |
| <br>   |            |
| CONCLUSION DU TITRE I .....  | 116        |
| <br>   |            |
| <b>Titre II – LE TRAITEMENT DU DOUTE PROBATOIRE .....</b>                              | <b>117</b> |
| <br>   |            |
| CHAPITRE I – LE FONDEMENT TECHNIQUE .....  | 118        |
| <b>SECTION I – LE TRAITEMENT CONSTANT EN PRÉSENCE D’INDICATIONS TEXTUELLES .....</b>   | <b>118</b> |
| § I – L’énonciation implicite de la solution à retenir .....                           | 118        |
| A) Le mécanisme de la charge de la preuve.....   | 118        |
| B) Le mécanisme de la charge de l’allégation vraisemblable.....                        | 120        |
| § II – L’énonciation explicite de la solution à retenir .....                          | 121        |
| <b>SECTION II – LE TRAITEMENT FLUCTUANT EN L’ABSENCE D’INDICATIONS TEXTUELLES.....</b> | <b>122</b> |
| § I – L’inexistence d’une solution de portée générale.....                             | 122        |
| A) L’attribution de la charge de la preuve au demandeur .....                          | 123        |
| 1° La reconnaissance d’un principe général contestable .....                           | 123        |
| a) La consécration du principe .....   | 123        |
| b) La critique du principe.....  | 124        |
| 2° L’adjonction de correcteurs imparfaits.....   | 126        |
| a) Le recours à des standards.....   | 126        |
| $\alpha$ – La présentation des standards.....  | 127        |
| $\beta$ – La critique des standards.....   | 128        |
| b) Le recours à une analyse procédurale.....   | 133        |
| $\alpha$ – La présentation de l’analyse procédurale .....                              | 133        |
| $\beta$ – La critique de l’analyse procédurale.....                                    | 136        |
| B) L’attribution de la charge de la preuve à la partie la plus apte à prouver .....    | 139        |
| 1° La formulation de la règle .....  | 139        |
| 2° La critique de la règle.....  | 140        |
| § II – L’existence d’une solution issue de l’interprétation des règles de droit .....  | 147        |
| A) Les travaux précurseurs de J. CHEVALIER.....  | 147        |
| B) Les travaux fondateurs de J.-Fr. CESARO.....  | 149        |

|  |            |
|--|------------|
| CHAPITRE II – LE FONDEMENT TÉLÉOLOGIQUE .....  | 154        |
| <b>SECTION I – LE TRAITEMENT DU DOUTE AU SERVICE D’UNE POLITIQUE SUBSTANTIELLE .....</b> | <b>154</b> |
| <b>§ I – La finalité protectrice du traitement du doute .....</b>                        | <b>154</b> |
| <b>A) La protection de personnes .....</b>   | <b>155</b> |
| 1° La protection légale de personnes.....  | 155        |
| 2° La protection judiciaire de personnes.....  | 156        |
| <b>B) La protection de valeurs .....</b>   | <b>160</b> |
| 1° La protection médiate de valeurs .....  | 160        |
| 2° La protection immédiate de valeurs .....  | 163        |
| <b>§ II – La finalité incitative du traitement du doute.....</b>                         | <b>164</b> |
| <b>A) L’incitation légale à adopter un comportement .....</b>                            | <b>165</b> |
| <b>B) L’incitation judiciaire à adopter un comportement .....</b>                        | <b>166</b> |
| <b>SECTION II – LE TRAITEMENT DU DOUTE AU SERVICE D’UNE POLITIQUE PROCESSUELLE .....</b> | <b>170</b> |
| <b>§ I – La finalité incitative du traitement du doute.....</b>                          | <b>170</b> |
| <b>§ II – La finalité correctrice du traitement du doute .....</b>                       | <b>173</b> |
| <br>   |            |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II .....</b>  | <b>179</b> |
| <b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE .....</b>  | <b>180</b> |
| <br>   |            |
| <b>DEUXIÈME PARTIE – LA GESTION CONVENTIONNELLE DU DOUTE PROBATOIRE.....</b>             | <b>181</b> |
| <br>   |            |
| <b>Titre I – L’ANTICIPATION DU DOUTE PROBATOIRE .....</b>                                | <b>182</b> |
| <br>   |            |
| CHAPITRE I – LA GESTION DIRECTE .....  | 183        |
| <b>SECTION I – LE PRINCIPE.....</b>  | <b>183</b> |
| <b>§ I – La gestion du doute autorisée .....</b>   | <b>183</b> |
| <b>§ II – La gestion du doute encadrée .....</b>   | <b>187</b> |
| <b>A) Le domaine des conventions sur la preuve .....</b>                                 | <b>188</b> |
| <b>B) L’objet des conventions sur la preuve .....</b>                                    | <b>191</b> |
| 1° Les limites spéciales.....  | 191        |
| 2° Les limites générales.....  | 194        |
| <b>SECTION II – LES MODALITÉS.....</b>   | <b>195</b> |

|   |     |
|---|-----|
| § I – La réduction du doute .....   | 195 |
| A) L'aménagement des règles sur l'objet de la preuve .....                                | 195 |
| B) L'aménagement des règles sur les modes de preuve .....                                 | 197 |
| § II – Le traitement du doute.....  | 204 |
| <br>  |     |
| CHAPITRE II – LA GESTION INDIRECTE.....   | 208 |
| SECTION I – LA GESTION INDIRECTE DU DOUTE SOUS UN ANGLE SUBSTANTIEL .....                 | 208 |
| § I – La réduction du doute .....   | 209 |
| A) Les clauses aux conséquences immédiates sur les droits et obligations des parties..... | 209 |
| 1° Les clauses relatives à l'inexécution du contrat.....                                  | 209 |
| a) Les clauses relatives à la résolution .....  | 210 |
| b) Les clauses relatives à la responsabilité .....  | 212 |
| $\alpha$ – Les clauses relatives aux conditions de la responsabilité.....                 | 212 |
| $\beta$ – Les clauses relatives aux effets de la responsabilité.....                      | 215 |
| 2° Les clauses relatives à l'interprétation du contrat.....                               | 219 |
| B) Les clauses aux conséquences médiatees sur les droits et obligations des parties ..... | 223 |
| § II – Le traitement du doute.....  | 227 |
| SECTION II – LA GESTION INDIRECTE DU DOUTE SOUS UN ANGLE PROCESSUEL .....                 | 231 |
| § I – Les clauses prévoyant l'aide d'un tiers actif .....                                 | 232 |
| A) Les clauses de conciliation .....  | 232 |
| B) Les clauses de mini-trial .....  | 235 |
| § I – Les clauses prévoyant l'aide d'un tiers passif .....                                | 236 |
| <br>  |     |
| CONCLUSION DU TITRE I .....   | 239 |
| <br>  |     |
| Titre II – L'INTANGIBILITÉ DU DOUTE PROBATOIRE .....                                      | 240 |
| <br>  |     |
| CHAPITRE I – LES LIMITES SUBSTANTIELLES.....  | 241 |
| SECTION I – LES RÈGLES DU DROIT COMMUN DES CONTRATS .....                                 | 241 |
| § I – Les règles relatives à la formation du contrat.....                                 | 242 |
| A) Les règles propres au contrat .....  | 242 |
| 1° Le contrôle de la licéité du contrat .....   | 242 |

|   |     |
|---|-----|
| 2° Le contrôle de l'équilibre du contrat .....  | 244 |
| <i>a) L'éradication des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur</i> .....                    | 244 |
| <i>b) L'éradication des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties</i> ..... | 247 |
| <b>B) Les règles propres aux contractants</b> .....   | 249 |
| <b>§ II – Les règles relatives à l'exécution du contrat</b> .....   | 250 |
| <b>SECTION II – LES RÈGLES DU DROIT SPÉCIAL DES CONTRATS</b> .....  | 251 |
| <b>§ I – Le droit des contrats spéciaux</b> .....   | 252 |
| <b>A) Les clauses relatives à la résolution</b> .....   | 252 |
| <b>B) Les clauses relatives à la responsabilité</b> .....   | 255 |
| 1° Les clauses pénales .....  | 255 |
| <i>a) L'exemple du contrat de travail</i> .....   | 255 |
| <i>b) L'exemple du contrat de bail d'habitation</i> .....   | 258 |
| 2° Les clauses limitatives de réparation .....  | 259 |
| <i>a) L'exemple du contrat de construction</i> .....  | 259 |
| <i>b) L'exemple du contrat de dépôt hôtelier</i> .....  | 260 |
| <b>§ II – Le droit de la consommation</b> .....   | 260 |
| <b>A) La déclaration d'une clause abusive</b> .....   | 261 |
| 1° Les clauses irréfragablement présumées abusives .....  | 261 |
| 2° Les clauses simplement présumées abusives .....  | 265 |
| <b>B) La reconnaissance d'une clause abusive</b> .....  | 268 |
| <br>  |     |
| <b>CHAPITRE II – LES LIMITES PROCESSUELLES</b> .....  | 271 |
| <b>SECTION I – L'OFFICE DU JUGE</b> .....   | 271 |
| <b>§ I – Le pouvoir du juge d'apprécier les preuves</b> .....   | 271 |
| <b>§ II – Le pouvoir du juge de rendre la justice</b> .....   | 275 |
| <b>SECTION II – LES GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE</b> .....   | 279 |
| <b>§ I – Le droit à une bonne justice</b> .....   | 279 |
| <b>§ II – Le droit au juge</b> .....  | 281 |
| <br>  |     |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II</b> .....   | 284 |
| <b>CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE</b> .....   | 285 |

**CONCLUSION GÉNÉRALE** ..... 286

## **Titre et résumé de la thèse en français**

### **LE DOUTE PROBATOIRE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**

Le doute est un état d'incertitude de l'esprit ; il est omniprésent en matière probatoire. En effet, l'objet de la preuve, les modes de preuve et leur force probante le véhiculent infailliblement.

De surcroît, le doute est néfaste pour le juge et les parties ; l'un est soucieux de rendre au mieux la justice, les autres désireuses d'anticiper l'issue du procès. Ainsi, le doute doit constituer une situation résiduelle ; il doit rester subsidiaire. Or, à la réflexion, le doute est géré par le législateur et le juge.

D'une part, il est réduit par plusieurs mécanismes : d'aucuns ont trait à l'objet de la preuve ainsi qu'aux modes de preuve et à leur force probante, tandis que d'autres ont trait à l'administration judiciaire ou extra-judiciaire de la preuve.

D'autre part, lorsqu'il persiste à l'issue de l'examen des preuves, il est traité. Le juge détermine celle des parties qui doit perdre le procès, en se référant au choix du législateur ou en se livrant à l'interprétation de la règle de droit applicable au litige. Le traitement du doute sous-tend alors une politique juridique substantielle et processuelle.

Toutefois, la gestion du doute organisée par le législateur et le juge peut paraître insatisfaisante pour les parties. Aussi, en matière contractuelle, les parties peuvent-elles gérer le doute à l'aide du contrat. Plus précisément, elles peuvent organiser sa réduction et son traitement, voire son appréciation, en recourant à des clauses qui ont des effets directs ou indirects sur la preuve.

Malheureusement, la gestion du doute organisée par les parties n'est en aucun cas absolue. Elle se heurte aux limites tenant à la preuve et au contrat.

#### **Mots-clés**

1 – Droit des contrats

5 – Clauses

2 – Procédure civile

6 – Juge

3 – Preuve

7 – Risque

4 – Doute

8 – Charge de la preuve

## **Titre et résumé de la thèse en anglais**

### **DOUBT BOUND UP WITHIN EVIDENCE THROUGH CONTRACT LAW**

Doubt is a state of uncertainty of the mind ; it is omnipresent in legal proceedings. Indeed, doubt is carried on flawlessly by together the point to substantiate, the available means used by the opposite sides and the relevant argumentation intended to convince the judge.

More, doubt is detrimental to the judge and the different sides ; one is worried to at least serve justice, while the others are expecting the judge's decision. Hence, doubt must be a remaining inference ; it must be subsidiary. Well, at deliberation, doubt is managed by the legislator and the judge.

On the one hand, it is lessened by several mechanisms which refer to the point to substantiate, the available means and relevant argumentation of evidence, when some are attributable to administrative or extra administrative law handling with evidence.

Moreover, if doubt remains up on examination, then it is under consideration. The judge decides which side loses the procedure agreeing the choice of the legislator or else he thoroughly expounds fundamental principles referring the law. So the judge and the legislator both consider doubt focusing precised and different featured purposes.

However, the opposite sides may be offended by the legislator's and judge's decision. This is the reason why opposite sides can handle doubt within contract law. More specifically, they can lessen it, manage it even judge it, using clauses involving direct or indirect impact upon the evidence.

Far from absolute nevertheless the handling of doubt by both sides embraces bounds of evidence and contract.

#### **Mots-clés**

1 – Contract law

5 – Clauses

2 – Processual law

6 – Judge

3 – Evidence

7 – Risk

4 – Doubt

8 – Burden of proof