

CORRIGÉ

La technique contractuelle est l'instrument juridique nécessaire aux échanges économiques, financiers, sociaux. De l'économie du troc mise en œuvre par le contrat d'échange, à l'économie de marché, aujourd'hui globalisée ou mondialisée selon les analyses parfois contrastées des observateurs ayant recours à d'habiles montages juridiques instrumentalisant les techniques monétaires, chacun peut constater que les conventions conclues entre les acteurs de l'économie, de l'humble commerçant exploitant individuellement son fonds de commerce, au grand groupe international, constituent une réalité incontournable.

Il est, dès lors, fondamental que des règles juridiques précises et rigoureuses imposent des modalités dont la violation sera sanctionnée afin de garantir aux opérations et à ceux qui les initient une sécurité suffisante. Le droit doit assurer un équilibre, parfois difficile à établir, entre liberté et sécurité, dans la mesure rationnelle de « l'utile et du juste ». En matière contractuelle il est non seulement nécessaire d'établir des conditions strictes de validité à la formation des contrats, et au-delà d'assurer la bonne exécution des contrats par le respect de la « parole donnée », mais il convient surtout d'établir une règle du jeu cohérente en matière de preuve dans la sphère contractuelle. En effet, en cas de difficultés entre les contractants, le litige est souvent une réalité, et l'issue du procès, si elle dépend bien sûr de la qualité des arguments justifiant la situation et les prétentions des protagonistes, sera souvent dictée par la qualité, la pertinence des moyens de preuve fournis par le demandeur et le défendeur qui s'affrontent. Or, la liberté n'est pas, en matière de techniques probatoires comme dans beaucoup d'autres, absolue : en effet les modes de preuves utilisables sont quelquefois limités selon l'enjeu du litige et la qualité des parties, et certaines preuves seront, bien entendu, refusées purement et simplement, notamment lorsqu'elles ont été obtenues par fraude, ou de manière illicite (enregistrement « pirate » d'une conversation téléphonique, par exemple).

La question de la preuve n'est pas un particularisme de la sphère contractuelle, mais les règles applicables dans ce domaine sont soumises à une logique spécifique parfaitement cohérente. En effet, le contrat est défini par les dispositions de l'article 1101 du Code civil. Il ressort de ce texte, que par nature le contrat est une convention, un accord de volonté entre

plusieurs personnes physiques ou morales, par laquelle une ou plusieurs obligations seront créées, à la charge de l'une ou l'autres parties, lorsque le contrat est unilatéral, ou réciproquement à la charge des cocontractants, lorsque le contrat est synallagmatique. Quelle que soit la typologie à laquelle le contrat appartient il révèle sa nature juridique essentielle : c'est un acte juridique, puisque la volonté détermine le choix des partenaires, le contenu ou objet du contrat, et des obligations les modalités de formation et d'exécution. La liberté contractuelle joue évidemment un rôle essentiel, non seulement dans la création de l'obligation, mais aussi quant aux effets attendus par les partenaires contractuelles, que ce soit au titre de leurs créances ou de leurs dettes. L'acte juridique se singularise donc bien, du fait juridique défini par l'article 1170 du Code civil, car si le fait, peut comme l'acte juridique, avoir été volontairement causé, il peut déjà être également causé de manière involontaire (par imprudence, par exemple, cf. : article 1383 du Code civil) ; en outre, dans tous les cas, à la différence de l'acte dont les conséquences ont été recherchées par ses auteurs, il convient de souligner que c'est la loi, *lato sensu*, et elle seule, qui impose les effets attachés au comportement de l'auteur et non pas la « bonne volonté » de ce dernier... (cf. article 1371 du Code civil pour les quasi-contrats, ou article 1382 pour les délits civils, etc...).

En matière d'acte juridique, en général, et de contrat, en particulier, les contractants ont des attentes qu'ils expriment sous la forme des obligations qu'ils ont offertes et acceptées en toute connaissance de cause, par le truchement d'un consentement non vicié, avec la capacité contractuelle requise. Précisément, contracter c'est prévoir, et par précaution élémentaire, celui qui contracte ne doit pas avoir la naïveté de penser que l'exécution du contrat soit un « long fleuve tranquille » : nul n'est en effet à l'abri du risque de la mauvaise exécution du débiteur, que celui soit, d'ailleurs, animé ou non de mauvaise foi. Il faut donc pour limiter les risques, nécessairement anticiper sur la possibilité d'un litige, et, par voie de conséquence préconstituer, dans la mesure du possible la meilleure preuve possible pour garantir au mieux ses intérêts. Le mode privilégié pour préconstituer une preuve est naturellement la rédaction d'un écrit « *ad probationem* », mais celui-ci n'est pas systématiquement exigé, et sa forme même a singulièrement évolué avec la loi du 13 mars 2000 pour garantir une meilleure adaptation du droit de la preuve aux techniques du « e-commerce », aux contraintes liées au développement du commerce électronique et des contrats conclus par le truchement d'Internet.

La preuve des contrats dépend donc, avant tout, de la vigilance des contractants, de leur « professionnalisme » pour tout dire. Le juge sera ensuite, dans le respect de la procédure, civile, ou commerciale, amené à mesurer la pertinence des éléments de preuve fournis à l'appui de la cause, tant en matière de contentieux relatifs à la formation d'un contrat, qu'en matière d'exécution des obligations contractuelles. En matière contractuelle, la procédure est de nature essentiellement accusatoire et non pas inquisitoire comme l'est assez fréquemment en matière pénale. Dès lors, il conviendra, dans une première partie de relever les principes applicables (I), avant d'étudier les tempéraments et aménagements au principe (II).

I – LES PRINCIPES APPLICABLES

Le système mis en place par le droit français accorde quelquefois en matière probatoire, une liberté importante aux contractants (A), mais impose parfois aussi un système contraignant (B).

A. UNE LIBERTÉ DE PREUVE ?

En ce qui concerne le choix des techniques de preuve, les situations sont très différentes selon la qualité des contractants.

Ainsi, en matière d'actes de commerce (articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce), conclus entre des commerçants (L. 121-1 du Code de commerce), la preuve de l'existence même du contrat, et au-delà de son « contenu » est libre par tout moyen de preuve comme le rappelle l'article L. 110-3 du Code de commerce. « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

Une singularité mérite d'être soulignée dans ce contexte strictement commercial : les commerçants sont tenus par la loi d'établir des documents comptables selon des règles très formelles et précises (articles L. 123-12 du Code de commerce et suivants), dès lors l'article L. 123-23 du Code de commerce dispose que « La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. Si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit. ». On constate que des documents comptables régulièrement tenus peuvent être utilisés comme modes de preuves par ceux même qui les ont établis, ce qui est une exception au principe selon lequel on ne peut pas établir soi-même, ses propres preuves.

Pour les actes mixtes, c'est-à-dire les contrats conclus, d'un côté, par un particulier, et de l'autre, par un commerçant, on prend en considération la qualité du défendeur au procès. Si le défendeur est le commerçant, son adversaire, simple particulier, pourra utiliser tout mode de preuve contre lui. Au contraire, si le défendeur est le simple particulier, le demandeur commerçant ne pourra utiliser contre lui que les modes de preuve admis selon le droit civil ; il faudra alors distinguer selon le montant de l'opération en cause, dans le respect des dispositions de l'article 1341 du Code civil.

Seuls les contrats civils, c'est-à-dire ceux conclus entre particuliers, les plus courants et sans véritables enjeux financiers significatifs peuvent être prouvés par tous les moyens de preuve licite, la preuve littérale s'imposera au contraire dès lors qu'un seuil financier aura été franchi.

B. UN SYSTÈME CONTRAIGNANT ?

En matière civile, une règle traditionnelle s'impose donc en vertu des dispositions de l'article 1341 du Code civil : on constate que les « actes civils » d'un montant supérieur à 1 500 euros, doivent être prouvés par un « écrit » préconstitué soit en la forme authentique, soit en la forme « d'actes sous seing privé ». Cette preuve littérale est alors strictement imposée, les deux formes d'écrits précitées constituent des modes de preuve recevables sauf lorsque la loi impose par exemple un écrit d'une certaine nature, par exemple un acte notarié. L'avantage de l'acte authentique sur l'acte sous seing privé est qu'il a date certaine, formalité fiscale de l'enregistrement oblige, mais cela a naturellement un coût et demande l'intervention d'un professionnel disponible. L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux ; il faudra donc à celui qui prétend que l'officier public ou ministériel a rédigé un faux en écriture d'initier une procédure pénale, pouvant aboutir à la condamnation du rédacteur de l'acte pour crime, ce qui est heureusement exceptionnel !

Les éléments établis par cet écrit, ne peuvent être contestés que par un autre écrit et non par une simple preuve testimoniale. En matière de contrats civils il faudra donc porter attention au montant concerné par le litige est-il supérieur, ou non, à 1 500 €, depuis l'évolution imposée à partir du mois de janvier 2005, etc... Alors même que l'écrit préconstitué est parfois imposé il est considéré comme un mode de « preuve parfait », qui l'emporte sur les modes de preuve « imparfaits », et doit dès lors emporter la conviction du juge.

Le terme preuve par « écrit » à longtemps renvoyé de manière exclusive au document matérialisé par un papier manuscrit, imprimé etc... Il faut désormais se résoudre à écarter toute assimilation trop réductrice dans la mesure où la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 emporte la modification de plusieurs articles du code civil du point de vue de la preuve par écrit dite « preuve littérale » et consacre une nouvelle « forme » d'écrit : l'écrit sur support électronique. Le poids grandissant de la « nouvelle économie » a donc récemment justifié une réforme du droit de la preuve, après que celui-ci ait déjà singulièrement évolué avec la loi du 12 juillet 1980. Ainsi, l'article 1316 du Code civil dispose désormais que : « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Désormais, compte tenu des dispositions des articles 1316-1 et suivants du Code civil dans la version qui résulte de la loi du 13 mars 2000, l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier (article 1316-3 du Code civil).

Dans un premier temps seul l'acte sous seing privé a été concerné (décret du 30 mars 2001), mais deux décrets du 10 août 2005 ont imposé la même évolution en matière d'acte authentique (cf. : article 1317 du Code civil), pour les actes notariés, d'une part, et ceux établis par les huissiers de justice, d'autre part, dans le respect de certaines conditions matérielles destinées à assurer la pleine sécurité du procédé, en matière de diffusion, reproduction, conservation et archivage, etc... L'article 1316-4 du Code civil dispose quant à lui que « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose ». Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère, en outre, l'authenticité de l'acte. La signature a donc deux fonctions principales : elle permet d'identifier l'auteur, elle a alors un rôle « probatoire », mais elle permet aussi et surtout d'exprimer sa volonté de s'engager, son consentement au projet contractuel. La signature peut comme les autres éléments du contrat être contestés par son auteur supposé ou par son partenaire...

La loi du 21 juin 2004, relative à la confiance dans l'économie numérique, et l'ordonnance du 16 juin 2005 ont renforcé le rôle de l'écrit sur support électronique puisque les articles 1369-1 à 1369-11 du Code civil aboutissent à formaliser l'expression du consentement, de la rencontre des volontés sur des supports également dématérialisés.

L'article 1326 du Code civil dispose quant à lui que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ». On relèvera que cette somme peut être écrite sur un support papier ou électronique.

II – TEMPÉRMENTS ET AMÉNAGEMENTS AUX PRINCIPES

Alors même que les principes dégagés en première partie constituent des règles fondamentales, on notera d'abord qu'il existe quelques alternatives limitées à la preuve littérale (A) et ensuite le rôle du juge et des présomptions (B).

À défaut d'écrit préconstitué la victime peut tenter, à ses risques et périls, de déférer serment à son adversaire (serment décisoire, article 1358 et s, du Code civil), ou atteindre, avec un espoir souvent déçu, l'aveu fait devant le juge par son adversaire (aveu judiciaire, article 1356 du Code civil). Ces deux techniques sont également des modes de preuve parfaits, et imposent donc « leur vérité » au juge, mais ces techniques demeurent d'un usage plutôt limité en matière contractuelle.

A. DES ALTERNATIVES LIMITÉES À LA PREUVE LITTÉRALE

À titre exceptionnel, à défaut d'écrit préconstitué la victime peut d'abord tenter, mais réellement « à ses risques et périls », de déférer serment à son adversaire (serment décisoire, article 1358 et s, du Code civil). La technique du serment décisoire, mode de preuve « parfait », comporte un risque majeur pour celui qui l'utilise, puisque la personne à laquelle le serment a été déféré peut évidemment mentir, et malgré tout la déclaration effectuée sous serment emportera nécessairement la conviction du juge, au moins dans un premier temps, car il resterait à celui qui a déféré le serment, la possibilité de tenter de prouver, mais seulement dans un second temps, qu'il y eu « faux serment », ce qui peut naturellement être prouvé au pénal, mais cela reste très aléatoire et en tout état de cause assez difficile et lent à établir...

Le demandeur dépourvu d'écrit préconstitué lorsque celui-ci est obligatoire peut aussi attendre, avec un espoir souvent déçu, « l'aveu » fait devant le juge par son adversaire (aveu judiciaire, article 1356 du Code civil). Mais, là encore, il faut relever que les aveux sont plus fréquents en matière pénale, qu'en matière contractuelle. L'aveu judiciaire est un mode de preuve parfait, et s'impose donc au juge.

De manière plus fréquente, un aménagement au principe de la preuve préconstituée par écrit en matière d'actes civils supérieurs à 1 500 €, se fonde sur les dispositions de l'article 1347 du Code civil. Ce texte met en valeur la notion de commencement de preuve par écrit, résultant d'une prise de position univoque du défendeur, soit par un document établi par écrit par le défendeur (lettre ou missive ayant un contenu significatif), soit par des déclarations faites par une personne lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution. Il faut surtout relever ici, que le commencement de preuve ne constitue pas une preuve par lui-même, mais un simple « adminicule », autorisant, en cas d'admission par le juge comme tel, l'utilisation de modes de preuve imparfaits, et en particulier alors la preuve par témoins qui normalement, sans cet adminicule n'aurait pas pu être prise en compte. Là encore les résultats dépendront étroitement de la conviction du juge.

Enfin, il faut tenir compte des dispositions de l'article 1348 du Code civil. Cet article prévoit en son premier alinéa, des hypothèses dans lesquelles il pourra y avoir utilisation de modes de preuve imparfaits là où normalement un écrit probatoire était imposé : perte de l'original à la suite d'un cas de force majeure, impossibilité matérielle de rapporter la preuve par écrit, impossibilité morale de dresser un écrit...

L'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil, prévoit que la copie de l'acte sous seing privé, à la double condition d'être à la fois fidèle à l'original, et durable, peut être prise en compte par le juge comme mode de preuve imparfait; elle n'a donc pas la même force probante que l'original. Des photocopies peuvent parfois remplir ces conditions et servir de preuves imparfaites (Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000). Les copies d'actes sous seing privé ne remplacent donc jamais l'écrit original, et n'ont pas la force probante « littérale » de l'original, mais seront souverainement appréciées, quant à leur force probante, par le juge auquel elles auront été présentées. La C.E.D.H. a relevé, dans un arrêt du 13 juin 2000, en outre, que les documents photocopiés doivent être soumis à un examen attentif avant d'être accepté comme une copie authentique d'un original, d'autant qu'il existe des moyens technologiques modernes pouvant être employés pour contrefaire des documents et les altérer. Les copies d'actes authentiques ou expéditions établies par les officiers ministériels chargés de les rédiger, ont dans les conditions des décrets précités du 10 août 2005 la même force probante que l'original.

B. LE RÔLE DU JUGE ET LES PRÉSOMPTIONS

Quelle que soit la pertinence des arguments présentés par les protagonistes d'un litige, il faut non seulement souligner le rôle essentiel de la preuve mais aussi celui du juge qui devra en apprécier la pertinence...

Ainsi, l'article 1316-2 du Code civil dispose que « lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ». On constate donc, que même les écrits peuvent entrer en contradiction les uns avec les autres, et que dans cette hypothèse, le dernier mot appartient au juge, selon la conviction qu'il aura des éléments de preuve fournis par les protagonistes.

Il convient de rappeler enfin, que dans la perspective d'un litige, la charge de la preuve incombe, prioritairement au demandeur, selon les dispositions de l'article 1315 du Code civil. « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». L'alinéa 2 de l'article précité rajoute que: « Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». On retrouve donc, dans le Code civil, la règle « *Actor incumbit probatio* » déjà en vigueur à Rome. Il appartient donc, sous réserve de quelques hypothèses particulières, au demandeur d'assumer à titre principal, le fardeau de la charge de la preuve, et au défendeur de tenter de prouver le contraire de ce dont argue le demandeur, contre lui, dans le cadre du litige qui les oppose.

En principe, comme nous l'avons déjà précédemment noté, nul ne peut se constituer une preuve à lui-même. Toutefois, la Cour de cassation a récemment admis qu'une compagnie aérienne pouvait se servir de ses propres listings informatisés pour établir la preuve du retard à l'enregistrement de passagers.

S'il appartient, comme nous venons de le rappeler, au demandeur d'assumer le fardeau de la charge de la preuve, la règle peut néanmoins être écartée ou aménagée en présence de présomptions.

Les présomptions sont, selon les dispositions de l'article 1349 du Code civil, des conséquences, que la loi, ou le magistrat, tire d'un fait connu à un fait inconnu. Les présomptions,

quelle que soit leur source aboutissement à un « renversement de la charge de la preuve », et cela bénéficie naturellement à celui sur lequel pèse le fardeau de la charge probatoire...

Il existe précisément deux types de présomptions quant aux sources à partir desquelles elles peuvent être établies. On distingue, d'une part, les présomptions légales et, d'autre part, les présomptions mises en place par le juge lui-même, appelées présomptions du « fait de l'homme ».

En matière contractuelle, les présomptions légales permettent parfois à travers, par exemple, le concept d'obligation de résultat de présumer que si le résultat promis par le débiteur n'a pas, en réalité été obtenu par le créancier, c'est *a priori*, en raison d'un manquement contractuel fautif du débiteur: l'avantage est alors évident pour le créancier contraint de demander l'exécution par équivalent du contrat, au lieu d'être tenu de prouver la faute du débiteur, ce sera au contraire au débiteur de prouver qu'il n'a pas commis véritablement de faute, et qu'il a été empêché d'exécuter correctement le contrat par un élément extérieur à sa volonté...

Les présomptions mises en place par le juge lui-même se fondront sur le croisement d'indices tirés de déclarations, d'expertises, de constats, regroupés ensuite en faisceaux par le juge pour aboutir à une « vérité contractuelle » probable mais pas certaine. Les présomptions qu'elles soient légales ou établies par le juge reposent donc sur un mécanisme de fiction juridique.

Les présomptions légales peuvent être simples, c'est-à-dire susceptibles de preuve contraire, ou irréfragables, c'est à dire insusceptibles d'être renversées par un moyen de preuve contraire. En revanche, les présomptions dites « du fait de l'homme », sont toujours « simples », elles peuvent être combattues par celui qui les conteste par tous moyens, au besoin devant une juridiction supérieure par l'exercice d'une voie de recours.

Enfin, on rappelait en conclusion, que des ambiguïtés jurisprudentielles subsistent à propos de la problématique de la preuve dans la sphère contractuelle. Par exemple, en matière de paiement, élément essentiel du contrat puisqu'il est, synonyme en droit d'exécution des obligations une controverse oppose la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation qui a encore très récemment rappelé que le paiement s'analysait comme un fait juridique, et pouvait dès lors être prouvé par tous moyens, alors que pour la chambre sociale de la Cour de cassation les règles de preuve applicables aux actes juridiques doivent impérativement être respectées en matière de paiement.

On constate donc qu'il existe des zones d'ombre, un peu paradoxales, dans un domaine aussi essentiel pour la sécurité juridique que celle des techniques probatoires dans la sphère contractuelle.