

Charge de la preuve et présomptions légales¹

L'art de clarifier sans innover

La charge de la preuve et les présomptions légales sont les parents pauvres de la réforme du droit des obligations. AU sein du projet d'ordonnance, il est plus question de clarification et de réorganisation que d'une véritable innovation. L'étude des dispositions du projet d'ordonnance révèle la nécessité d'une réforme globale du droit de la preuve dépassant les frontières trop étroites du seul droit des obligations.

Par **Mustapha Mekki**, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, Directeur de l'IRDA

Un simple toilettage. – La charge de la preuve et les présomptions sont les parents pauvres du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations². Quatre articles seulement se rapportent à ces questions. Sur ce sujet, le projet opère plus un toilettage qu'une véritable réforme.

Un projet peu innovant. – Pour le législateur, la charge de la preuve et les présomptions ne semblent pas être une priorité. Les propositions faites par l'ordonnance sont à peu près identiques au projet de la Chancellerie du 23 octobre 2013 dévoilé par *Les Échos*. Seul le texte sur les présomptions légales (art. 266) a été reformulé mais le fond reste intact. Le projet d'ordonnance propose soit de recopier d'anciens articles, soit d'en rationaliser et d'en clarifier d'autres en remaniant notamment les articles 1349, 1350 et 1352 du Code civil. La seule nouveauté, à vrai dire, est l'article 1357 posant une validité de principe des « contrats » relatifs à la preuve dans les limites prévues au deuxième alinéa. Le projet d'ordonnance est à peu près sur le même ton que l'avant-projet « P. Catala » et moins ambitieux que l'avant-projet « Fr. Terré »³.

Charge de la preuve, présomptions légales, « contrat sur la preuve » et renvoi au Code de procédure civile. – Le projet d'ordonnance organise le droit de la preuve des obligations en trois sections : I. « *Dispositions générales* » ; II. « *L'admissibilité des modes de preuve* » ; III. « *Les différents modes de preuve* ». Seule la première comporte des dispositions relatives à la « *charge de la preuve* » et aux « *présomptions légales* ».

L'article 1354 du projet, qui constitue un copié-collé de l'article 1315 du Code civil, dispose que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver (al. 1^{er}). Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (al. 2)* ». L'article 1355 tente de définir la présomption légale et les différents types de présomption : « *La présomption légale qu'une loi spéciale attache à certains actes ou à certains faits dispense de preuve celui au profit duquel elle existe (al. 1^{er}). La présomption*

¹ Cette étude n'a pas la forme d'un article classique. L'objectif est de mettre en exergue le contenu du projet d'ordonnance, le sens des dispositions et les améliorations possibles des textes, pour répondre à la consultation/concertation lancée par le ministère de la Justice.

² Pour un ensemble de propositions originales, v. E. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, D. 2014, p. 617 et s.

³ Sur ce point, Ph. Stoffel-Munck, in Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Doc. fr., 2005, p. 61 et s., spécialement p. 61 : « *Sur le fond, le projet de réforme se borne donc à transposer l'acquis jurisprudentiel pour compléter le corps actuel des principes légaux ou à apporter quelques précisions mineures inédites* ».

simple peut être renversée par tout moyen de preuve ; la présomption mixte, par le seul moyen particulier permis par la loi, ou sur le seul objet visé par elle ; la présomption irréfragable, par l'aveu judiciaire ou le serment décisive (al. 2) ». L'article 1357 pose le principe et les limites des « contrats » relatifs à la preuve : ils « sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition (al. 1^{er}). Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures (al. 2) »⁴. Enfin, l'article 1358 renvoie pour compléter cet arsenal au Code de procédure civile : « L'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le Code de procédure civile »⁵.

Par le texte mais au-delà du texte. – Pour apprécier au mieux les propositions faites au sein du projet, il semble opportun de procéder en deux temps. Le premier temps de la réflexion, plus rétrospectif, doit servir à exposer et à expliquer les dispositions figurant au sein du projet. Le second temps de la réflexion, plus prospectif, doit permettre de proposer des rectifications ou compléments. En d'autres termes, il convient d'analyser ce qui est dit en passant par les textes du projet d'ordonnance (I) et de formaliser ce qui pourrait être dit, en allant au-delà des textes du projet d'ordonnance (II).

I – Par les textes du projet d'ordonnance

L'analyse des textes suppose de s'intéresser à la fois à la forme et au fond.

A – La forme

La preuve cantonnée au droit des obligations. – Au sein du Code civil de 1804, le droit de la preuve est relégué à la fin du titre relatif aux contrats et aux obligations conventionnelles au sein d'un chapitre VI⁶. Le projet d'ordonnance a fait le choix de cantonner la réforme du droit de la preuve au seul droit des obligations⁷. Le titre IV *bis* est en effet intitulé « *De la preuve des obligations* ». Certes, l'article 1358 du projet renvoie l'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent au Code de procédure civile mais il aurait été bienvenu que le législateur envisage une réforme de plus grande ampleur⁸. La preuve est le dénominateur commun à l'ensemble des branches du droit. La preuve est l'épine dorsale des droits subjectifs. Son intérêt pratique est connu de tous : « *Idem est non esse et non probari* »⁹, ne pas prouver et ne pas exister, c'est la même chose. « *Sans preuve, le droit est comme désarmé* »¹⁰. Certes, ce titre IV *bis* débute par une section 1 intitulée « *Dispositions*

⁴ Pour une étude d'ensemble des conventions relatives à la preuve, v. *infra*, A. Aynès, Conventions sur la preuve : validité limitée, v. ce n°, Dr. & patr. 2015, n° 250, p. **XX [nous compléterons]**.

⁵ Ne sera pas étudié l'article 1356 du projet sur l'autorité de chose jugée qui est la réplique exacte de l'article 1351 du Code civil et dont l'analyse relève davantage des spécialistes de procédure civile.

⁶ Cette organisation serait inspirée de Pothier, v. en ce sens, E. Bonnier, Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, Auguste Durand, 2^e éd., 1852, p. 3.

⁷ Comp. avec l'avant-projet « Terré » qui propose un nouveau titre consacré à « *La preuve* », art. 140 et s. (Fr. Terré [dir.], Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, p. 316 et s.).

⁸ Même renvoi appréciable dans l'article 1290 de l'avant-projet « Catala ».

⁹ H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, Litec, n° 152.

¹⁰ J.-B. Césaro, Vérité et renouement, *in* La preuve, Rapp. C. cass. 2012, Doc. fr., 2013, Avant-propos.

générales », qui héberge en quelque sorte les principes généraux du droit de la preuve appliqués au droit des obligations. Cela reste cependant insuffisant.

La preuve au-delà du seul droit des obligations. – *A minima*, sans reconstruire un droit de la preuve qui relève de chaque procédure (civile, pénale, administrative), il aurait été envisageable d'intégrer des dispositions générales au sein de l'actuel Titre préliminaire du Code civil. Ces dispositions auraient côtoyé l'article 10 qui dispose que : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* (al. 1^{er}) »¹¹. On aurait ainsi répondu de manière positive à la demande de ces auteurs qui, dès le milieu du XX^e siècle, souhaitaient rectifier un « *vice de méthode* »¹². C'est dans cet esprit que les rédacteurs de l'avant-projet « P. Catala » avaient affirmé que : « *La théorie générale des preuves gouverne l'ensemble du droit privé. Elle aurait sa place naturelle dans le Titre préliminaire du Code civil, solution actuellement hors de portée* ». Sans autre explication, ils ajoutent que : « *Le titre "Des obligations" mérite d'en accueillir une bonne partie, d'abord en raison de la généralité inhérente à la matière (sous laquelle se profile le droit commun de l'acte juridique et du fait juridique) et aussi pour ne pas bouleverser le travail des praticiens, préoccupation essentielle. Au demeurant, beaucoup de règles particulières de preuve sont énoncées dans le code avec la matière qu'elles concernent (filiation, régime matrimoniaux, possession, etc.). Le mieux, en l'état, serait l'ennemi du bien. Un esprit pragmatique domine toute la matière* »¹³. Par conséquent, l'avant-projet « P. Catala » propose plus modestement une section sur les « *Dispositions générales* » (art. 1283 à 1290).

Le projet d'ordonnance aurait pu pourtant prendre modèle sur d'autres systèmes juridiques appartenant à la même famille juridique. Que l'on songe au Code civil québécois au sein duquel il existe un Livre septième entièrement consacré au droit de la preuve (C. civ. québécois, art. 2803 à 2874). Le projet « Terré » avait cette ambition puisqu'il proposait d'extraire le droit de la preuve du seul droit des obligations¹⁴.

Les classifications. – Entre la forme et le fond, il faut évoquer également la *summa divisio* choisie par le projet. La section 2 est consacrée à l'admissibilité des modes de preuve et la section 3 aux « *différents modes de preuve* ». On peut approuver le projet qui a fait le choix de ne pas s'appuyer sur la trilogie classique « objet, charge et modes de preuve ». Les frontières entre ces trois questions sont poreuses et il est opportun de ne pas en faire la colonne vertébrale du droit de la preuve. En revanche, il aurait été utile de rappeler à grands traits les principes qui régissent les questions généralement rattachées à l'objet de la preuve telles que la preuve des faits et non du droit, le cas particulier de la loi étrangère, les faits impossibles et les faits pertinents¹⁵...

La place de certaines dispositions. – Le projet d'ordonnance a déplacé les dispositions relatives aux présomptions légales pour les intégrer dans la section relative aux dispositions

¹¹ En faveur d'une refonte totale, v. également E. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, précité.

¹² M. Planiol, Traité de droit civil, t. I, par G. Ripert et J. Boulanger, LGDJ, 1956, n° 710.

¹³ V. Avant-projet Catala, p. 124.

¹⁴ V. Magnier, La preuve, in Fr. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, précité, p. 316 et s., spécialement p. 316 : « *Au sujet de la preuve, le maintien de son régime au sein des questions contractuelles est apparu restrictif et il est proposé de l'extraire du titre relatif aux obligations. Non sans en avoir longuement débattu, le groupe propose toutefois une solution moins radicale que la généralité de la matière ne l'exigerait, consistant à inscrire les dispositions s'y rapportant dans un titre préliminaire du Code civil* ».

¹⁵ V. *infra*.

générales. Elles ne sont plus noyées au milieu des autres dispositions relatives aux modes de preuve. Ce déplacement est appréciable. Au sein du Code civil actuel, les présomptions établies par la loi figurent au sein d'une section 3 « *Des présomptions* » et sont précédées d'une section 2 sur « *La preuve testimoniale* » et succédées d'une section 4 sur « *L'aveu de la partie* ». Cette section 3 est composée d'un premier paragraphe consacré aux « *présomptions établies par la loi* » et d'un second paragraphe sur les « *présomptions qui ne sont point établies par la loi* ». La confusion est entière. En effet, la place de cette section et sa composition laissent entendre que les présomptions légales sont des modes de preuve. L'avant-projet « Terré » de réforme du droit des contrats est également en ce sens, en intégrant les présomptions dans une section 6 entre la preuve testimoniale et l'aveu et le serment et en renvoyant aux articles 1349 à 1353 du Code civil actuel. Quant à l'avant-projet « Catala », il a fait le choix d'une section 4 intitulée « *Règles particulières aux présomptions, à l'aveu et au serment* » (Projet, art. 1314 à 1326-2)¹⁶. Cette confusion existe également au sein du Code civil québécois, qui intègre la présomption à un chapitre troisième qui fait partie d'un titre deuxième consacré aux « *moyens de preuve* ». Cette présentation est maladroite. Les présomptions légales déplacent à la fois l'objet et la charge de la preuve mais ne relèvent pas à proprement parler des modes de preuve. En introduisant l'article 1355 au sein d'une section relative aux dispositions générales, le droit de la preuve gagne en cohérence. Enfin, l'article 1355 du projet modifie quelque peu le contenu des articles 1350 et 1352 du Code civil actuel. En réunifiant en son sein le contenu des articles 1350 et 1352, le projet offre une présentation plus rigoureuse des textes.

B – Le fond

Sur le fond, le projet fait le choix, avec surprise, de conserver intact l'article 1315 du Code civil (1). Il tente une rationalisation des présomptions légales (2). Il propose une innovation en consacrant le principe de validité des contrats relatifs à la preuve (3), texte qui ne sera abordé que sous l'angle de la charge de la preuve et des présomptions légales.

1°/ La « charge de la preuve »

Le « *noli me tangere...* » de l'article 1315 du Code civil. – Le projet d'ordonnance ne modifie pas l'article 1315. Seule la numérotation change (Projet, art. 1354). Ouvrant « *les dispositions générales* », il est la pierre angulaire de cette section. Le projet est en harmonie avec les avant-projets doctrinaux. L'avant-projet « Catala » adhère à ce maintien de l'intégrité de l'article 1315 (Avant-projet Catala, art. 1315) en motivant de la manière suivante : « *Il est prudent de ne pas toucher à ce texte. L'harmonie entre le Code civil et le Code de procédure civile (art. 9) ne nuit pas* ». Quant à l'avant-projet « Terré », il maintient la règle mais reformule à la marge le principe dans un article 156 : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui invoque sa libération doit en justifier* »¹⁷. L'article 1315 est finalement présenté comme une évidence, comme une « *règle de bon sens* »¹⁸. Alors qu'il a été pensé pour le seul droit des obligations, la doctrine a su lui donner, par une induction amplifiante, une portée générale qui irradie l'ensemble des

¹⁶ Sur ce point, Ph. Stoffel-Munck, in L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, précité, p. 61 et s.

¹⁷ Fr. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, précité.

¹⁸ Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, Litec, 12^e éd., 2008, n° 508.

droits¹⁹. Ceci étant dit, des améliorations auraient pu et auraient dû être envisagées. Ces améliorations, sans faire table rase du passé, pouvaient se contenter d'une consolidation du droit positif²⁰.

De la charge de la preuve à la charge de la vraisemblance des faits allégués. – La charge de la preuve est à la charnière du droit substantiel et du droit processuel, justifiant ainsi le renvoi au Code de procédure civile opéré par l'article 1358 du projet d'ordonnance. L'article 1358 mériterait d'être réécrit. Il aurait pu s'inspirer des termes de l'article 9 du Code de procédure civile et se substituer à lui : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Plus ambitieux encore, l'article 1358 aurait pu, dans l'esprit de la théorie de Henri Motulsky²¹, se référer à l'allégation des faits. Celui qui allègue des faits doit, en cas de contestation et s'ils sont pertinents, les prouver²². En outre, la formule de l'article 1358, à l'instar de l'actuel article 1315, est un peu sèche. Elle n'englobe pas les hypothèses où pèse sur le demandeur la charge de faits vraisemblables sans pour autant constituer une présomption légale. Il suffit par exemple de se référer à l'article L. 1134-1 du Code du travail qui confirme la subtilité du raisonnement : « *Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». Dans le même esprit, avec une formule peut-être plus exigeante à l'égard du salarié, l'article L. 1154-1 du même code prévoit que : « *Le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement (...). Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement (...)* ». Dans ce cas de figure, la charge de la preuve se fait par *punctuation*. Le salarié doit « *présenter des faits laissant supposer* » ou doit établir des faits permettant « *de présumer que (...)* » et l'employeur doit alors prouver le caractère justifié de sa décision. L'article 1354 ne rend pas compte non plus des hypothèses où le législateur a choisi de ne faire supporter la charge de la preuve par personne. Tel est le cas de l'article L. 1235-1 du Code du travail à propos du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il serait également opportun de dire quelques mots de l'intime conviction du juge qui se rapporte plus à une vraisemblance qu'à la certitude. Elle relève d'une forte probabilité. Cette référence à une forte vraisemblance ou à une forte probabilité existe dans certains projets. L'avant-projet « P. Catala » est en ce sens lorsqu'il prévoit un article 1287, alinéas 2 et 3 : « *Hors les cas où la loi la détermine, la valeur des preuves est appréciée en conscience par le juge (al. 2). Dans le doute, le juge s'en tient à la plus forte vraisemblance (al. 3)* ». À l'étranger, certaines décisions y font formellement référence. Tel est le cas en Allemagne où il a été décidé que le juge se fait une « *conviction personnelle à partir d'une probabilité à la frontière de la certitude* »²³.

¹⁹ Sur cette induction, J. Ghestin et G. Goubeaux, Introduction générale, LGDJ, 3^e éd., 1990, n^{os} 582 et 583, p. 539 et s.

²⁰ Par exemple, rappeler que le créancier doit prouver non seulement l'existence mais aussi l'étendue de son obligation, v. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, JCP G 1995, II, 22539, note A. Bénabent.

²¹ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, spécialement p. 106 et s.

²² Même s'il peut y avoir des exceptions, notamment lorsque l'allégation de certains faits vraisemblables fait alors peser sur le défendeur le risque de la preuve, notamment en droit du travail.

²³ Citée par Fr. Ferrand, *in* Rép. proc. civ. Dalloz, V^o Preuve, 2010, n^o 483.

« **Charge de la preuve** » et **risque de la preuve**. – Le projet d’ordonnance ne dit mot de la notion de risque de la preuve²⁴. Il aurait pu être abordé dans cet article la question du risque de la preuve, en rappelant qu’en cas de doute, celui qui avait la « charge de la preuve » succombe au procès. Au sens le plus strict, le risque de la preuve s’entend du risque du doute : « *À qui le juge devra-t-il donner satisfaction lorsque la lumière ne sera pas faite ?* »²⁵. Il est vrai que la Cour de cassation a, à maintes reprises, traité la charge de la preuve et le risque de la preuve indistinctement²⁶. Pourtant, celui qui succombe au procès parce que les éléments de preuve sont insuffisants n’a rien de commun avec celui qui succombe au procès en cas de doute persistant, obligeant le juge à ne pas rechercher la vérité mais à imputer le risque du doute à l’une des parties.

Faisceau d’indices et attribution de la charge probatoire. – La charge de la vraisemblance des faits allégués et le risque de la preuve, qui composent ce que l’on peut qualifier de charge probatoire, sont parfois attribués par le législateur. À défaut, le juge pourrait attribuer cette charge et déterminer celui qui succombera au procès en se référant à un ensemble d’indices. Parmi les indices à prendre en compte figureraient l’apparence²⁷, la situation acquise²⁸, la normalité²⁹, etc. Le juge peut également tenter de retrouver l’intention du législateur. Pour ce faire, il peut utiliser la distinction entre principe et exception. La charge probatoire pèse sur celui qui se prévaut d’une exception³⁰. Le raisonnement judiciaire peut s’appuyer sur la distinction entre la règle générale et la règle spéciale. Le doute profite à celui qui se prévaut de la règle générale par application de l’adage selon lequel le spécial est censé déroger au général. Dans le même esprit, l’existence d’une règle supplétive oriente le juge qui doit faire supporter le risque du doute à celui qui souhaiterait évincer le modèle qu’impose la règle supplétive³¹. Le juge peut aussi se référer au critère de l’aptitude à la preuve³². En droit

²⁴ M. Mekki, Le risque de la preuve, *in* D. Cohen (dir.), Droit et économie du procès civil, LGDJ, 2010, p. 195. *Adde*, du même auteur, Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire, *in* M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), La preuve : regards croisés, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2015, p. 7 et s.

²⁵ R. Legeais, Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations, préf. R. Savatier, LGDJ, 1955, spécialement p. 101.

²⁶ « *L’incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d’une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve* », Cass. soc., 31 janv. 1962, Bull. civ. IV, n° 105 ; Cass. soc., 15 oct. 1964, Bull. civ. IV, n° 678.

²⁷ Fr. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, n° 590 ; Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. 3, Élaboration technique du droit positif, Sirey, 1921, n° 231.

²⁸ Le doute profite à celui qui invoque la possession car il s’agit d’une situation acquise (C. civ., art. 2276, par exemple), J.-F. Césaro, Vérité et renouement, précité, n° 192, p. 233

²⁹ L’ensemble de ces indices renvoie à ce que certains appellent « *l’ordre établi* », D. Guével, Preuve, charge de la preuve et règles générales, J.-Cl. Civil, art. 1315 et 1315-1, juill. 2014, n° 37 ; J.-F. Césaro, Vérité et renouement, précité, n° 191, p. 232, note 308 : la liberté du propriétaire est la situation normale, la servitude l’exception.

³⁰ Cass. com., 27 oct. 1981, n° 80-11.083, Bull. civ. IV, n° 372 : il appartient au défendeur de rapporter la preuve des faits qu’il invoque à titre d’exception.

³¹ C. Pérès, La règle supplétive, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n° 493, p. 467 : la règle supplétive est « *un type idéal, un modèle à reproduire (...) la solution dont l’ordre juridique considère qu’elle tranche, au mieux, les intérêts en cause (...). En un mot elle jouit d’une préférence de principe* ». Elle « *reflète les vues idéales de l’ordre juridique (...). Dans cette perspective, la règle supplétive remplit aussi une fonction directrice* ».

³² Le risque de la preuve en cas de doute peut peser sur celui qui prête une somme d’argent supérieure à 1 500 euros sans constituer d’écrit en raison de son imprudence qui est d’une certaine manière sanctionnée. On retrouve cette idée développée par X. Lagarde, *in* Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, Rev. Droits

espagnol, l'article 217.7 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (le code espagnol de procédure civile) prévoit, dans cet esprit, un certain nombre de « critères » pour assouplir l'attribution de la charge probatoire : la proximité et la facilité probatoire qui renvoient, *mutatis mutandis*, en droit français, à l'aptitude à la preuve³³. Une référence à ces indices et à ce mode de raisonnement aurait été bienvenue au sein du projet de réforme.

« **Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même** ». – Il aurait été souhaitable également de clarifier ce « principe » selon lequel nul ne peut se constituer de titre à soi-même dont use, et parfois abuse, la jurisprudence. Question à mi-chemin entre la charge de la preuve et le mode de preuve, l'avant-projet « Catala » en proposait une consécration (art. 1299). Il est de bon sens qu'une personne ne puisse se prévaloir d'un écrit qu'elle a elle-même établi. Moins qu'un principe, la règle est qualifiée de « sentence »³⁴. Cette règle, apparemment applicable lorsqu'il s'agit de se constituer un titre juridique³⁵, est sans effet lorsqu'il s'agit de prouver des faits juridiques³⁶, même si la jurisprudence n'est pas toujours aussi claire³⁷. À vrai dire, même dans les cas où des preuves ont été constituées par celui qui s'en prévaut, le juge ne doit pas fonder sa conviction exclusivement sur ces documents. Formuler une telle sentence au sein de dispositions générales serait en outre, par induction, formaliser ce qui existe ou est suggéré à divers endroits du code : C. civ., art. 1331 ; C. civ., art. 1347, al. 2 ; C. civ., art. 1329 ; C. com., art. L. 123-23.

« **Le droit à la preuve** ». – En raison de l'importance qu'il prend en droit positif, le droit à la preuve aurait pu être évoqué³⁸. S'il ne figure pas au sein du projet, c'est probablement parce que l'existence même de « ce droit à » demeure controversée³⁹ et sa portée reste limitée⁴⁰. Cependant, si un tel droit ne peut être appliqué sans limites au destinataire de la demande de preuve, il a toute sa raison d'être à l'égard de celui qui fait une offre de preuve⁴¹. Une version minimaliste pourrait consister à proposer un droit à la preuve au profit de celui qui offre de prouver, sauf exceptions légales et à condition de ne pas porter aux droits et libertés

1996, n° 23, p. 31 et s., spécialement p. 38. Dans le même sens, J.-F. Césaro, *Vérité et renouement*, précité, n° 194, p. 235.

³³ F. Gascon Inchausti, *Le droit de la preuve en Espagne, au carrefour entre civil law et common law*, in M. Mekki, C. Grimaldi et L. Cadiet (dir.), *La preuve : regards croisés*, précité, p. 225 et s., spécialement p. 236.

³⁴ 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*, RTD civ. 2007, p. 253.

³⁵ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1998, n° 96-11.486, Bull. civ. I, n° 220 ; Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009, n° 08-10.457.

³⁶ Cass. 3^e civ., 3 mars 2010, n° 09-13.723, Bull. civ. III, n° 52.

³⁷ Sur ces hésitations, v. A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve. Principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n°s 178 et s., p. 102 et s.

³⁸ Principe émergent surtout depuis le début des années 1980 (G. Goubeaux, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Études publiées par C. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 et s.) et qui connaît une importante actualité, v. A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010.

³⁹ Pour sa consécration, Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177, Bull. civ. I, n° 85, D. 2012, p. 2826, obs. J.-D. Bretzner. Rapp. CEDH, 10 oct. 2006, aff. 7508/2, LL c/ France, § 40, RTD civ. 2007, p. 95 obs. J. Hauser : d'un « *droit à la preuve aux fins de faire triompher ses prétentions* ». *Adde* CEDH, 13 mai 2008, aff. 65097/01, N. N. et T. A. c/ Belgique, RTD civ. 2008, p. 650, obs. J.-P. Marguénaud, § 42-43 : « *faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause* ».

⁴⁰ Le secret professionnel du notaire ne cède pas devant le droit à la preuve, Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2014, n° 12-21.244, FS-PBI, RDC 2014, p. 756, obs. C. Pérès.

⁴¹ Même sens, E. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, précité.

fondamentaux une atteinte injustifiée et disproportionnée.

L'objet de la preuve : loi étrangère et « coutume ». – Enfin, l'objet de la preuve, étroitement lié à la charge de la preuve et aux modes de preuve, aurait pu faire l'objet d'une disposition générale. En principe, seuls les faits doivent être prouvés et non le droit qui revient au juge : « *Juris novit curia* » (le juge connaît le droit). Les articles 9 et 12 du Code de procédure civile rappellent les principes de cette répartition. Cette répartition des rôles doit être relativisée devant l'importance que prend aujourd'hui le juge dans le procès civil⁴². Deux cas particuliers méritent d'être précisés. Il s'agit, tout d'abord, de la loi étrangère. Analysée comme un fait, il appartenait aux parties de prouver le contenu de la loi étrangère dont elles se prévalaient⁴³. Après une période de flottement, la Cour de cassation semble désormais exiger du juge, sans limiter cette obligation aux seuls droits dont les parties ont la libre disposition, qu'il recherche le contenu de la loi étrangère applicable, qu'il l'ait relevée d'office ou qu'elle ait été invoquée par les parties⁴⁴. Enfin, quant à la « coutume », c'est aux parties d'en prouver l'existence et le contenu⁴⁵, sauf s'il s'agit d'une « coutume » *secundum legem* à laquelle la loi renvoie⁴⁶.

L'objet de la preuve : faits contestés, licites et pertinents. – Il n'est pas inutile enfin de rappeler que seuls les faits pertinents⁴⁷ peuvent et doivent être prouvés, ce qui exclut les faits normaux, habituels ou apparents⁴⁸. En outre, seuls les faits contestés⁴⁹, autrement dit ni notoires (données historiques ou générales⁵⁰) ni reconnus⁵¹, doivent être prouvés. Dans ces hypothèses, il s'opère plus un déplacement de l'objet de la preuve, car il appartiendra à celui qui s'en prévaut de prouver qu'il s'agit d'un fait notoire ou reconnu, marquant ici le lien entre

⁴² Sur les trois procès et les convergences en matière de preuve, v. S. Amrani Mekki, Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif), in M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi (dir.), La preuve : regards croisés, précité, p. 111 et s.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1969, Bull. civ. I, n° 342. V. également Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1991, n° XX-XX.XXX, Bull. civ. I, n° 293. **[Pourriez-vous compléter les n° de pourvoi manquants? Merci]**

⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, Bull. civ. I, n° 225 ; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734, Bull. civ. I, n° 289 ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° XX-XX.XXX, Bull. civ. I, n° 31.

⁴⁵ Cass. ass. plén., 26 févr. 1988, n° 85-40.034, Bull. civ. ass. plén., n° 2.

⁴⁶ Par exemple Cass. soc., 22 avr. 1966, Bull. civ. V, n° 367.

⁴⁷ Définition variable selon les auteurs, v. J. Ghestin et G. Goubeaux, Introduction générale, LGDJ, 2^e éd., n° 576. Comp. E. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, précité, rendant compte de la position de la Cour de cassation, qui affirme que l'offre de preuve n'est pas limitée par cette condition du fait pertinent alors que la demande de preuve, en vertu de laquelle une aide est demandée au juge, est soumise à la condition du fait pertinent. Pour une étude d'ensemble, Fr. Ferrand, *V° Preuve*, précité, n^{os} 150 et s., spécialement n° 150 : « Une partie ne doit rapporter la preuve d'un fait que si la démonstration de son existence est utile au règlement du litige. Il n'y a aucune raison de produire des preuves lorsqu'elles ne sont pas susceptibles d'exercer la moindre influence sur la décision ».

⁴⁸ Cette condition du fait pertinent existe dans d'autres systèmes juridiques. V. par exemple C. civ. québécois, art. 2857 : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable ». V. en Espagne, Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 281 et s. ; F. Gascon Inchausti, Le droit de la preuve en Espagne, au carrefour entre *civil law* et *common law*, précité, spéc. p. 231 et s.

⁴⁹ Fr. Ferrand, *V° Preuve*, précité, n^{os} 143 et s.

⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1969, Bull. civ. I, n° 105 : « Les juges d'appel se sont bornés, comme ils le pouvaient, à faire état de connaissance d'ordre général ».

⁵¹ Point de preuve sur des faits reconnus, Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1978, Bull. civ. I, n° 231. À ne pas confondre avec la théorie des faits constants selon laquelle un fait non contesté est un fait acquis, théorie non admise aujourd'hui, v. J. Héron et Th. Le Bars, Droit judiciaire privé, Montchrestien, 5^e éd., 2012, n° 277.

objet de la preuve et charge de la preuve.

2°/ Les présomptions légales

Repenser la définition des présomptions. – Le projet d’ordonnance a fait le choix de ne pas reprendre la définition de la présomption figurant actuellement à l’article 1349 du Code civil : « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d’un fait connu à un fait inconnu* »⁵². L’abandon de cette définition peut être approuvé car elle ne rend pas compte de l’ensemble des mécanismes rattachés en droit positif à la catégorie des présomptions. Certaines présomptions ne partent pas d’un fait connu pour déterminer un fait inconnu. Elles manifestent une préférence légale qui s’impose au juge. La bonne foi est présumée selon l’article 2272 du Code civil. Un bien acquis pendant le mariage est présumé commun jusqu’à preuve contraire (C. civ., art. 1402)⁵³. Dans le même esprit, une série de textes détermine parfois directement qui devra supporter les conséquences d’un doute persistant. La présomption d’innocence de l’article 9 de la Déclaration des droits de l’homme et de l’article 9-1 du Code civil constitue, en ce sens, moins une présomption qu’un principe général guidant le juge répressif⁵⁴. Le doute profite à l’accusé. Ce doute profite au salarié dans le contentieux du licenciement pour cause réelle et sérieuse, aux termes de l’article L. 1235-1, alinéa 2, du Code du travail. Il profite au transfusé contaminé au sens de l’article L. 3122-2 du Code de la santé publique, au consommateur en vertu de l’article L. 133-2 du Code de la consommation, au cocontractant débiteur, et est supporté par le rédacteur-créancier selon l’article 1162 du Code civil. « Ces présomptions » ne constituent-elles pas plutôt des règles substantielles ? Ces présomptions seraient alors mal nommées, car elles relèveraient davantage de la « *présomption postulat* » que de la « *présomption preuve* »⁵⁵ ; présomption postulat qui constituerait un présupposé légal⁵⁶.

La présomption légale et dispense de preuve. – L’article 1355 propose une définition de la présomption légale en s’inspirant de l’actuel article 1317 du Code civil⁵⁷ : « *La présomption légale qu’une loi spéciale attache à certains actes ou à certains faits dispense de preuve celui au profit duquel elle existe* »⁵⁸. Cette formule établit un lien entre « charge de la preuve » et présomption. La présomption légale ne serait pas un mode de preuve mais agirait sur la répartition de la charge probatoire⁵⁹. Cependant, les présomptions n’opèrent pas toujours une

⁵² L’avant-projet « Catala » reprend la même définition (art. 1314).

⁵³ On peut ajouter les articles 312, 804, 1187, 1731, 1349 et 1350 du Code civil.

⁵⁴ En ce sens, P. Merle, *Les présomptions en droit pénal*, thèse dactyl. Nancy, 1968.

⁵⁵ A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l’homme*, A Pédone, 2012, spécialement p. 35 et s.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 76.

⁵⁷ Art. 1317 : « *La présomption légale dispense celui au profit duquel elle est établie de la preuve du fait qu’elle prend en considération, quand le fait qui rend celui-ci vraisemblable est certain. Nulle preuve n’est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l’action en justice, à moins qu’elle n’ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l’aveu judiciaires* ». C’est l’article 1352 modifié.

⁵⁸ Rappr. C. civ. québécois, art. 2847 : « *La présomption légale est celle qui est spécialement attachée par la loi à certains faits ; elle dispense de toute autre preuve celui en faveur de qui elle existe* ».

⁵⁹ En ce sens not. A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve. Principes et mise en œuvre processuelle*, précité, 2013, n° 81, p. 47.

dispense de preuve mais un simple déplacement de l'objet de la preuve⁶⁰. Les exemples sont légion. En droit de la famille, la présomption *pater is est* suppose la preuve que l'enfant a été conçu ou est né pendant le mariage. Ch. Aubry et Ch. Rau disaient en ce sens : « *Celui qui invoque une présomption légale est, en principe, tenu d'établir l'existence des faits qui lui servent de base* »⁶¹. Les auteurs ajoutaient que : « *La présomption légale facilite l'administration de la preuve par celui qui en a la charge mais elle ne le dispense pas de la preuve des faits qui déclenchent la présomption* »⁶².

Les types de présomptions légales. – Le deuxième alinéa détaille les différents types de présomptions : simple, mixte et irréfragable. La présomption simple peut être renversée par la preuve contraire pouvant être apportée par tous moyens. Tel est le cas de la présomption de bonne foi de l'article 2274 du Code civil ou la présomption d'interposition de personnes de l'article 911, alinéa 2, du même code⁶³. Les présomptions mixtes n'acceptent la preuve contraire que par l'établissement de certains faits ou par des preuves administrées par certains moyens. Elles sont nombreuses en droit de la responsabilité. L'existence d'une responsabilité de plein droit limite les causes d'exonération de l'auteur présumé du dommage (responsabilité des parents : art. 1384, al. 4 ; responsabilité du fait des choses ; responsabilités du fait d'autrui fondées sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil ; responsabilité du constructeur : art. 1792, al. 2). Ainsi, souvent, seule la force majeure ou la faute de la victime peut totalement ou partiellement libérer l'auteur de son obligation à réparation⁶⁴. Quant à la présomption irréfragable, elle ne souffre pas la preuve contraire, sauf le serment ou l'aveu, ce que prévoit déjà l'actuel article 1352, alinéa 2, du Code civil. Cette présomption irréfragable est celle qui est attachée à l'autorité de la chose jugée prévue à l'article 1351 du Code civil et reprise à l'article 1356 du projet, dès lors qu'il y a identité d'objet, de « cause » et de partie. Dans le même sens, on peut citer la présomption de paiement dès lors qu'il y a eu remise du titre original constatant la créance (C. civ., art. 1282)⁶⁵. Les présomptions irréfragables ne sont-elles pas une nouvelle illustration de ces « *fausses présomptions-preuve* » qui constituent plutôt des règles substantielles⁶⁶ ? Ce n'est pas certain car nombre d'entre elles supposent tout de même d'établir certains faits pour pouvoir en bénéficier et n'opèrent ainsi qu'un simple déplacement de l'objet de la preuve.

Les présomptions quasi légales. – Enfin, l'article 1355 du projet est mal adapté à la pratique de certains juges consistant à créer des présomptions « quasi légales ». Tel fut le cas dans un arrêt du 9 mai 2001 par lequel la Cour de cassation avait jugé que « *lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite*

⁶⁰ V. Fr. Ferrand, *l'° Preuve*, précité, n° 49.

⁶¹ C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, t. XII, 5^e éd., par E. Bartin, § 749.

⁶² *Ibid.*

⁶³ On peut encore citer la présomption d'imputabilité jusqu'à preuve contraire dans le cadre des contaminés par transfusion par l'hépatite C, v. C. santé publ., art. L. 1221-14 et L. 3122-2, al. 1^{er}.

⁶⁴ Elles sont également nombreuses en droit des biens, C. civ., art. 552, et présomption en matière d'accession immobilière.

⁶⁵ Cass. com., 30 juin 1980, n° **XX-XX.XXX**, D. 1982, 53, note G. Parléani, Gaz. Pal. 1981, 2, p. 431, note Ph. Dupichot ; Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-19.136.

⁶⁶ En ce sens, Ch. Larroumet, Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 5^e éd., 2006, n° 553. V. déjà, dans le même esprit, Fr. Gény, pour qui les présomptions irréfragables sont davantage des règles de fond que des règles de preuve, Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. 3, Élaboration technique du droit positif, 1914-1924, Sirey, 1927, n° 234, p. 299.

de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine, dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice »⁶⁷. D'autres présomptions « quasi légales » existent en matière de contrat de vente. Ainsi en est-il de la présomption de mauvaise foi pesant sur le vendeur professionnel en matière de garantie contre les vices cachés⁶⁸.

Si le projet n'innove pas réellement sur la charge de la preuve et les présomptions, il en va différemment relativement aux « contrats sur la preuve ».

3°/ Les conventions relatives à la charge de la preuve

Validité de principe des « contrats sur la preuve ». – Aucune disposition du Code civil ne consacre un principe de validité des conventions relatives à la preuve. Il existe certes l'article 1316-2 du Code civil, qui 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* ». Cet article se limite cependant aux conflits de preuve. L'article 1357 du projet constitue en ce sens une innovation majeure. Une telle consécration est défendue par l'avant-projet « Catala », qui préfère, pertinemment, utiliser le terme de « *convention* » (art. 1289)⁶⁹. Le premier alinéa reprend la formule proposée par l'avant-projet « Terré » à l'article 142. En revanche, l'avant-projet « Terré » n'aborde pas les limites qui figurent à l'alinéa 2 de l'article 1357 du projet. Cet article 1357 répond donc favorablement à une partie de la doctrine qui s'était déclarée plutôt favorable à un tel principe, à condition que les parties aient la libre disposition de leurs droits⁷⁰, analysant le plus souvent cette convention comme une renonciation à un droit. L'article, qui ne se limite pas uniquement à la charge de la preuve, ne fait que consacrer un courant jurisprudentiel bien établi. Les conventions portant directement sur la preuve sont, en effet, par principe valables, y compris celles qui sont relatives à la charge probatoire⁷¹.

Les correctifs. – Il reste que la formule pourrait être améliorée. Au préalable, il serait préférable de parler de « convention » plutôt que de « contrat », car l'aménagement des règles de preuve en général et de la charge de la preuve en particulier n'entre pas parfaitement dans la définition stricte du contrat comme acte créateur d'obligations. Cela suppose alors de modifier en amont la définition du contrat proposée à l'article 1101 du projet : « *Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* ». Il faudrait substituer le mot « convention » à celui de « contrat » et ajouter un alinéa 2 ainsi rédigé : « *Le contrat est un accord de volontés créateur d'obligations* ». Parmi les limites, il faudrait également compléter l'alinéa 2 par les règles de preuve qui se rapportent à

⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 mai 2001, Bull. civ. I, n° 130. *Adde* Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2002, Bull. civ. I, n° 182.

⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1965, D. 1965, 389 ; Cass. com., 17 févr. 1965, D. 1965, 353 ; Cass. soc., 21 nov. 1972, JCP G 1974, II, 17890, note J. Ghestin.

⁶⁹ Projet Catala, art. 1289 : « *Les conventions relatives à la preuve sont licites. Néanmoins, elles ne peuvent ni écarter ni affaiblir les présomptions établies par la loi et ne peuvent davantage modifier la foi que la loi attache à l'aveu ou au serment.*

Elles ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures ».

⁷⁰ En ce sens, Fr. Terré, Introduction générale au droit, précité, n° 602. V. déjà, G. Ripert et M. Planiol, Traité pratique de droit civil français, t. VII, 2^e éd., par A. Esmein, nos 1428 et s.

⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.553, Bull. civ. I, n° 26, p. 21 ; Cass. com., 19 juill. 1965, Bull. civ. III, n° 456 ; Cass. com., 8 nov. 1989, D. 1990, 369 et s., note C. Gavalda.

l'organisation judiciaire. Seraient nulles les clauses qui limitent les pouvoirs d'appréciation des preuves par le juge ou qui dispensent d'une procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques des officiers publics. Enfin, un renvoi aux dispositions spéciales ne serait pas inutile. On pense surtout ici à l'article R. 132-1 du Code de la consommation, consacrant une liste noire des clauses abusives, qui présume abusive de manière irréfragable la clause qui a pour objet ou pour effet d'« *imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* » (12°).

Il faut avouer, en définitive, que les textes relatifs à la preuve proposés par le projet d'ordonnance non seulement ne consolident pas les acquis jurisprudentiels, comme l'affirment pourtant les motifs de la loi d'habilitation, et n'innovent pas sur certains principes qui auraient permis au futur Code civil d'être réellement un modèle pour les systèmes étrangers.

S'il fallait, dans une démarche prospective, aller au-delà des textes du projet d'ordonnance, que pourrait-on suggérer ?

II – Au-delà des textes du projet d'ordonnance⁷²

Au préalable, les dispositions relatives à la preuve devraient être distinguées du titre relatif au droit des obligations. Il serait plus opportun sans être audacieux *a maxima* de consacrer un Livre autonome, *a minima* d'intégrer au titre préliminaire un ensemble de dispositions générales applicables à la preuve⁷³. Pourraient être ajoutées au titre préliminaire, indépendamment des modes de preuve qui ne relèvent pas de notre analyse, une série de dispositions posant les principes généraux du droit de la preuve et une série de dispositions portant sur la charge probatoire.

Proposition de modifications des textes

Titre préliminaire du Code civil actuel

Article 10 : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.*

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts ».

(L'article reste inchangé.)

Article 10-1 : « *Chacun a le droit de produire les éléments de preuve, obtenus de manière légitime, à l'appui de ses prétentions, sauf exceptions légales et à la condition de ne pas*

⁷² Les textes proposés sont moins un produit fini qu'une invitation à la réflexion et à la discussion.

⁷³ Pour une autre proposition, v. E. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, précité, qui propose de distinguer théorie générale de la preuve et droit spécial des preuves. La théorie générale comporterait quatre axes : l'objet de la preuve, la charge de la preuve, la constitution du dossier probatoire et l'appréciation de la preuve.

porter une atteinte injustifiée et disproportionnée aux droits et libertés fondamentaux d'autrui ».

(Ce droit à la preuve ne concernerait que celui qui fait une offre de preuve. La « légitimité » renverrait tant aux limites légales qu'au principe de loyauté. Les exceptions légales concernent notamment certains secrets tels que le secret professionnel. Les droits et libertés fondamentaux peuvent être limités par le droit à la preuve dès lors qu'il s'agit d'une atteinte justifiée et proportionnée au but poursuivi.)

Article 10-2 : *« Hors les cas où la loi en détermine la valeur, le juge apprécie les preuves d'après son intime conviction ».*

(Les termes « intime conviction », qui existent au sein du Code de procédure pénale – art. 427 – ont été préférés à celui de « conscience » choisi par l'avant-projet « Catala » et peu familial.)

Article 10-3 : *« Les preuves établies librement doivent avoir été obtenues de manière légale et loyale, sauf si la loi en décide autrement ».*

Article 10-4 : *« Seuls les faits contestés, licites et pertinents doivent être prouvés. Les parties doivent établir l'existence et le contenu des usages auxquels aucune disposition légale ne renvoie.*

Il appartient au juge de rechercher le contenu de la loi étrangère applicable qu'elle soit relevée d'office ou invoquée par les parties ».

(Le terme « usage » a été préféré à celui de « coutume » pour respecter l'esprit du Code civil de 1804 voulant en finir avec les coutumes.)

Article 10-5 : *« Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits allégués et contestés qui sont au soutien de sa prétention.*

Celui qui prétend que ce droit est modifié, nul ou éteint doit prouver les faits au soutien de sa prétention.

Dans le silence de la loi, le juge peut désigner la partie qui a la charge de prouver les faits allégués. Cette désignation peut se faire au moyen d'un faisceau d'indices composé, notamment, du caractère normal ou apparent du fait à prouver ou de l'aptitude à la preuve des parties.

En cas de doute, celui qui a la charge de prouver les faits allégués succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ».

(Cette formulation se détache du seul droit des obligations et est en partie inspirée du Code civil québécois – art. 2803.)

Article 10-6 : *« La présomption légale qu'une loi spéciale attache à certains actes ou à certains faits ~~dispense de preuve celui au profit duquel elle existe~~ opère un déplacement de l'objet de la preuve. Elle opère exceptionnellement une dispense de preuve.*

La présomption simple peut être renversée par tout moyen de preuve ; la présomption mixte, par le seul moyen particulier permis par la loi, ou sur le seul objet visé par elle ; la présomption ~~irréfragable~~-absolue, ~~par l'aveu judiciaire ou le serment décisoire~~ ne supporte aucune preuve contraire ».

(Le premier alinéa fait le lien entre les présomptions et l'objet de la preuve. Le deuxième alinéa ne fait pas référence à l'aveu et au serment qui montrent un attachement anachronique à ces modes de preuve. Les termes de « présomption absolue » permettent de faire le lien entre le substantiel et le probatoire.)

Article 10-7 : *« Les ~~contrats sur la preuve~~ conventions relatives à la preuve sont valables, sauf exceptions légales, lorsqu'~~ils~~ elles portent sur les droits dont les parties ont la libre disposition.*

Néanmoins, elles ne peuvent contredire les présomptions établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. ~~Elles ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures.~~

Elles ne peuvent davantage porter atteinte au pouvoir d'appréciation du juge ou interdire une procédure en inscription de faux contre les actes authentiques dressés par les officiers publics.

Nul ne peut se constituer de titre à soi-même, sauf si la loi, l'usage ou la convention en dispose autrement. Dans le cas de l'usage ou de la convention, ce titre a la valeur d'un indice ou d'une présomption ».

(Le terme « convention » a été préféré à celui de « contrat ». Le « sauf exceptions légales » renvoie, notamment, à l'article R. 132-1 du Code de la consommation. La « sentence » selon laquelle nul ne peut se constituer de titre à soi-même ne vise que les créanciers qui se constituent un écrit unilatéralement. Ce titre peut avoir une force probante si la loi en décide ainsi. Si un usage ou une convention peut également lui donner une force probante, c'est alors un simple indice ou une simple présomption.)

Article 10-8 : *« L'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le Code de procédure civile ».*