

Didier Guével*

REMARQUES SUR LA PREUVE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

L'article du professeur D. Guével est consacré au système de la preuve en droit civil français. Il s'agit des modes de preuve des actes disponibles aux parties de la procédure juridique civile. En regardant le serment décisive et les actes reconnaissifs l'auteur accentue leur possible utilité comme un procédé judiciaire d'aujourd'hui et en même temps il marque leur caractère obsolète. En ce qui concerne l'écrit numérique et les copies comme moyens judiciaires modernes les défauts de la législation et les problèmes pratiques sont particulièrement analysés.

Key words: droit civil de preuve, modes de preuve en droit civil, serment décisive, actes reconnaissifs, écrit numérique, régime des copies

1. Chacun sait que celui qui ne peut prouver un droit subjectif se trouve, en définitive, dans la même situation que celui qui ne l'a pas (*Idem est non esse et non probari*¹). La question de la preuve est donc **au cœur même de tout système juridique**. Les règles de la preuve, en droit civil français, sont décrites dans le Code de procédure civile, mais, surtout, dans le Code civil, principalement aux **articles 1316 à 1369**², qu'il faut analyser en tenant compte des interprétations que la jurisprudence a pu en donner³.

2. Ces pages ont pour seule ambition de présenter quelques réflexions sur le droit français de la preuve. Encore entend-on ici limiter le champ des investigations au seul **droit civil** (en laissant de côté le droit administratif et surtout le droit pénal, dont les particularités sont patentes). Bien plus, ce sont seulement les **modes de preuve** qui sont ici appréhendés et non, par exemple, la question de la charge de la preuve⁴. Seule la **preuve en justice** est ici étudiée, même s'il est vrai que la notion de justice (entendue au sens de *juris dictio*) est aujourd'hui plus incertaine qu'autrefois⁵. Enfin, seule la **preuve des actes** est visée et non celle des faits qui demeure libre⁶.

3. Bien entendu, la preuve civile doit répondre à toute une série de conditions de droit commun. Ainsi, les preuves avancées doivent en principe **émaner de la partie adverse** ou être extérieures, mais ne peuvent jamais, normalement, émaner du demandeur lui-même⁷ (nul ne pouvant, en principe, se constituer à lui-même une preuve). On doit encore rappeler que le juge ne peut se servir d'**informations qu'il aurait eu à connaître personnellement**⁸. Enfin, il est sans doute inutile de redire l'impérieuse nécessité de respecter le **principe du contradictoire**, fondamental dans tout système juridique.

4. Les **juges du fond** sont **souverains** pour apprécier les éléments de preuve qui leur sont apportés. Il en est ainsi, par exemple, pour considérer qu'un élément probatoire présenté constitue un commencement de preuve par écrit⁹, pour juger de la durabilité et de la fidélité d'une copie¹⁰, pour accepter ou refuser la liberté de preuve commerciale¹¹, pour estimer que l'on se trouve effectivement dans une occurrence d'impossibilité de se procurer un écrit¹², pour évaluer la portée exacte d'indices¹³, pour prendre en compte un rapport d'expertise¹⁴, pour décider de l'opportunité de recourir au serment supplétoire¹⁵... La Cour de cassation se contente donc ici, la plupart du temps, d'effectuer un contrôle *a minima*.

5. Au demeurant, il faut rappeler que le contrat peut modifier le régime légal civil de la preuve, ce qui en amoindrit singulièrement la portée. Il est admis, de longue date, que les

* Professeur Dr de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Paris 13, Sorbonne Paris Cité, Membre de la Commission Scientifique de l'Ecole Doctorale, Membre de l'IRDA Paris 13 (EA 3970), Directeur du Master Recherche de Droit des Affaires, de la Faculté de Droit, Sciences politiques et sociales, Ancien Directeur du Département de Droit de l'Université du Havre, Membre associé du LexFEIM Le Havre (EA 1013), Codirecteur des Cahiers de Droit des Affaires. E-mail: vlato@sibmail.ru.

règles probatoires du Code civil ne sont pas d'ordre public ; les parties peuvent y renoncer¹⁶ et les **conventions relatives à la preuve** sont permises¹⁷.

6. Avant d'aller plus avant, un bref **retour historique** s'impose. On peut dire, en simplifiant, qu'en Droit romain (loi des XII Tables) et dans les coutumes germaniques (« *témoins passent lettres* »), la preuve judiciaire était libre. Une minorité de personnes savait écrire ; le serment et sa sanction divine pouvaient suffire à garantir une certaine honnêteté de la preuve¹⁸. Jusqu'en 1566, sur l'équivalent du territoire actuel de la France, l'on s'inspirait, au sud, du Droit romain et, au nord, des coutumes germaniques ; la liberté probatoire y était donc de mise. C'est l'ordonnance de Moulins de 1566 qui, unifiant la procédure judiciaire et dénonçant les abus de la liberté de preuve, a imposé, dans son article 54, la preuve par écrit au-delà d'une certaine somme et l'interdiction de prouver par témoignage contre et outre le contenu d'un acte. La vieille maxime était inversée et devenait « *lettres passent témoins* »¹⁹. L'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye, de 1667, a ensuite définitivement consacré la règle, qui a été reprise dans le Code civil à l'article 1341. Le seuil financier d'exigence de l'écrit n'a cessé ensuite d'augmenter, pour atteindre désormais le montant de 1500 €. L'avènement de l'écrit électronique ou numérique en 2000²⁰ a créé une véritable révolution. L'écrit numérique, d'abord reconnu par les tribunaux comme commencement de preuve par écrit, a obtenu alors sa consécration légale en tant que véritable écrit²¹. On a également permis de dresser des actes authentiques sur support électronique²². La modernité se trouvait ainsi confrontée au passé le plus ancien...

7. Il ne s'agit pas ici de tenter de mener une analyse encyclopédique des articles 1316 et suivants du Code civil, ni de tenter d'en appréhender synthétiquement et philosophiquement le contenu. L'on se contentera d'effectuer une **promenade** dans le dédale de ces textes où le juriste, au hasard de ses déambulations peut, ici où là, regretter telle impasse du labyrinthe, apprécier telle fleur de rhétorique ou s'étonner de l'entrelacs des branches des arbres juridiques...

8. On se doit de rappeler qu'en Droit français, l'on a coutume de distinguer les preuves dites « parfaites », au premier rang desquelles se trouve l'écrit (et l'aveu), et les preuves imparfaites, comme le témoignage. Dans ce cadre, logique et cohérent, s'opposent néanmoins, comme on l'a dit, dans une cohabitation parfois difficile, une **présence forte du passé (I)** et une **modernité exacerbée (II)**. Dans chacun de ces deux cadres, un **tri paraît nécessaire** : certaines dispositions semblent « à prendre » ou à conserver et d'autres « à laisser » ou à nettement améliorer...

I. Le tri dans l'héritage de la tradition

9. On pourrait évidemment trouver une trace de l'histoire de la preuve dans la présence maintenue dans le Code civil, des dispositions relatives aux « **tailles** ». L'article 1333 du Code civil dispose : « *Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail* ». Il s'agit de ces deux tiges de bois (l'une pour le fournisseur, l'autre pour son client) que l'on utilisait autrefois comme mode de preuve : à chaque fourniture on faisait une entaille identique sur les deux baguettes. Il est difficile de faire plus désuet et l'on se demande si le maintien de cette disposition ne relève pas d'une pure nostalgie juridique... Mais ce n'est là qu'anecdote. Il y a bien plus lourd de conséquences avec d'autres mécanismes qui peuvent paraître obsolètes, mais qu'il faut traiter différemment : le serment décisoire (1) et les actes recognitifs (2).

1) À conserver : le serment décisoire

10. La preuve par serment est présentée dans le Code civil aux articles 1357 à 1369. Il ne s'agit pas de serments-promesses, mais de serments-affirmations. Les **serments-affirmations** ne devraient pas, en principe, être admis en justice, puisqu'ils constituent l'affirmation par une partie d'un fait à l'appui de sa propre prétention et qui lui est favorable (à l'inverse

de l'aveu). Mais, l'aspect religieux sous-jacent, les sanctions du faux serment et surtout la solennité requise sont censés annihiler ce vice initial. L'exigence commune minimale est, de toute évidence, l'usage de l'expression « je jure », énoncée à haute voix ou écrite en cas de mutisme pathologique. Le serment, outre cette formule solennelle, doit comprendre l'exposé de faits²³. Le faux serment (dépourvu de véracité et de sincérité) n'est plus assorti, en droit positif français, de punition divine. Mais la force du serment est encore concrétisée par une sanction particulière en cas de fausseté²⁴ (le faux serment fait l'objet d'une sanction pénale²⁵). Il existe, en Droit français, deux sortes de serments-affirmations.

11. Le **serment supplétoire**, tout d'abord, est, selon l'article 1357, 2°, du Code civil, « celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou l'autre des parties » (on peut ajouter : pour compléter des éléments probatoires estimés insuffisants). C'est le serment « que le juge peut, dans le doute, déférer d'office à l'une des parties au procès en vue d'une meilleure connaissance de la cause, dont il apprécie souverainement la valeur probante et qui constitue [...] une simple mesure d'instruction »²⁶. Le *jusjurandum judiciaire* des romains, le serment supplétoire est l'un des instruments probatoires confiés au juge civil dans le cadre des pouvoirs d'instruction qui lui sont aujourd'hui dévolus (C. proc. civ., art. 10). C'est un mode de preuve imparfait. Le serment prononcé ou le refus de le prêter n'est en rien décisif. Le juge apprécie souverainement la portée qu'il doit donner au serment supplétoire effectivement prêté ou au refus de jurer opposé par la partie à laquelle il a été déféré.

12. Ensuite, et avec un effet juridique bien plus déterminant, le législateur français connaît le **serment décisoire**. Selon l'article 1357, 1°, du Code civil, il s'agit du serment « qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ». Une **description** s'impose. Une partie décide de demander à la partie adverse de jurer que ses prétentions sont exactes. Le juge, après exercice d'un certain contrôle, ordonne le serment. Si la partie à laquelle le serment est déféré refuse de jurer, elle perd son procès²⁷. Si la partie à qui le serment a été déféré accepte de jurer que sa prétention est exacte, elle gagne le procès. Elle dispose d'une troisième voie : la rélation ou le réfèrement ; ce procédé consiste, pour la personne à qui le serment initial a été déféré, à renvoyer, sans prendre parti, le jeu processuel dans le camp du demandeur au serment en lui demandant de jurer lui-même. Cette fois, s'il jure, c'est lui qui emporte la cause et s'il ne jure pas, il la perd²⁸. Mais il n'a pas alors, lui, de troisième voie : le procès prend fin. Lorsque celui à qui le serment a été initialement déféré (ou celui à qui il a été, dans un second temps, référé) refuse de jurer, il succombe (on dit souvent que son refus équivaut à un aveu). Le combat judiciaire cesse donc dès qu'il y a refus de prêter serment (que ce soit sur déférement ou sur réfèrement). Le serment décisoire est donc un **procédé probatoire atypique**, à la fois mode de preuve et technique décisionnelle, contrat et procédé judiciaire.

13. C'est un **contrat** car la partie, à qui le serment pourrait être déféré à la demande de son adversaire, consent à entrer dans ce jeu processuel avant que le juge ne l'ordonne. Celui à qui le serment est déféré doit d'abord accepter le procédé avant de s'y soumettre. Certaines décisions sont nettement en ce sens²⁹ et l'article 319 du Code de procédure civile également quand, dans son alinéa 1^{er}, il dispose que « Le jugement qui ordonne le serment fixe jour, heure et lieu où celui-ci sera reçu », ce qui semble bien supposer un accord préalable des parties sur le mécanisme général, avant que le serment lui-même ne soit recueilli. En pratique, les solutions ne sont pas toujours aussi nettes et une certaine confusion est entretenue entre le refus d'entrer dans le jeu processuel du serment et le refus de prêter serment proprement dit.

14. C'est aussi un **procédé judiciaire** : le juge doit aussi intervenir. Certes, et en aucun cas, il ne peut décider de déférer d'office ce serment : il faut que ce soit l'une des parties qui se manifeste. Mais le juge va non seulement effectuer un contrôle de régularité, mais aussi, en quelque sorte, un contrôle d'opportunité. Il dispose, ici encore, d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits.

15. Si l'on tente une **appréciation** du mécanisme, on ne peut qu'être partagé. Il y a ici, quelque chose du jeu de hasard (hasard tempéré par la connaissance de la psychologie de l'adversaire). On a parfois parlé de « roulette russe probatoire ». Il est vrai que, statistiquement, le serment décisoire est plutôt utilisé faute d'autres moyens disponibles (mais ce n'est pas une exigence juridique). De plus, il n'y a plus de base religieuse : « on jure sur rien », pourrait-on dire. On pourrait donc estimer que le serment décisoire mériterait de disparaître de la boîte à outil probatoire. Nous n'en sommes pas persuadés, car jurer demeure lourd de symbolique et d'engagement psychologique. Peut-être faudrait-il simplement redonner un fondement au mécanisme, par exemple en créant une sorte de serment républicain, prêté sur un objet personnifiant la *res publica*.

2) À reconsidérer : les actes recognitifs

16. Les actes recognitifs sont visés aux articles 1337 et 695 du Code civil. Les **textes** relatifs aux actes recognitifs n'ont pas, comme ceux portant sur les copies, fait l'objet de réformes depuis le Code civil. Il s'avère qu'ils peuvent apparaître comme quelque peu surannés.

17. L'adjectif « recognitif » (*recognitus*) désigne, originellement, ce qui est reconnu par son auteur. Juridiquement, l'acte recognitif est d'abord la reconnaissance de la réalité du contenu d'un acte antérieur ; c'est la **réitération**, quant à sa substance, **d'un acte antérieur**, appelé « acte primordial ». Selon le Vocabulaire juridique de référence, il s'agit d'un « *acte écrit, appelé aussi titre nouvel, par lequel une personne reconnaît l'existence de droits déjà constatés par un titre antérieur, nommé acte primordial* »³⁰. Pour Demolombe, c'est le titre « *par lequel un débiteur reconnaît l'existence d'une obligation préexistante, déjà constatée par un acte antérieur, et se soumet de nouveau à son exécution* »³¹. Si l'une et l'autre peuvent servir d'éléments de preuve, alors qu'une copie concerne la forme, l'acte recognitif vise le fond d'une opération juridique. En réalité, avant que la technologie ne bouleverse l'ordre des choses, un acte recognitif n'était qu'une copie, mais revêtue des signatures des parties³².

18. Aucune **forme** n'est imposée pour l'acte recognitif. Comme tout acte, il répond au principe du consensualisme. Il peut s'agir d'une simple lettre³³. Il pourrait même être verbal, voire implicite³⁴.

19. L'**intérêt** de rédiger un acte recognitif réside dans son possible effet interruptif de prescription. Sinon, au plan probatoire, l'on dit que l'on a recours à ce procédé lorsque l'on pense que l'acte primordial risque de disparaître ou, tout simplement, par sécurité, même sans risque spécifique. Mais « *la matière des actes recognitifs avait surtout de l'importance dans l'ancien droit, alors que les rentes et redevances perpétuelles étaient nombreuses* » (il fallait pouvoir en perpétuer la preuve) ; mais, « *depuis la Révolution, ces charges perpétuelles ayant disparu, la question a perdu presque tout intérêt* »³⁵.

20. S'interroger sur la valeur probante de l'acte recognitif a d'autant moins d'importance qu'il peut, de toute manière, être considéré comme un **aveu** (C. civ., art. 1354 à 1356), qui est une preuve parfaite³⁶.

21. Enfin, pour les **actes numériques**, la question est aujourd'hui quelque peu obsolète dans la mesure où les signatures, si elles ne sont pas codées et cryptées, comme le sont celles des notaires, ne sont que des images... reproductibles. Il est alors difficile de savoir si la présence des signatures numériques est la marque d'une simple copie ou celle d'un acte recognitif... Il est donc permis de s'interroger sur l'utilité du maintien des dispositions du Code civil relatives aux actes recognitifs dans une série d'articles consacrés à la preuve.

22. Voilà donc deux exemples de dispositions issues de la tradition ; l'une, le serment décisoire, mérite, malgré son aspect ancien qui l'apparente aux ordalies, d'être maintenue ; l'autre, l'acte recognitif, s'il doit continuer d'être évoqué en matière de prescription, pourrait, probablement sans trop de dommages, ne plus faire l'objet d'un texte du Code civil relatif à la preuve.

II. Le tri dans l'apport de la modernité

23. Si l'on peut féliciter le législateur français d'avoir su rapidement tenir compte de l'évolution des technologies en admettant la preuve par écrit numérique (1), on peut lui reprocher d'avoir mis en place un nouveau régime des copies (2) ambigu et problématique.

1) À conserver : l'écrit numérique

24. Avant que la loi n'intervienne, on se posait la question de savoir si l'écrit dématérialisé pouvait ou non valoir comme commencement de preuve par écrit. Une loi nouvelle (loi n° 200-230 du 13 mars 2000 ; C. civ., art. 1316 à 1316-3) est allée beaucoup plus loin en consacrant pleinement ce mode de preuve. Certes, le législateur use d'une terminologie déjà un peu passée de mode en parlant d'« écrit électronique » ; l'expression d'« écrit numérique » semblerait aujourd'hui mieux appropriée. Néanmoins, il faut saluer l'esprit d'innovation qui a conduit la loi française à tenir compte de l'évolution technologique et même, dans une certaine mesure, à la précéder. Elle a su comprendre que le passage au numérique était une révolution aussi importante que celle du rouleau au codex ou celle du manuscrit à l'imprimé. L'admission dans le Code civil de l'écrit numérique démontre, par ailleurs, que l'exigence de la preuve préconstituée demeure prédominante même dans le cadre de l'utilisation de la technologie contemporaine³⁷.

25. L'écrit dématérialisé n'est pas défini par le Code civil. C'est la définition générale de l'écrit qui a été revue pour tenir compte du procédé nouveau. Désormais, l'article 1316 énonce que la 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 ». Il peut même s'agir d'un acte authentique (C. civ., art. 1317, al. 2) et l'écrit électronique peut même être accepté lorsque l'écrit est exigé *ad validitatem* (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; C. civ., art. 1108-1).

26. L'article 1316-3 ajoute que l'écrit sur support électronique a la même **force probante** que l'écrit sur support papier, ce que l'article 1316-1 avait déjà exprimé en disant que l'écrit sous forme électronique était admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier. La redondance est un procédé souvent employé par le législateur français lorsqu'il introduit une réforme révolutionnaire et craint de ne pas être compris ou de ne pas être suivi par la pratique (l'inefficience étant la pire des pathologies pour une loi).

27. Évidemment, le législateur a posé des **conditions** pour l'admission de l'écrit numérique : il faut que la personne dont il émane puisse être dûment identifiée et que l'écrit soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir son intégrité (C. civ., art. 1316-1). L'acte authentique sur support électronique (AASE) suppose une conservation dans un minutier central électronique (MICEN) et une authentification de la signature électronique du notaire grâce à une clef personnelle (REAL)³⁸.

28. Bien entendu, il a fallu également revoir la définition de la **signature**, qui caractérise l'acte sous seing(s) privé(s) et est indispensable (mais non suffisante) dans l'acte authentique. « 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 » (C. civ., art. 1316-4, al. 1^{er}). « C'est le sceau de la vérité de l'acte »³⁹. C'est la signature (ou les signatures) qui donne(nt) à l'acte sa force probante. C'est pourquoi le second alinéa de l'article 1316-4 du Code civil dispose que la signature électronique « consiste en l'usage d'un procédé fiable d'authentification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache »⁴⁰. L'article 1316-4, alinéa 2 du Code civil présume (présomption simple) que le procédé est fiable lorsque cette signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie dans des conditions fixées par décret (décr. n° 2001-272 du 30 mars 2001, not. art. 2). Le décret de 2001 a imposé un système de contrôles superposés extrêmement complexe mais fort rassurant⁴¹. Dans ce cas, il est admis que la simple dénégation ne saurait suffire, puisqu'il faut détruire la présomption de l'article 1316-4⁴². Si la signature électronique n'est

pas « sécurisée » au sens des textes, elle ne bénéficie pas de cette présomption spéciale de fiabilité et l'on retrouve alors le droit commun de la preuve.

29. L'écrit électronique, qui remplit les conditions requises, constitue donc, désormais, une preuve parfaite, comme l'écrit sur papier. Les **écrits numériques irréguliers**, documents imparfaits insusceptibles de valoir écrits électroniques, ne peuvent être admis qu'en tant que commencements de preuve par écrit numérique⁴³ (tel peut être le cas d'un courriel – *Email* – ou de l'édition sur papier d'une trace informatique⁴⁴) ou que comme simples indices (documents issus des moyens contemporains de communication à distance électroniques et/ou informatiques – fax, télex, télécopie, Internet, réseau Carte bancaire, divers ordinateurs de compensation... – et traces, notamment électroniques, qui peuvent demeurer des opérations réalisées⁴⁵).

30. Certes, le système mis en place est complexe, mais il peut donner satisfaction, tout du moins pour les actes sous seing(s) privé(s). Le seul **risque** serait de voir ces textes dépassés si la technologie évoluait encore profondément.

2) À revoir : le nouveau régime des copies

31. Selon diverses **définitions** plus ou moins anciennes, une copie est « *la transcription d'un titre ou d'un écrit quelconque, faite littéralement ou mot à mot sur l'original* »⁴⁶ ; c'est la « *reproduction littérale d'un original qui [n'est] pas revêtu des signatures qui en feraient un second original* »⁴⁷. Initialement, la copie est donc la retranscription d'un acte original, mais sans la ou les signatures. Aujourd'hui, on peut dire qu'elle constitue la reproduction formelle (en principe à l'identique) d'un écrit original : acte sous seing(s) privé(s), acte sous contreseing d'avocat (loi n° 2011-331 du 28 mars 2001) ou acte authentique (C. civ., art. 1317 ; conservé obligatoirement en minute par un notaire, depuis la loi du 25 ventôse an XI), mais qui ne remplit pas les conditions qui lui permettraient de constituer elle-même un autre original.

32. Les textes visant traditionnellement les copies, sont les articles 1334 à 1336 du Code civil. Issus du passé, ils sont quelque peu critiquables en ce qui concerne les **actes authentiques**. En effet, ils continuent de prévoir un régime complexe et des hypothèses ayant peu de risques de se produire actuellement (C. civ., art. 1335⁴⁸). Mais, en définitive, le régime des copies des actes authentiques présente peu de difficultés, d'autant qu'aujourd'hui, il est admis qu'un notaire peut établir une copie numérique (support électronique) d'un acte authentique sur papier et réciproquement.

33. Ce sont surtout les copies d'actes sous seing(s) privé(s) qui posent problème. En effet, le législateur français contemporain a voulu introduire, dans le Code civil, à leur propos, un **article 1348** au contenu nouveau. Depuis la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, son second alinéa dispose que les règles relatives à la nécessité de principe d'une preuve par écrit des articles 1341 à 1347... « *reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support* ».

34. Il s'agissait, initialement, uniquement de l'occurrence où l'original avait été volontairement détruit par la partie qui en avait la légitime détention (l'expression « *n'a pas conservé* » est, sur ce point, éclairante). L'on ne se trouvait donc pas dans l'hypothèse où l'original avait été détruit par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure (C. civ., art. 1348, al. 1^{er}⁴⁹). Très prosaïquement, le législateur n'était ici intervenu que pour donner valeur probatoire aux copies réalisées volontairement sur divers supports en vue d'alléger les contraintes d'archivage (« microfilmage ») essentiellement des banques (copie des chèques avant leur destruction⁵⁰). Ce faisant, le législateur n'entendait pas transformer la philosophie de droit de la preuve, ni même, probablement, admettre la photocopie, comme les juges le firent ensuite sur la base du nouveau texte. Il est certain que la copie de l'article 1348 se distingue de la copie de l'article 1334 en ce qu'elle peut, si elle remplit

les conditions requises, avoir une valeur indépendamment de l'original, sans que l'original puisse être réclamé⁵¹. Mais quelle valeur a-t-elle? Une controverse s'est développée à propos du sens exact de la disposition.

35. Selon une première interprétation, conforme à l'esprit et au but de la loi, le texte doit signifier que la présence de la copie permet seulement de déroger à l'exigence de l'écrit. Cela revient à dire que le législateur a simplement entendu consacrer la jurisprudence admettant les copies comme commencements de preuve par écrit et donc obligeant à apporter d'autres éléments de preuve⁵². Une telle compréhension du second alinéa de l'article 1348 s'avère logique compte tenu de sa place dans le Code. Cette interprétation semble préférable ; la copie ne peut que déclencher le processus de liberté probatoire ; un élément de preuve complémentaire est requis, même s'il peut se résumer à bien peu de choses, voire aux simples circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour de cassation avait-elle pu admettre qu'une photocopie puisse valoir commencement de preuve par écrit⁵³.

36. Selon une autre lecture du texte, le second alinéa de l'article 1348 veut dire que la copie peut se suffire à elle-même. Il s'agit d'une lecture littérale ; on est alors proche de l'idée que la copie équivaut à un véritable écrit et l'on porte grandement atteinte aux principes de l'article 1341. C'est cette seconde voie que le juge judiciaire suprême a, semble-t-il, empruntée, dans une décision de 1996 : la copie, en l'absence de l'original, si elle répond aux exigences légales, prend valeur probatoire même sans indice complémentaire⁵⁴ ; elle constitue donc plus qu'un simple commencement de preuve par écrit⁵⁵. Telle est aujourd'hui la position majoritaire de la doctrine (sous réserve, bien entendu, que la copie remplisse bien les conditions de durabilité et surtout de fidélité requises).

37. Mais un doute peut subsister. L'arrêt de 1996, certes publié et très net, n'était qu'une décision de rejet à propos d'un arrêt où la Cour d'appel avait complété la photocopie par l'audition de la personne qui avait assisté l'une des parties ; de plus, cette solution ne semble pas avoir été réaffirmée depuis par la haute juridiction ; enfin, une décision postérieure a repris la solution précédente en considérant qu'il fallait rechercher si une photocopie ne constituait pas un commencement de preuve par écrit⁵⁶. La question se pose donc de savoir si l'arrêt de 1996, considéré presque unanimement comme instituant une nouvelle interprétation jurisprudentielle, n'est pas, en réalité, une décision isolée. En tout cas, il faut faire le constat de l'existence de « *flottements jurisprudentiels* »⁵⁷. On ne peut que souhaiter une clarification de la position du Droit positif en la matière, sinon, un retour au sens logique du texte.

38. Il est malaisé de conclure après ces très partiels et partiels éléments de réflexion. On peut, néanmoins, rappeler qu'un système juridique est toujours une construction imparfaite, un équilibre fragile entre des intérêts divergents et des sources historiques diverses. Le Droit civil français de la preuve est une bonne illustration de ce constat ; son efficacité est certaine, mais il demeure perfectible. Il faut respecter l'éminent travail du législateur ; mais le respect ne doit pas être synonyme d'aveuglement ; il faut aussi savoir faire un tri, avec cet esprit critique auquel nous exhortait, dit-on, Pasteur⁵⁸ et dont les défenseurs seraient, selon Alain, le « sel de la cité »⁵⁹...

¹ V. H. Roland et L. Boyer. Adages du droit français, Litec, n° 152.

² On regrettera, au passage, que les dispositions du Code civil et celles du Code de procédure civile ne soient pas, en la matière, parfaitement harmonisées. Il va de soi qu'existent en sus de nombreux textes spéciaux qui, pour tel ou tel contrat ou en telle ou telle circonstance, exigent des modalités probatoires particulières dérogeant aux dispositions des articles généraux précités. Inversement, dans le bloc de textes étudié, existent des dispositions non spécifiquement probatoires hors de notre réflexion (C. civ., art. 1338 à 1340).

³ On ne citera ici que des exemples ou la première décision du genre. Pour une analyse détaillée, on pourra se référer utilement au JurisClasseur civil, encyclopédie juridique française de référence.

⁴ En ce qui concerne la charge de la preuve, même si le juge a obtenu de véritables pouvoirs d'investigation (C. proc. civ., art. 10), la procédure demeure, en principe, de type accusatoire : sauf présomptions légales ou ju-

risprudentielles (C. civ., art. 1350 et s.), c'est au demandeur à rapporter la preuve des faits et actes nécessaires à la démonstration de sa requête (C. proc. civ., art. 9) et ensuite, au défendeur de prouver ses propres dires.

⁵ Notamment en raison de la présence d' « autorités administratives indépendantes » qui font, entre autres missions, œuvre particulière de justice.

⁶ Les faits et les quasi-contrats : C. civ., art. 1348, al. 1^{er}.

⁷ Arg. : C. civ., art. 1331 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 avril 1996 : Bull. n° 170.

⁸ V., p. ex., Cass. com., 6 juill. 1949 : Bull. n° 273 ; Cass. civ. 2^{ème}, 25 février 1976 : Bull. n° 67 ; Cass. com. 29 mai 1990 : Bull. n° 157.

⁹ Cass. req. 16 mars 1881 : DP 1882, II, 373, S. 1881, I, 311.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000 : Bull. n° 164, JCP 2001, II, 10505 (2^e esp.), note F. Nizard, JCP E 2000, p. 1260.

¹¹ Cass. com., 9 déc. 1980 : Bull. n° 418.

¹² Cass. req. 27 mars 1907 : DP 1909, I, 188, S. 1907, I, 209, note G. Lyon-Caen.

¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1966 : Bull. n° 292.

¹⁴ Cass. com. 15 mars 1982 : Bull. n° 99.

¹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 8 févr. 1956 : JCP 1956, IV, 42.

¹⁶ Cass. civ., 5 nov. 1952 : Bull. n° 286.

¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989, 2 esp. : Bull. n° 342, JCP 1990, II, 21576, obs. G. Virassamy, D. 1990, 369, note Ch. Gavaldà, *ibid.*, somm. 327, obs. J. Huet, D. 1991, somm. p. 38, obs. Vasseur.

¹⁸ Ph. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, JCP 1972, I, 2468, n° 1, note 1.

¹⁹ V., en ce sens, V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du Droit français*, Litec, n° 189.

²⁰ Loi n° 200-230 du 13 mars 2000.

²¹ C. civ., art. 1316-1 et s.

²² C. civ., art. 1317, al. 2.

²³ C. proc. civ., art. 317, al. 2, pour le serment décisoire et 318 pour le serment supplétoire.

²⁴ V. A. Jouberteau, *Le faux serment en matière civile*, Thèse Rennes 1941.

²⁵ C. pén., art. 366, 434-13 et, surtout, 434-17.

²⁶ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 1^{ère} éd. 1987.

²⁷ C. civ., art. 1361.

²⁸ C. civ., art. 1361.

²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1957 : Bull. n° 449.

³⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 1^{ère} éd. 1987, *précit.*

³¹ Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXIX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome 6, Paris 1876, n° 702, p. 606.

³² En ce sens, V. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^{ème} partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, LGDJ 1931, n° 1501, p. 839.

³³ Cass. civ. 3^{ème} 4 févr. 1998 : Bull. n° 25, JCP 1998, I, 171, n° 20, obs. H. Périnet-Marquet, *Defrénois* 1998, 812, obs. Ch. Atias, *RTD civ.* 1999, 871, obs. P. Zénati ; 13 oct. 1999 : Bull. n° 208, JCP 2000, I, 211, n° 17, obs. H. Périnet-marquet, *Defrénois* 1999, 1356, obs. Ch. Atias.

³⁴ Cass. 1^{ère} civ. 21 mars 1960 : Bull. n° 167.

³⁵ M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 1501, p. 840.

³⁶ V. M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 1502, p. 840.

³⁷ Sur la question en général, V., p. ex., Y. Bréban, *La sécurité des transactions sur Internet* : *Gaz. Pal.* 1996, I, doct. p. 301 ; Y. Bréban et I. Pottier, *Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques (1^{ère} partie)*, la problématique juridique des échanges électroniques face à la preuve : *Gaz. Pal.* 1996, I, doct. p. 276 ; P. Catala *et alii*, *L'introduction de la preuve électronique dans le code civil*, JCP 1999, I, 182 ; J. Devèze, *À propos de la réforme du droit de la preuve : observations tirées du droit des instruments de paiement*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec 1999, p. 449 ; P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, JCP 2000, I, 236 ; A. Gobin, *Pour une problématique notariale des autoroutes de l'information. Le notariat et les contrats immatériels* : JCP 1996, éd. N, prat. n° 3567, p. 1749, not. n. 88 s. ; J. Huet, *Formalisme et preuve en informatique et télématique : éléments de solution en matière de relations d'affaire continues ou de rapports contractuels occasionnels* : JCP 1989, I, 3406 ; J. Huet, *Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange)* : D. 1991, Chron. 181 ; J. Huet, *La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex* : D. 1992, Chron. 33 ; I. Pottier, *La preuve dans les transactions financières à distance* : *Rev. Banque* 1996, n. 568, p. 70 ; N. Risacher, *Internet face au droit, compte rendu du colloque " Internet face au droit " des 21-22 novembre 1996 de Namur*, *Lamy Droit de l'informatique*, n° 87 du 1^{er} décembre 1996, p. 10 et s. ; *Informatique, télématique et preuve*, Colloque Assoc. Dr. et procédure et Ordre des avocats à la Cour de Paris, interventions de H. Alterman, A. Bensoussan, Chr. Gavaldà, J.-M. Hocquard, Cl. Lucas de Leyssac, P. Michaud : *Petites Affiches*, n° 65 du 29 mai 1996 etc.

³⁸ Mais ce procédé reste assez peu compatible avec les conditions requises pour divers actes authentiques particuliers ; V., en ce sens, X. Linant de Bellefonds, *Surenchère*, *Com. com. électr.*, mars 2000, p. 1.

³⁹ C. B. M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Tome 8, 4^{ème} éd., Warée, Paris 1824, n° 260.

⁴⁰ V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Coll. *Précis*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2009, n° 162.

⁴¹ Signature électronique dite « sécurisée », établie « grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique » et dont la vérification repose « sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié » ; V. Th. Aballéa, Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?, D. 2004, 2235 ; P.-Y. Gautier, Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Petites Affiches, 7 février 2000, n. 26, p. 4 ; T. Hassler, Brèves observations à propos d'une proposition de loi, Petites affiches, 21 septembre 1999, n. 188, p. 4 ; J. Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, D. 2000, Chron. 95 ; É. Rochfeld, Chron. de législation française : à propos de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, RTD civ. 2000, 423.

⁴² V. P. Voirin et G. Goubeaux, Droit civil, Tome 1, 33^{ème} éd. LGDJ, Paris 2011, n° 1220.

⁴³ O. Audic, *Les fonctions du document en droit privé*, Bibli. de l'Institut André Tunc, t. 3, LGDJ, Paris 2004, n° 236, note 177.

⁴⁴ Cass. 2^{ème} civ. 1^{er} juill. 2010 : n° 09-14.685 : réédition d'une lettre, à partir d'une copie informatique, mais imprimée avec un en-tête et un pied différents de ceux de l'époque de l'original.

⁴⁵ V. p. ex. Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 2000 : D. 2000, AJ, 276, obs. J. Faddoul.

⁴⁶ C. B. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 4^{ème} éd., tome 8, Paris 1824, *op. cit.*, n° 412, p. 599.

⁴⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 1^{ère} éd., Paris 1987, *précit.*

⁴⁸ Notamment quand ce texte évoque la « transcription » de l'acte et y met de nombreuses conditions ou lorsqu'il se penche sur les copies réalisées par un officier public qui n'en a pas établi la minute, occurrence aujourd'hui très improbable.

⁴⁹ Sur tous ces points, V., notamment, J.-L. Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey - Dalloz, 13^{ème} éd., Paris 2008, n° 221 ; A. Bénabent, Droit civil. Les obligations, Coll. Domat, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2010, n° 126, p. 92 ; Fr. Chamoux, La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, JCP 1981, I, 3008, n° 22 à 28 ; Chr. Larroumet, Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé, t. 1, Economica, 5^{ème} éd., Paris 2006, n° 580 p. 355 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Coll. Droit civil, Defrénois, Lextenso, 4^{ème} édit., Paris 2009, n° 567, p. 289 ; H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de Droit civil*, t. 1, 1^{er} vol., Introduction à l'étude du droit, 12^{ème} éd. par Fr. Chabas, Montchrestien, Paris 2000, n° 398-2, p. 564 et s. ; Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du Droit, Coll. Manuels, 13^{ème} éd., LexisNexis, Paris 2011, n° 602, p. 414 et s. ; Fr. Terré, Introduction générale au droit, Coll. Précis, Dalloz, 8^{ème} éd. 2009, n° 534 et s., p. 504 et s. ; P. Voirin, G. Goubeaux, Droit civil, tome 1, 33^{ème} éd., Paris 2011, *précit.*, n° 1252, p. 634.

⁵⁰ C'est d'ailleurs dans cet esprit qu'une norme NF a été élaborée contenant des spécifications en vue du stockage de documents électroniques sur disques optiques (NF Z 42-013), que ce soit en interne ou par convention d'archivage conclue avec une entreprise spécialisée.

⁵¹ En ce sens, V., p. ex., Fr. Terré, Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 659, p. 542.

⁵² En ce sens, Chr. Larroumet, Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé, t. 1, *op. cit.*, n° 580, p. 360 ; H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, Fr. Chabas, *op. cit.*, n° 398-2, p. 565 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 1593, p. 594.

⁵³ Cass. 1^{ère} civ. 27 mai 1986 : n° 84-14.370, Bull. n° 141, JCP 1987, II, 20873 ; Cass. 1^{ère} civ. 14 févr. 1995 : n° 92-17.061, JCP 1995, II, 22402, note Y. Chartier, D. 1995, 340, note St. Piedelièvre, RTD civ. 1996, 174, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{ère} civ. 9 mai 1996 : n° 94-13.310 et n° 94-13.311, Bull. n° 190, RTD civ. 1997, p. 163, obs. P.-Y. Gautier.

⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ. 25 juin 1996 : Bull. n° 270, n° 94-11.745, CCC 1996, 183, obs. L. Leveneur, à propos d'une photocopie : « attendu, [...] que la photocopie produite aux débats est une reproduction fidèle et durable du mandat établi par M. Y..., ainsi que l'a constaté l'arrêt avant-dire droit du 3 juillet 1992 ; que, dès lors, ce document ne constituait pas un commencement de preuve par écrit, mais faisait pleinement la preuve de l'existence du contrat de mandat du 2 février 1990, conformément à l'article 1348, alinéa 2, du Code civil ».

⁵⁵ En ce sens, V. P. Voirin, G. Goubeaux, Droit civil, tome 1, 33^{ème} éd., Paris 2011, *précit.*, n° 1252, p. 634.

⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ. 21 oct. 1997 : Bull. n° 284, n° 95-18.787.

⁵⁷ Fr. Terré, Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 660, p. 543.

⁵⁸ Louis Pasteur, Discours d'inauguration de l'Institut Pasteur, 14 novembre 1888.

⁵⁹ Alain, Propos d'un Normand, publiés dans la Dépêche de Rouen et de Normandie, puis en 4 tomes, Nrf, 1906–1914.