



HAL
open science

Les conventions sur les présomptions

Ludovic Pailler

► **To cite this version:**

Ludovic Pailler. Les conventions sur les présomptions. Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution, 2019, 8-9, pp.378-381. hal-02293743

HAL Id: hal-02293743

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02293743v1>

Submitted on 20 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License

Les conventions sur les présomptions

Ludovic Pailler

Maître de conférences

CREDIP (EDIEC – EA 4185)

Université Jean Moulin – Lyon 3

Rares sont les contrats ou les clauses qui se donnent expressément pour objet les présomptions. Pourtant, les conventions sur les présomptions qui ne disent pas leur nom, parce qu'elles se confondent avec des clauses substantielles, sont courantes et participent d'une gestion anticipée du risque probatoire. Elles réputent notamment l'existence d'un fait sous réserve de la preuve contraire. L'ordonnance du 10 février 2016 a jeté sur elles une nouvelle lumière en déterminant les limites du libéralisme contractuel en la matière.

Le nouvel article 1356, alinéa 1^{er}, du code civil consacre la jurisprudence¹ en permettant de convenir sur la preuve s'agissant des droits dont les parties ont la libre disposition. Trois limites résultent du second alinéa et s'ajoutent à celles du droit commun² et spécial³ des contrats. La première interdit de modifier la foi attachée à l'aveu et au serment de sorte que les parties ne peuvent priver le juge du pouvoir d'apprécier la force probante de l'aveu extrajudiciaire et du serment déféré d'office ni le délier de la force probante qui s'attache à l'aveu judiciaire et au serment décisoire. Les deux autres limites tiennent aux présomptions. Les contrats sur les preuves ne peuvent « contredire les présomptions irréfragables établies par loi » ni « davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ». Ces limites sont d'autant plus impératives que la Cour de cassation, malgré l'applicabilité du principe de survie de la loi ancienne⁴, a anticipé l'application de la dernière d'entre elles à un contrat conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016⁵

Pour autant, la généralité du libéralisme probatoire et la formulation négative des limites, laissent ouvert un vaste champ des possibles. En convenant sur les présomptions, les parties peuvent stipuler sur l'objet, la charge, le risque et les modes de preuve. En effet, la suppression de la définition des présomptions par l'ordonnance de 2016 ne les limite plus aux « conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait à un fait inconnu »⁶, c'est-à-dire à une mécanique de dispense d'une preuve difficile ou impossible à rapporter par déplacement de l'objet de la preuve vers un fait plus facile à établir et dont elle peut se déduire. La nouvelle définition des présomptions légales comme la certitude que la loi attache à certains actes ou à certains faits abandonne cette lecture stricte pour inclure les présomptions

¹ Req. 1^{er} août 1906, D. 1909.I.398.

² Que l'on songe à l'ordre public ou aux articles 1170 et 1171 du code civil.

³ V., par ex., en droit de la consommation, la présomption irréfragable qui imposerait au consommateur la charge de la preuve qui devrait normalement incomber à l'autre partie au contrat (art. R.212-1, 12^o) et la présomption réfragable du caractère abusif des clauses qui limitent indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur (art. R.212-2, 9^o).

⁴ J.-L. MOURALIS, V^o Preuve : les modes de preuve », *Rép. civ.*, n^o10.

⁵ Com. 6 déc. 2017, n^o16-19.615, D. 2018.327, note G. LARDEUX.

⁶ Anc. art. 1349 du code civil.

« *antéjudiciaires* »⁷. Ce sont celles qui établissent de plein droit l'existence d'un fait et dont la présomption de bonne foi de l'article 2268 du code civil est le principal exemple. Elles intéressent la charge et le risque de la preuve. En revanche, la définition des présomptions légales ne subsume pas les présomptions « *quasi-légales* »⁸. Pourtant, ces dernières s'en rapprochent dès lors qu'elles ont « *la même énergie* »⁹, sont établies *a priori, in abstracto* et en général et sont l'objet d'un contrôle similaire par la Cour de cassation¹⁰. Elles en diffèrent seulement parce qu'elles sont établies par le juge. Elles ne peuvent cependant être assimilées aux présomptions judiciaires, définies comme celles « *qui ne sont pas établies par la loi* »¹¹ et qualifiées de mode de preuve parce que les présomptions quasi-légales sont « *obligatoires pour le magistrat indépendamment de toute intervention du législateur* »¹². Les présomptions judiciaires excluent également les présomptions établies par la convention des parties qui intègrent la catégorie des contrats sur les preuves de l'article 1356 du code civil. À défaut, les présomptions conventionnelles seraient « *laissées à l'appréciation des juges, qui ne [devraient] les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* », ce qui en ruinerait la force obligatoire ainsi que l'intérêt liée à la stabilisation de la relation contractuelle.

Les conventions sur les présomptions sont ainsi le moyen pour les cocontractants de faire prévaloir l'expression de leur volonté sur le *plerumque fit* établi par loi ou le juge. Aucune vraisemblance ou probabilité objective n'est requise *ad validitatem*. Le libéralisme probatoire de l'article 1356 leur permet de déterminer subjectivement ce qui survient le plus souvent, non sans s'inspirer des mécanismes présomptifs précités qui permettent de faciliter, d'aggraver ou de transférer la charge probatoire. Les conventions sur les présomptions devraient ainsi utilement compléter la gestion anticipée du contentieux contractuel. Les limites spéciales de l'article 1356, alinéa 2, confirment en creux la mesure de la liberté laissée aux parties. Les conventions sur les présomptions permettent non seulement de les modifier (I) mais encore de les établir (II).

I. Modifier une présomption

La clarté et la simplicité de l'article 1356, alinéa 2, qui permet de modifier une présomption établie sauf à « *contredire les présomptions irréfragables établies par loi* » n'est qu'apparente. Le terme « contredire » fait douter de l'interdiction de toute convention sur une présomption irréfragable établie par la loi. Quant à la restriction aux présomptions légales, elle est tout aussi malheureuse parce qu'elle entretient le flou sur le sort des présomptions irréfragables établies par le juge. En dépend pourtant la mesure dans laquelle peuvent être modifiées une présomption selon qu'elle est établie par la loi (A) ou par le juge (B).

A. Une présomption établie par la loi

⁷ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in É. DUMONT, *Ouvrages extraits des manuscrits de M. Jérémie Bentham*, Éd. Bossanges Frères, 1823, t. II, p. 11.

⁸ P. MIMIN, « Les présomptions quasi-légales », *JCP G* 1946, I, 578.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Com., 24 sept. 2002, n° 0011.121, Bull. IV n° 129.

¹¹ Art. 1382 du code civil.

¹² R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, 1950, n° 115, 3°.

Pour le plus évident, et contrairement aux restrictions envisagées dans un premier temps¹³, les parties peuvent librement convenir sur des présomptions légales lorsqu'elles sont simples ou mixtes. Aux termes de l'article 1354, alinéa 2, la présomption légale est simple lorsque la loi réserve la preuve contraire par tous moyens. Elle est mixte lorsque la loi limite les moyens de la renverser ainsi que l'objet sur lequel elle peut être renversée. Les parties peuvent écarter ces présomptions. Celles qui souhaitent les conserver peuvent les moduler sur plusieurs points. Elles peuvent faire d'une présomption simple une présomption mixte afin de rendre plus difficile l'administration de la preuve contraire. Le renversement de la présomption de paiement tirée de la remise de l'original sous seing privé ou de la copie exécutoire du titre de créance¹⁴ pourrait être subordonné à la production d'un écrit alors même que le paiement se prouve en principe par tout moyen¹⁵. A l'inverse, la présomption mixte pourrait être remplacée par une présomption simple en permettant que la preuve contraire soit rapportée par tous moyens. Il est également possible aux parties de restreindre l'objet sur lequel une présomption simple peut être renversée comme de modifier l'objet sur lequel peut être renversée une présomption mixte. Les parties à une obligation de moyen renforcée peuvent ainsi convenir que la présomption de faute qui s'y attache ne pourra être renversée que par la preuve d'une cause étrangère ne présentant pas les caractères de la force majeure. Il est encore possible de modifier le fait légalement présumé sous réserve de ne pas méconnaître la règle substantielle impérative auquel elle se rapporte. La présomption-postulat de bonne foi ne pourrait être modifiée en présomption de mauvaise foi sans méconnaître l'article 1104 du code civil. La mauvaise foi ne peut être présumée qu'en considération d'un antécédent à prouver.

S'agissant des présomptions irréfragables, la liberté laissée aux parties dépend de l'interprétation à donner au verbe contredire. Empêche-t-il toute stipulation relativement à une présomption irréfragable ? L'éviction est certainement exclue tandis que la modulation interroge. A considérer que la présomption irréfragable se définit comme celle qui profite à l'un des plaideurs tout en interdisant à son adversaire de rapporter la preuve contraire¹⁶, les modifications ne peuvent intervenir qu'à la marge. Les parties ne peuvent modifier l'antécédent pour lui substituer un fait plus difficile à prouver sauf à contredire la faveur que traduit la présomption irréfragable. En revanche, elle ne devrait pas être contredite par une modification de l'antécédent dont la preuve serait plus facile à rapporter. Le plus débattu sera de savoir si une présomption légale irréfragable peut être affaiblie par la stipulation de l'admission de la preuve contraire puisqu'est certaine l'interdiction de stipuler une présomption simple ou mixte contraire. Il n'est pas de différence entre renverser la présomption *a priori*, et permettre qu'elle soit renversée. L'interdiction de la preuve contraire est méconnue dans chacun des deux cas, et donc la convention interdite¹⁷. Il s'agit de préserver le choix de politique législative d'établir une vérité légale qui s'impose aux parties

¹³ L'avant-projet Catala interdisait d'affaiblir les présomptions légales (art. 1289), le projet d'ordonnance de les contredire (art. 1357, al. 2).

¹⁴ Art. 1342-9 du code civil.

¹⁵ Art. 1342-8 du code civil.

¹⁶ R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n°40. L'article 1354, alinéa 2, du code civil ne reprend que le second élément de cette définition.

¹⁷ *Contra* M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p.1008.

nonobstant la preuve contraire qui pourrait être rapportée. La solution s'explique encore par le lien particulièrement étroit qui existe entre présomption légale irréfragable et règle de fond¹⁸. La modulation des règles probatoires ne saurait permettre de contourner l'impérativité des règles substantielles auxquelles se rapportent généralement les présomptions irréfragables établies par la loi. Il ne pourrait être admis qu'une convention affaiblisse les clauses irréfragablement présumées abusives par le code de la consommation¹⁹. C'est l'impérativité de la règle substantielle sous-tendue par la présomption légale irréfragable qui justifie que sa force probante ne puisse être amoindrie.

Plutôt que d'interdire la contradiction, c'est le terme affaiblir, issu de l'avant-projet Catala qui aurait du être conservé. Les parties peuvent convenir sur les présomptions légales sous réserve de ne pas affaiblir ni la faveur ni la force probante de celles qui sont irréfragables. Le juge ayant établi des présomptions équivalentes aux présomptions légales, cette restriction devrait s'y étendre.

B. Une présomption établie par le juge

Avant d'évoquer les présomptions quasi-légales, il faut dire quelques mots des présomptions judiciaires de l'article 1382 du code civil, anciennes présomptions du fait de l'homme. Ce mode de preuve peut être écarté par les parties qui stipuleraient la seule admission d'une preuve directe. Les présomptions judiciaires peuvent également être modulées. Leur force probante tout comme celle des différents indices dont elles se déduisent peut être contractuellement définie. Les parties peuvent ainsi convenir que certains indices seront déterminants tandis que d'autres seront non pertinents.

Toutefois, la principale interrogation concerne les présomptions quasi-légales. L'interdiction de contredire les présomptions irréfragables établies par la loi doit-elle leur être étendue ? Au premier abord, la réponse devrait être négative. L'article 1356, alinéa 2, du code civil pose une restriction à la liberté contractuelle en matière probatoire et devrait en conséquence être interprété strictement. Toutefois, comme l'indique leur désignation, les présomptions quasi-légales en sont des équivalents à tel point que la doctrine les rassemble dans la catégorie des « *présomptions de droit* », par opposition aux « *présomptions de fait* »²⁰ dites judiciaires depuis 2016. Il pourrait encore être objecté que l'impossibilité des les inclure dans une catégorie légale actuelle est indice de la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de 2016 de les faire disparaître. Outre que l'ordonnance vient simplement clarifier et simplifier les règles applicables en cette matière²¹, ce serait surtout ignorer qu'elles n'ont été jamais été fondées sur les dispositions relatives aux présomptions mais sur les règles substantielles auxquelles elles sont étroitement liées. Ainsi la présomption irréfragable de connaissance du vice caché

¹⁸ Les premières masqueraient artificiellement les secondes selon François Génay (*Sciences et techniques en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. III, n°234*).

¹⁹ Art. R.212-1.

²⁰ É. VERGÈS, « La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer », *D.* 2014, p. 617 ; *contra* M. MEKKI, « Article 1355 : les présomptions légales », *RDC* 2015, p. 805.

²¹ Art. 8, 12°, de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

par le vendeur professionnel est-elle fondée sur l'article 1645 du code civil²². La présomption simple de causalité dans les affaires relatives à la contamination virale par transfusion sanguine s'appuie sur un texte plus général encore, l'ancien article 1147 du code civil²³. Aussi ne serait-il pas surprenant qu'une interprétation compréhensive de l'article 1356, alinéa 2, du code civil inclut dans les présomptions établies par la loi les présomptions quasi-légales.

L'extension de l'interdiction portée par ce texte aux présomptions quasi-légales est d'autant plus justifiée que ces dernières sont tout aussi étroitement liées aux règles substantielles auxquelles elles se rapportent que ne le sont les présomptions légales. Permettre aux parties de convenir sur la présomption irréfragable de connaissances des vices cachés par le vendeur professionnel reviendrait à les autoriser indirectement à restreindre ou exclure la garantie du vendeur professionnel contre les vices cachés alors que des clauses substantielles ayant cet objet sont de longue date privées d'effet²⁴.

Qu'elles soient établies par la loi ou par le juge, les présomptions peuvent être modifiées dans la même mesure par les parties à une convention. Il leur est seulement interdit d'affaiblir la faveur ou la force probante qui s'attache à une présomption irréfragable. La seule modulation possible serait d'accroître la faveur en facilitant la preuve de l'antécédent de la présomption par exemple en établissant une présomption conventionnelle postulat. En effet, la modification d'une présomption peut résulter de l'établissement d'une présomption conventionnelle.

II. Établir une présomption

La limite à la liberté d'établir une présomption paraît le pendant de celle à la liberté de les modifier. Les parties ne peuvent « *établir au profit de l'une [d'elles] une présomption irréfragable* ». La formule laisse toutefois une liberté plus importante puisqu'elle n'exclut pas toute convention qui aurait pour objet d'établir une présomption irréfragable (A) tandis qu'elle admet en creux toute présomption conventionnelle réfragable (B).

A. Une présomption irréfragable

Autoriser les parties à établir une présomption irréfragable, c'est leur permettre d'imposer au juge une vérité subjective qui pourrait s'avérer contraire à la réalité, de faire prévaloir leurs intérêts s'agissant de droit dont ils ont la libre disposition²⁵. Seules les présomptions ayant pour objet de déplacer l'objet de la preuve seraient concernées. Le droit d'accès au juge fait obstacle à l'établissement de présomption-postulat irréfragable puisqu'elle priverait le défendeur de toute possibilité de rapporter la preuve contraire²⁶ à la différence de la présomption *stricto sensu* qui laisse la possibilité de contester l'antécédent sur lequel elle se fonde. Pour autant, l'une des parties ne saurait être privée d'un droit substantiel qu'elle tient de la loi ou du contrat par une convention en rendant la preuve impossible, sauf à ce qu'elle

²² Com., 1^{er} février 2011, n°10-30.037, *inédit* ; voir déjà, implicitement, Com., 8 nov. 1972, n° 71-11.023, *Bull.* n° 282.

²³ Civ.1^{ère}, 9 mai 2001, n°99-18.161, *Bull.* I n°130.

²⁴ Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1965, *D.* 1965. 389.

²⁵ G. LARDEUX, *loc. cit.*

²⁶ A.-B. CAIRE, *op. cit.*, p. 79.

ait ainsi conscience de renoncer à un droit dont elle a, par hypothèse, la libre disposition. Le débat n'est alors plus seulement probatoire mais également substantiel. C'est sur ce dernier terrain que la validité de la clause devrait être examinée.

Toujours est-il que, littéralement, l'interdiction vaut uniquement pour les présomptions irréfragables établies au profit de l'une des parties quelle que soit l'origine de son antécédent²⁷. Cette dernière précision résulte de la suppression par l'ordonnance de 2016 de la restriction prévue le projet d'ordonnance, inspiré sur ce point de la jurisprudence²⁸ et de l'avant-projet Catala. Elle interdisait que la présomption se fonde sur les écritures de celui au profit duquel elle aurait été conventionnellement établie²⁹. Cette restriction faisait inutilement doublon avec l'article 1363 du code civil qui dispose que nul ne peut se constituer de titre à soi-même. L'interdiction de stipuler une présomption conventionnelle irréfragable au profit de l'une des parties peut se fonder sur l'égalité des armes. Elle appelle encore deux précisions, la première justifiant la seconde. Quant au moment auquel il convient d'apprécier à qui profite la présomption conventionnelle, les termes de l'article 1356, alinéa 2, invitent à se placer au moment de l'établissement de la présomption. Peu importe au profit de qui elle tourne après la formation de la convention dès lors qu'elles n'ont pas été stipulées dans l'intérêt exclusif de l'une des parties. En conséquence, les parties ne sont pas empêchées de convenir de présomptions dans leur intérêt commun ou dans l'intérêt d'un tiers, sous réserve qu'elles ne reviennent à contourner indirectement une prohibition substantielle. La jurisprudence donne un exemple d'admission d'une présomption irréfragable stipulée dans l'intérêt commun des parties. En laissant au juge du fond le soin d'apprécier souverainement le caractère simple ou irréfragable d'une clause par laquelle les époux réputent s'être acquitté jour par jour de leur part contributive aux charges du mariage, la Cour de cassation en a, dans le même temps, admis la licéité³⁰. En dehors du droit patrimonial de la famille, les présomptions conventionnelles devraient également pouvoir s'épanouir dans les contrats de société, d'association ou encore dans les contrats d'intérêt commun. Les parties ne sont pas non plus empêchées de convenir d'une présomption irréfragable au profit d'un tiers³¹. À cet égard, la qualification de tiers ne manquera pas de faire difficulté s'agissant notamment de l'ayant droit à titre universel, du cessionnaire d'un contrat ou d'un sous-acquéreur dans les chaînes de contrats translatifs de propriété. Quoiqu'il en soit, l'article 1356, alinéa 2, devrait par exemple permettre d'établir une présomption irréfragable au profit de bénéficiaire d'une stipulation pour autrui afin de faciliter son action contre le promettant.

Les parties sont ainsi libres de convenir d'une présomption irréfragable pourvu qu'elle ne l'ait pas été dans l'intérêt exclusif de l'une d'elles. Ainsi circonscrite, l'interdiction posée par l'article 1356, alinéa 2, donne toute liberté aux parties d'établir des présomptions réfragables.

B. Une présomption réfragable

²⁷ *Contra* A. AYNÈS, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Dr. et patr.* 2015, n°250, p.45.

²⁸ Com. 3 nov. 2004, n°01-16.238, *Bull.* IV n°187.

²⁹ L'article 1289 de l'avant-projet Catala était repris dans le projet d'ordonnance (art. 1357 al. 2).

³⁰ Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, n°94-19.625, *Bull.* I n°336 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 2015, n°14-14.349, *Bull.* I n°78.

³¹ V., pour un ex. de présomption légale simple au profit d'un tiers, art. 1082, al. 2, du code civil.

Par présomption réfragable, il faut ici entendre une présomption conventionnelle simple ou mixte au sens de l'article 1354, alinéa 2, du code civil. Elles sont courantes mais le plus souvent déguisées. Les clauses de réclamation qui présument la réalité de la livraison en l'absence de contestation du créancier dans un délai déterminé en sont un exemple parmi d'autres. De façon plus nette, en matière bancaire, il est des clauses des conditions générales qui réputent que les enregistrements des automates font preuve des opérations effectuées au moyen d'une carte bancaire sous réserve que soit rapportée par tout moyen la preuve contraire. Les parties peuvent également établir des présomptions postulat, c'est-à-dire tenir pour certain un acte ou un fait sans que la preuve d'un antécédent ne soit nécessaire. Il peut aussi bien s'agir de consolider simplement l'adage *actori incumbit probatio* que d'inverser la charge de la preuve tout en réservant la possibilité de rapporter la preuve contraire. La pratique assurantielle connaît ainsi des clauses de valeur agréée par lesquelles l'assureur et le souscripteur de l'assurance s'entendent sur la valeur de l'indemnisation en cas de sinistre, l'assureur demeurant libre de démontrer que le préjudice effectivement souffert est moindre.

La question se pose cependant de la licéité des présomptions réfragables établies au profit de l'une des parties qui se rapprochent des présomptions irréfragables parce que le moyen de rapporter la preuve contraire ou l'objet de la preuve a été conventionnellement restreint. En d'autres termes, sont ici visées les présomptions conventionnelles qui admettent la preuve contraire mais ne peuvent, en pratique, être renversées. Il en est ainsi des présomptions-postulats par lesquelles les parties ont convenues de l'existence ou de l'absence d'un fait. Il est impossible d'en rapporter la preuve contraire dans la mesure où s'applique le système de la preuve littérale. Ces présomptions ne peuvent alors être combattues que par un écrit, ce qui empêche concrètement de rapporter la preuve contraire³². Le juge devrait qualifier d'irréfragable au vu de leur effets les présomptions qui n'admettent qu'une preuve contraire excessivement difficile ou impossible à rapporter, sauf à admettre qu'il puisse être recouru à de tels montage pour échapper à l'interdiction d'établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable. L'égalité des armes milite en ce sens.

En dernière analyse, l'intérêt des conventions sur les présomptions doit encore être mesuré à l'aune des règles substantielles auxquelles elles se rapportent. Indépendamment de la libre disponibilité des droits, l'impérativité des règles substantielles précise les contours de la liberté des parties de modifier ou établir une présomption. S'y référer est d'autant plus essentiel qu'elles sont assorties de sanction quand l'article 1356, alinéa 2, en est dépourvu³³

³² Sur cet exemple, G. LARDEUX, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1.

³³ Toutefois, l'application par anticipation de l'article 1356, alinéa 2, donne à voir que le juge a préféré conserver la qualification probatoire aux fins de sauver la clause litigieuse établissant une présomption irréfragable. Cette présomption a été judiciairement convertie et réduite en présomption simple (Com. 6 déc. 2017, *préc.*).